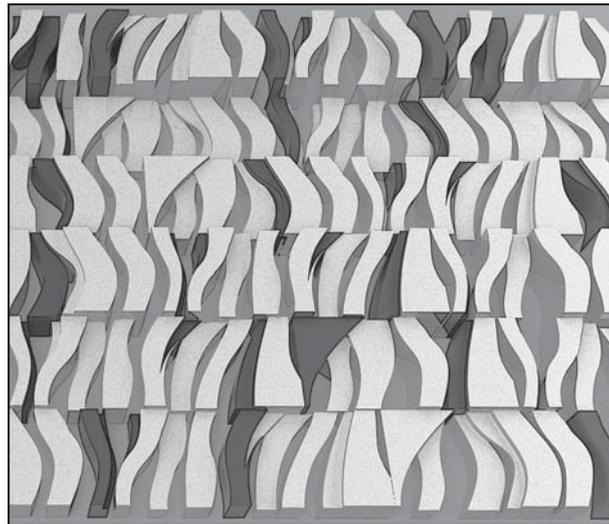


# REVISTA

SUPERIOR  
TRIBUNAL  
DE JUSTIÇA



PUBLICAÇÃO OFICIAL



# REVISTA

SUPERIOR  
TRIBUNAL  
DE JUSTIÇA

VOLUME 234

ANO 26

ABRIL/MAIO/JUNHO 2014

---

## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Gabinete do Ministro Diretor da Revista

*Diretora*

Ministra Nancy Andrichi

*Chefe de Gabinete*

Andrea Dias de Castro Costa

*Servidores*

Eloame Augusti

Gerson Prado da Silva

Maria Angélica Neves Sant'Ana

*Técnica em Secretariado*

Maria Luíza Pimentel Melo

*Mensageiro*

Cristiano Augusto Rodrigues Santos

### **Superior Tribunal de Justiça**

[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br), [revista@stj.jus.br](mailto:revista@stj.jus.br)

Gabinete do Ministro Diretor da Revista

Setor de Administração Federal Sul, Quadra 6, Lote 1,

Bloco C, 2º Andar, Sala C-240, Brasília-DF, 70095-900

Telefone (61) 3319-8055/3319-8003, 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 **Ari Pargendler**

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** (*Diretor-Geral da ENFAM*)

Ministro **Arnaldo Esteves Lima**

Ministro **Humberto Eustáquio Soares Martins** (*Corregedor-Geral da Justiça Federal*)

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**

Ministro **Sérgio Luíz Kukina**

Ministro Paulo Dias de **Moura Ribeiro**

Ministra **Regina Helena Costa**

Ministro **Rogério Schietti Machado Cruz**

Ministro **Nefi Cordeiro**

---

Resolução n. 19/1995-STJ, art. 3º.

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

---

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

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

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

Ministro **Ari Pargendler**

Ministro **Francisco Falcão**

Ministra **Nancy Andrighi**

Ministra **Laurita Vaz**

Ministro **João Otávio de Noronha**

Ministro **Arnaldo Esteves Lima**

Ministro **Humberto Martins**

Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**

Ministro **Herman Benjamin**

Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho**

Ministro **Sidnei Beneti**

Ministro **Jorge Mussi**

Ministro **Og Fernandes**

---

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

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

---

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

Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho** (*Presidente*)

Ministro **Ari Pargendler**

Ministro **Arnaldo Esteves Lima**

Ministro **Benedito Gonçalves**

Ministro **Sérgio Kukina**

---

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

Ministro **Mauro Campbell Marques** (*Presidente*)

Ministro **Humberto Martins**

Ministro **Herman Benjamin**

Ministro **Og Fernandes**

Ministra **Assusete Magalhães**

---

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

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

---

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

Ministro **Villas Bóas Cueva** (*Presidente*)

Ministra **Nancy Andrighi**

Ministro **João Otávio de Noronha**

Ministro **Sidnei Beneti**

Ministro **Paulo de Tarso Sanseverino**

---

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

Ministro **Raul Araújo** (*Presidente*)

Ministro **Luis Felipe Salomão**

Ministra **Isabel Gallotti**

Ministro **Antonio Carlos Ferreira**

Ministro **Marco Buzzi**

---

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

Ministro **Jorge Mussi** (*Presidente*)

---

**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 **Moura Ribeiro**

Ministra **Regina Helena Costa**

---

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

Ministro **Sebastião Reis Júnior** (*Presidente*)

Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**

Ministro **Rogério Schietti Cruz**

Ministro **Nefi Cordeiro**

Ministra **Marilza Maynard\***

---

\* Desembargadora convocada (TJ-SE)

---

## COMISSÕES PERMANENTES

### COMISSÃO DE COORDENAÇÃO

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

Ministro **Jorge Mussi**

Ministro **Raul Araújo**

Ministro **Benedito Gonçalves** *(Suplente)*

### COMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO

Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho** *(Presidente)*

Ministro **Luis Felipe Salomão**

Ministro **Sebastião Reis Júnior**

Ministra **Isabel Gallotti** *(Suplente)*

### COMISSÃO DE REGIMENTO INTERNO

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

Ministro **Og Fernandes**

Ministro **Marco Aurélio Bellizze**

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

### COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

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

Ministra **Nancy Andrighi**

Ministro **Herman Benjamin**

Ministro **Sidnei Beneti**

Ministro **Mauro Campbell Marques**

Ministro **Moura Ribeiro**

---

## MEMBROS DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

Ministra **Laurita Vaz** (*Corregedora-Geral*)

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

Ministra **Maria Thereza de Assis Moura** (*1º Substituto*)

---

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

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

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

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

### *Membros Efetivos*

Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**

Ministro **Herman Benjamin**

Desembargador Federal Cândido Artur M. Ribeiro Filho (*TRF 1ª Região*)

Desembargador Federal Sergio Schwaitzer (*TRF 2ª Região*)

Desembargador Federal Fábio Prieto de Souza (*TRF 3ª Região*)

Desembargador Federal Tadaaqui Hirose (*TRF 4ª Região*)

Desembargador Federal Wildo Lacerda Dantas (*TRF 5ª Região*)

### *Membros Suplentes*

Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho**

Ministro **Sidnei Beneti**

Ministro **Jorge Mussi**

Desembargadora Federal Neusa Maria A. da Silva (*TRF 1ª Região*)

Desembargador Federal Poul Erik Dyrland (*TRF 2ª Região*)

Desembargadora Federal Cecília Maria Piedra Marcondes (*TRF 3ª Região*)

Desembargador Federal Luiz Fernando Wowk Penteado (*TRF 4ª Região*)

Desembargador Federal Edilson Pereira Nobre Júnior (*TRF 5ª Região*)



## SUMÁRIO

### JURISPRUDÊNCIA

Corte Especial .....	17
Primeira Seção.....	61
Primeira Turma .....	109
Segunda Turma .....	185
Segunda Seção.....	245
Terceira Turma .....	287
Quarta Turma.....	371
Terceira Seção.....	501
Quinta Turma.....	531
Sexta Turma.....	611

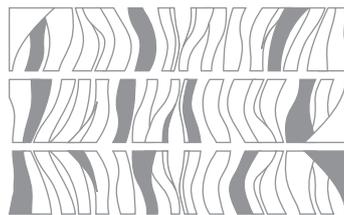
<b>ÍNDICE ANALÍTICO .....</b>	<b>713</b>
-------------------------------	------------

<b>ÍNDICE SISTEMÁTICO.....</b>	<b>731</b>
--------------------------------	------------

<b>SIGLAS E ABREVIATURAS .....</b>	<b>737</b>
------------------------------------	------------

<b>REPOSITÓRIOS AUTORIZADOS E CREDENCIADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....</b>	<b>743</b>
---	------------

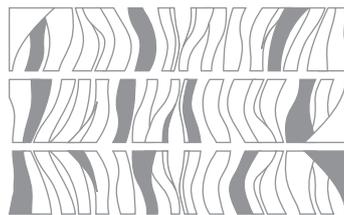




---

**Jurisprudência**





---

**Corte Especial**



---

**AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA N. 1.807-RJ (2013/0339946-5)**

---

Relator: Ministro Presidente do STJ

Agravante: Associação Brasileira de Medicina de Grupo - ABRAMGE

Advogado: Dagoberto Jose Steinmeyer Lima e outro(s)

Agravante: Federação Nacional de Saúde Suplementar - FENASAUDE

Advogado: Sergio Bermudes e outro(s)

Agravado: Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS

Advogado: Procuradoria-Geral Federal - PGF

Requerido: Desembargador Federal Relator do Agravo de Instrumento n. 00115106120134020000 do Tribunal Regional Federal da 2ª Região

---

**EMENTA**

Agravos regimentais na suspensão de liminar e de sentença. Suspensão de política pública preventiva da Agência Nacional de Saúde Suplementar quanto à comercialização de produtos mal avaliados. Grave lesão à ordem e saúde públicas configurada. Suspensão deferida. Agravos regimentais desprovidos.

I - Consoante a legislação de regência (*v.g.* Lei n. 8.437/1992 e n. 12.016/2009) e a jurisprudência deste *eg. Superior Tribunal de Justiça* e do col. *Pretório Excelso*, somente será cabível o pedido de suspensão quando a decisão proferida em ação movida contra o Poder Público puder provocar *grave lesão* à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. *Precedentes do eg. STJ.*

II - *In casu*, causam grave lesão à ordem e à saúde pública as decisões que, adentrando seara técnica de regulação do mercado de saúde suplementar, modificaram forma de execução de política pública preventiva da ANS quanto à suspensão de comercialização de produtos (planos de saúde) mal avaliados pela autarquia federal.

III - O Poder Judiciário, quando instado a se manifestar acerca de algum ato administrativo, deve agir com cautela, nos termos da legalidade. *Na hipótese*, o princípio da legalidade indica que, até que se

comprove tecnicamente o contrário, deverá prevalecer a presunção de legitimidade do ato administrativo da ANS consistente na suspensão de comercialização de produtos avaliados negativamente.

Agravos regimentais desprovidos.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento aos agravos regimentais, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ari Pargendler, Nancy Andrichi, Laurita Vaz, João Otávio de Noronha, Arnaldo Esteves Lima, Humberto Martins, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Sidnei Beneti, Jorge Mussi, Og Fernandes e Raul Araújo votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Licenciada a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Convocado o Sr. Ministro Raul Araújo.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 19 de fevereiro de 2014 (data do julgamento).

Ministro Gilson Dipp, Presidente

Ministro Felix Fischer, Relator

---

DJe 26.2.2014

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de agravos regimentais interpostos pela *Associação Brasileira de Medicina de Grupo - ABRAMGE* e pela *Federação Nacional de Saúde Suplementar - FENASAÚDE*, em face de decisão monocrática proferida por esta Presidência às fls. 407-415, que deferiu o pedido de suspensão dos efeitos das rr. decisões de antecipação de tutela proferidas em agravos de instrumento que tramitam perante o eg. *Tribunal Regional Federal da 2ª Região* e o eg. *Tribunal Regional Federal da 3ª Região*.

*Na origem*, a ABRAMGE ajuizou ação ordinária em face da *Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS* requerendo, *em breve síntese*, a não aplicabilidade da

medida administrativa de suspensão temporária de comercialização de alguns de seus produtos (planos de saúde). A FENASAÚDE, por sua vez, ajuizou ação cautelar inominada requerendo, em termos gerais, aquilo que foi postulado pela ABRAMGE.

Os pedidos feitos em primeira instância foram denegados, o que ensejou a interposição de *agravos de instrumento* perante os eg. Tribunais Regionais Federais da 3ª e 2ª Regiões, que obtiveram a antecipação da tutela pleiteada para suspender a execução da política pública realizada pela autarquia federal no sentido de suspender a comercialização de planos considerados irregulares.

*Sustentou a ANS, em seu pedido suspensivo*, que a suspensão temporária de comercialização, caso se identifique alguma irregularidade contratual, econômico-financeira ou assistencial, possui caráter cautelar e preventivo, e independente da aplicação de sanção ou multa (fl. 8), e que as rr. decisões atacadas causariam grave lesão à ordem e à saúde públicas, na medida em que, no intuito de proteger as operadoras de planos de saúde, terminaram por “impedir a execução de política pública de defesa dos interesses dos consumidores, contratantes de planos de saúde, que permanecerão expostos a severos riscos assistenciais, que resultam da inobservância das normas editadas pela Agência Reguladora que determinam uma atuação tempestiva e eficaz do citado agente econômico” (fls. 42-43).

*O pedido de suspensão foi deferido. Daí os presentes agravos regimentais interpostos pela ABRAMGE e pela FENASAÚDE*, às fls. 753-790 e 893-918, respectivamente.

Em suas razões, a ABRAMGE aduz que a decisão ora agravada não observou “os requisitos essenciais ao deferimento da suspensão da liminar ora comentada, haja vista que não está plenamente caracterizada a ocorrência de grave lesão à ordem, à segurança, à saúde ou à economia pública, tal como determina o artigo 4º, da Lei n. 8.437/1992, tampouco foi levado em conta o caráter excepcional da medida” (fls. 765-766).

Alega que, “apesar dos atos administrativos gozarem da presunção de legitimidade, este princípio é relativo e deve ser analisado em harmonia com os demais do ordenamento jurídico, em especial, o do devido processo legal e o da ampla defesa, sob pena de legitimar a prática de atos abusivos pelos Agentes Administrativos” (fl. 766).

Afirma, neste sentido, que “ainda que se pretenda indevidamente encartar a conduta das operadoras sob o regramento das sanções administrativas, o

que se admite, apenas por amor ao argumento, considerada a ausência de substrato conclusivo quanto à prática de ato ilegal, não se pode aceitar a penalidade aplicada pela agravada ANS, em razão da ausência de indicação de parâmetros proporcionais e razoáveis compatíveis em intensidade e extensão ao cumprimento dos objetivos legais” (fl. 768).

Requer, ao final, a reconsideração da decisão agravada, a fim de julgar improcedente o pedido formulado pela ANS (fl. 790).

Já a *Federação Nacional de Saúde Suplementar - FENASAÚDE*, em suas razões, destaca que deve ser restabelecida a decisão do TRF da 2ª Região, “determinando que a ANS não considere, na avaliação da garantia de atendimento, ‘as reclamações que tenham sido respondidas pelas operadoras de plano de saúde e em relação às quais a agência reguladora tenha opinado no sentido do encaminhamento para a realização de diligências (abertura de processo administrativo), enquanto não houver um juízo conclusivo no sentido de que foi cometida infração por parte da operadora de plano de saúde” (fls. 895-896).

Afirma que “a decisão nada tem de atentatória à coletividade, às políticas públicas de regulação do setor e à higidez do sistema de saúde suplementar” (fl. 896).

Sustenta, ainda que “a v. decisão agravada, ao suspender a eficácia da liminar do e. TRF da 2ª Região, desconsiderou os fundamentos apresentados no decisum impugnado e na ação cautelar que o ensejou (fls. 330-369), e, com base única e exclusivamente na argumentação panfletária e divorciada da realidade apresentada pela ANS, suspendeu a liminar concedida” (fl. 899).

Salienta que a matéria tratada neste pedido é de índole constitucional, configurando-se, assim, o “descabimento do pedido de suspensão formulado perante esse eg. Superior Tribunal de Justiça” (fl. 901).

Resume seu inconformismo ao dizer que “o cômputo das reclamações enviadas para abertura de processo administrativo não fará com que os resultados da avaliação reflitam a realidade”, pois, segundo se alega, “ao computar as reclamações que ainda serão apuradas em processo administrativo, a ANS acaba por computar reclamações improcedentes” (fl. 917).

Requer, ao final, a reconsideração da decisão agravada ou o provimento do agravo, a fim de que se decline da competência desta Corte para o eg. Supremo Tribunal Federal, “revogando-se a decisão concessiva da suspensão de liminar” (fl. 918).

A Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, ofereceu impugnação aos agravos regimentais, às fls. 935-957 e 960-996. Na impugnação ao agravo interposto pela ABRAMGE, destaca a agravada a importância de sua atuação na regulação do mercado de saúde suplementar, aduzindo, em síntese, “que a manutenção dos efeitos das d. decisões em exame inviabilizará a execução de atribuição cometida na Lei de Planos de Saúde à ANS, de importância fundamental para coibir comportamento oportunista das operadoras de planos de saúde, que agrava o risco à vida e à saúde de um universo expressivo de brasileiros [...]” (fl. 940).

Afirma, ainda, que “como demonstrado na petição que inaugurou este requerimento de suspensão, a alegação da agravante é equivocada, porquanto a ANS somente considera as demandas dos consumidores, para efeito do programa de acompanhamento e avaliação da garantia de atendimento, após regular procedimento administrativo, no qual a operadora é notificada para apresentar suas razões e documentos que balizaram a decisão de negativa da cobertura, ou aqueles relacionados à verificação se a liberação do procedimento ocorreu dentro dos prazos máximos estabelecidos na norma regulamentar” (fl. 943).

Já na impugnação oferecida em face do agravo regimental interposto pela FENASAÚDE, afirma a autarquia que sua atuação visa à proteção do interesse dos consumidores, e que sua atuação preventiva contribui para a redução de litígios no que diz respeito à chamada “judicialização da saúde” (fl. 966).

Sustenta, em suas razões, que a política pública desenvolvida pela autarquia suspende a comercialização de produtos mal avaliados, e que as operadoras buscam “limitar as atribuições da Agência Reguladora, para que se enquadre em um modelo arcaico de atuação estatal, despido de instrumentos de intervenção mais céleres para enfrentamento de anormalidades verificadas no mercado regulado e para evitar a consumação de lesão ao direito dos consumidores, contratantes de planos de saúde” (fl. 970).

Aduz, ainda, a competência desta col. Corte para análise do feito, tendo em vista que a controvérsia firmada tem índole infraconstitucional, especialmente se levada em consideração a Lei n. 9.656/1998.

Requer, ao final, reafirmando a existência de grave lesão à ordem e saúde públicas, o desprovemento do agravo.

Por manter a decisão agravada, submeto o feito à col. *Corte Especial*.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Os recursos não merecem prosperar, porquanto os agravantes não trouxeram argumentos novos aptos a infirmar as premissas que nortearam a r. decisão ora recorrida.

Transcrevo, oportunamente, para elucidação da controvérsia, o seguinte excerto da decisão reprochada, *in verbis*:

Em casos como o presente, em que se discutem questões técnicas atinentes à normatização no âmbito da *Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS*, mostra-se, *em princípio*, inviável o deferimento de liminar sem um âmbito robusto de cognição.

*Todavia*, entendo que a requerente logrou êxito, em sua exordial, na comprovação de que as r. liminares combatidas adentraram em seara na qual não poderia o Judiciário, imiscuindo-se na forma como deveria se dar a execução das normas que regulamentam o tema envolvido na presente *questio*, consubstanciadas na *Resolução Normativa n. 226/2010* e na *Instrução Normativa n. 42, de 26 de fevereiro de 2013*.

Transcrevo, oportunamente, o seguinte excerto da r. decisão proferida pelo em. Desembargador do eg. TRF da 2ª Região, que bem define o tema:

(...)

Verifica-se, pois, que, pela redação do artigo 6º, inciso I, da Instrução Normativa n. 42, de 26 de fevereiro de 2013, situações nas quais ainda não foi constatada negativa indevida de cobertura, mas apenas determinando o encaminhamento para a abertura de processo administrativo para apurar eventual infração, serão consideradas negativamente para fins de avaliação da garantia de atendimento.

(...)

Não se revela razoável, portanto, que, mesmo sem estarem esgotadas as possibilidades de defesa da operadora de plano de saúde e sem que haja a constatação da irregularidade, haja computação de pontos negativos na avaliação da garantia de atendimento aos beneficiários pela operadora de plano de saúde, sobretudo porque, nos autos do processo administrativo, ainda serão feitas diligências, garantindo o contraditório e ampla defesa à operadora.

Nesse diapasão, afigura-se mais consentâneo com o ordenamento jurídico a manutenção do disposto no artigo 7º, § 2º, da Instrução Normativa n. 38, de 24 de maio de 2012, que excluía do objeto da avaliação, para fins de acompanhamento da garantia do atendimento, as reclamações

que não foram objeto de análise, que tenham sido objeto de análise pela necessidade de realização de diligências e que tenham sido objeto de análise pela não obrigatoriedade de cobertura. (fl. 312)

Tal decisão foi parcial e posteriormente reconsiderada, em r. decisão cujo dispositivo colaciono a seguir:

Ante o exposto, defiro parcialmente o pedido de reconsideração formulado pela agravada, a fim de reduzir o âmbito da medida liminar anteriormente deferida, para manter da exclusão da avaliação de garantia de atendimento, tão somente, as reclamações que tenham sido respondidas pelas operadoras de plano de saúde e em relação às quais a agência reguladora tenha opinado no sentido de encaminhamento para a realização de diligências, enquanto não houver um juízo conclusivo no sentido de que foi cometida infração por parte da operadora de plano de saúde. (fl. 325)

Observe-se que, conforme alegado pela requerente, “a referida política pública constitui importante instrumento garantidor da saúde dos contratantes de planos de saúde (...); e que “impede que um consumidor desavisado ingresse em plano de saúde que apresente histórico de negativas de cobertura ou de descumprimento de prazos estabelecidos pela ANS para atendimento.” (fl. 6)

A autarquia reforça tal argumento ao afirmar que “o que prevê a norma editada pela ANS é um procedimento resumido, quase cautelar, mas rápido e eficaz para apuração de reclamações de negativas de atendimento praticadas pelas operadoras” (fl. 23).

Além disso, deve-se frisar que, segundo a requerente, a partir de uma reclamação de um consumidor, abrem-se duas linhas de atuação da autarquia: uma de deflagração de processo sancionador, e outra de monitoramento e avaliação de garantia de atendimento dos beneficiários daquela operadora.

*E esta segunda frente, objeto da irrisignação da ora interessada, a meu ver, não se dá maneira isolada ou arbitrária, uma vez que, conforme alegado na inicial do presente incidente, “Com base em um dado individual, a reclamação de um consumidor, a ANS avaliará se aquele comportamento ocorreu de forma isolada, ou se existe uma reiteração daquela conduta, submetendo tais dados a um cálculo previsto de forma objetiva na Instrução Normativa DIPRO n. 42/13, que redundará na atribuição de indicador da operadora (IO), que permitirá mensurar se a atuação daquele agente regulado está em conformidade com seu porte, levando em conta faixas de comparação com mediana apurada junto ao mercado de saúde complementar.” (fl. 10)*

Desta forma, tenho que r. decisões impugnadas alteraram aspectos de procedimentos internos da Agência que, certamente, nasceram para proteger

*com maior eficácia* o consumidor em importante aspecto da vida, qual seja, a *saúde*. Ressalte-se que, quando se fala em *saúde*, a agilidade no atendimento não deve ser desconsiderada, sob nenhuma hipótese, já que pode configurar a diferença entre eventual sucesso ou insucesso do tratamento.

*Acredito*, pois, que as r. decisões impugnadas, ao determinarem a revisão de normas que avaliam o desempenho das operadoras de planos de saúde em razão das reclamações efetuadas pelos beneficiários, atentaria contra o *princípio da presunção de legitimidade dos atos administrativos*, causando, por conseguinte, *grave lesão à ordem pública* e, em última análise, à *saúde* de uma imensa coletividade.

Assevere-se que o Poder Judiciário deve ser instado a se manifestar sempre que houver ameaça de lesão a direito, atuando para a solução das lides a ele submetidas. Contudo, deverá fazê-lo com *cautela*, nos estritos termos da legalidade. E, no presente caso, tenho que o princípio da legalidade indica que, até que se comprove *tecnicamente* o contrário, deverá prevalecer a presunção de legitimidade do ato administrativo praticado pela *Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS*.

A propósito, cito precedente da col. *Corte Especial* que, no exercício do *juízo de ponderação* entre os bens jurídicos tutelados pela legislação de regência, deu prevalência à ordem pública, em sua acepção administrativa, consubstanciada no princípio da presunção de legitimidade dos atos administrativos:

*Pedido de suspensão de medida liminar ajuizado pela Agência Nacional de Energia Elétrica. Reajuste da tarifa de energia elétrica. Presunção de legitimidade do ato administrativo. Até prova cabal em contrário, prevalece a presunção de legitimidade do ato administrativo praticado pela Agência Nacional de Energia Elétrica - Aneel. Agravo regimental provido.*

(AgRg na SLS n. 1.266-SP, *Corte Especial*, Rel. Min. Ari Pargendler, DJe de 19.11.2010).

Portanto, *na hipótese*, parece-me ser mais consentâneo com o interesse público o reconhecimento de tal presunção, resguardando-se, principalmente, a *proteção à saúde*, mas também privilegiando a *ordem pública sob o viés administrativo*.

Assim, faz-se necessário ressaltar o impreterível *juízo de ponderação* que deve ser realizado na espécie, sob o qual a ordem pública possui destaque, notadamente em sua acepção administrativa. Assevero, novamente, a importância de se reconhecer a legitimidade dos atos administrativos, como forma mais condizente de defesa do interesse público, especialmente em se tratando de *saúde pública*, como é o caso que aqui se apresenta.

Reafirmo, pois, meu anterior posicionamento de que, *na hipótese*, os em. desembargadores prolores das rr. decisões em agravo de instrumento

imiscuiram-se indevidamente em função administrativa da ANS, de forma a gerar grave lesão à ordem pública.

Além disso, tenho como demonstrado, por conseguinte, que as rr. decisões atacadas pelo presente incidente suspensivo tiveram o condão de atingir a coletividade sob o aspecto da saúde pública, tendo em vista a possibilidade de que, mantidas as referidas decisões, a ANS não pudesse mais regular, de forma eficiente, o mercado de saúde suplementar.

Finalmente, tenho que não merece prosperar o argumento da FENASAÚDE acerca da eventual incompetência desta eg. Corte para análise do feito, uma vez que a matéria aqui tratada reveste-se de natureza infraconstitucional, mormente no que se refere à análise das Leis n. 9.956/1998 e 9.961/2000, bem como normas regulamentares acerca da atuação da agência reguladora.

Além disso, insta consignar que a Reclamação n. 16.546-RJ, ajuizada na col. Suprema Corte pelos agravantes em face da decisão ora agravada, teve sua medida liminar denegada, em r. decisão do em. Ministro *Joaquim Barbosa*, da qual colaciono, oportunamente, o seguinte trecho:

Sem prejuízo de exame mais aprofundado por ocasião do julgamento de mérito, considero *ausentes* os requisitos que ensejariam a concessão da medida pleiteada.

Na pendência do desfecho do controle judicial dos atos da agência interessada, há o conflito de duas pretensões hipoteticamente legítimas: de um lado, o direito das associadas à reclamante de exercerem atividade econômica lícita sem a interferência despropositada do Estado e, do outro, as ações de fiscalização para garantia de oferta de serviços adequados aos padrões legais, como disponibilidade e eficiência.

Segundo dados de amplo conhecimento, o quadro pende em desfavor do consumidor dos planos de saúde. Confira-se.

No Estado de São Paulo, ao menos 79% dos consumidores tiveram algum problema relacionado aos planos de saúde nos últimos 24 meses (REOLOM, Mônica. **79% têm problemas para usar plano de saúde, diz Datafolha**: A principal reclamação é sobre o atendimento em prontossocorros, que corresponde a 80% das questões relatadas. 2013. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/seu-dinheiro/saude/noticias/79-temproblemas-para-usar-plano-de-saude-diz-datafolha>>. Acesso em: 17 out. 2013).

Por outro lado, nesse mesmo estado, 30% dos consumidores foram obrigados a pagar por atendimento médico ou a utilizar a rede pública de saúde devido

à ineficiência das operadoras (MOREIRA, Marli. **Piora o atendimento médico por meio dos planos de saúde**: O levantamento mostra que a deterioração do atendimento levou 30% dos pacientes a pagar por serviços particulares ou a procurar o Sistema Único de Saúde. 2013. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/piora-o-atendimento-medico-por-meio-dos-planos-de-saude>>. Acesso em: 17 out. 2013).

Diante dessa situação, a cautela recomenda a manutenção do ato da agência-interessada, ao menos nesse momento de exame inicial.

Ante o exposto, *indefiro o pedido para concessão da medida* cautelar pleiteada. (Rcl n. 16.546-RJ/STF)

Ante o exposto, mantenho a decisão de fls. 407-415 por seus próprios fundamentos, e *nego provimento aos agravos regimentais*.

É como voto.

---

### **AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA N. 1.854-ES (2014/0026050-0)**

---

Relator: Ministro Presidente do STJ

Agravante: Jander Nunes Vidal

Advogado: Aloir Zamprogno Filho e outro(s)

Agravado: Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo

Interessado: Ministério Público do Estado do Espírito Santo

---

#### **EMENTA**

Agravo regimental na suspensão de liminar e de sentença. Grave lesão à ordem pública. Inexistência. Indevida utilização como sucedâneo recursal. Prazo de afastamento de prefeito superior a 180. Peculiaridades concretas. Pedido de suspensão indeferido. Agravo regimental desprovido.

I - Na linha da jurisprudência desta Corte, não se admite a utilização do pedido de suspensão *exclusivamente* no intuito de reformar

a decisão atacada, olvidando-se de demonstrar concretamente o *grave dano* que ela poderia causar à saúde, segurança, economia e ordem públicas.

II - Consoante a legislação de regência (*v.g.* Lei n. 8.437/1992 e n. 12.016/2009) e a jurisprudência deste *Superior Tribunal* e do *c. Pretório Excelso*, somente é cabível o pedido de suspensão quando a decisão proferida contra o Poder Público puder provocar *grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas*.

III - *In casu*, o agravante *não demonstrou*, de modo preciso e cabal, a grave lesão à ordem e à economia pública, sendo insuficiente a mera alegação de que o *afastamento cautelar do cargo de prefeito teria o condão de provocar prejuízos ao Poder Público. Precedente do STJ*.

IV - Não se desconhece o parâmetro temporal de 180 (cento e oitenta) dias concebido como razoável por este *eg. Superior Tribunal de Justiça* para se manter o afastamento cautelar de prefeito com supedâneo na Lei de Improbidade Administrativa. Todavia, excepcionalmente, as peculiaridades fáticas, como a existência de inúmeras ações por ato de improbidade e fortes indícios de utilização da máquina administrativa para intimidar servidores e prejudicar o andamento das investigações, podem sinalizar a necessidade de alongar o período de afastamento, sendo certo que o juízo natural da causa é, em regra, o mais competente para tanto.

V - A suspensão das ações na origem não esvaziam, por si só, a alegação de prejuízo à instrução processual, porquanto, ainda que a marcha procedimental esteja paralisada, mantêm-se intactos o poder requisitório do Ministério Público, que poderá juntar novas informações e documentos a serem posteriormente submetidos ao contraditório, bem assim a possibilidade da prática de atos urgentes pelo Juízo, a fim de evitar dano irreparável, nos termos do art. 266 do CPC.

Agravo regimental desprovido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por

unanimidade, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ari Pargendler, Nancy Andrighi, Laurita Vaz, João Otávio de Noronha, Arnaldo Esteves Lima, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Herman Benjamin, Sidnei Beneti, Jorge Mussi e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Francisco Falcão e Napoleão Nunes Maia Filho.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 13 de março de 2014 (data do julgamento).

Ministro Gilson Dipp, Presidente

Ministro Felix Fischer, Relator

---

DJe 21.3.2014

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de agravo regimental interposto por *Jander Nunes Vidal*, prefeito afastado do Município de Marataízes-ES, em face de decisão, por mim proferida, que indeferiu o pedido de suspensão anteriormente formulado.

Conforme relatado na decisão agravada, o agravante pretende a suspensão de decisões monocráticas nos autos de três Agravos de Instrumento, proferidas pela eminente Desembargadora Eliana Junqueira Munhós Ferreira, do *eg.* TJES, que manteve o afastamento cautelar do alcaide do exercício de suas funções, conforme determinado em provimentos liminares de primeira instância.

Também se insurge contra decisão do eminente Presidente do *eg.* Tribunal local que deferiu parcialmente pedido suspensivo apenas para limitar o afastamento ao total de 300 (trezentos) dias.

Na origem, diversas ações por ato de improbidade administrativa foram ajuizadas pelo Ministério Público, lastreado em documentos e depoimentos, nas quais pleiteou, entre outras medidas, o afastamento do ora agravante do cargo de prefeito, ao argumento de que o alcaide faria parte de organização criminosa que, desde o início de seu primeiro mandato, fraudava processos licitatórios visando beneficiar seus familiares e parceiros políticos, ocasionando enriquecimento ilícito e considerável prejuízo ao erário municipal.

Lastreado em elementos informativos documentais e orais, o Juízo da Comarca de Marataízes, após uma enxurrada de ações por Ato de Improbidade Administrativa, e considerando estarem presentes a base fática e os requisitos legais pertinentes, deferiu o pedido liminar, para *afastar* o requerente do cargo de Prefeito da municipalidade, com fundamento no art. 20, p.u., da Lei n. 8.429/1992, concluindo que “a bem da coletividade e do erário, deve ser deferida a medida” (fl. 52).

Contra tais pronunciamentos, em sede de Agravo de Instrumento, a em. Relatora indeferiu o pedido de efeito suspensivo, ao fundamento de que “indicia-se nos autos que o prefeito réu, maestro regente da máquina pública - inclusive em relação ao corpo operacional -, tem se valido dos cargos comissionados e das funções para construir panorama favorável, *sit venia verbo*, às supostas fraudes investigadas” (fl. 255).

Em pedido de suspensão de liminar aviado paralelamente, o em. Desembargador-Presidente da eg. TJES reconsiderou sua anterior decisão e *deferiu* a pretensão apenas *para limitar o afastamento do prefeito em mais 120 (cento e vinte) dias*.

Veio-me, então, o pedido suspensivo contra as decisões que afastaram o prefeito do cargo, e também aquela emanada da Presidência do eg. TJSP que manteve o afastamento por mais 120 (cento em vinte dias). O pleito foi por mim indeferido nos seguintes termos:

*In casu*, o requerente não obteve êxito na efetiva comprovação do alegado dano causado a qualquer dos bens tutelados pela lei referida. O Prefeito afastado da citada municipalidade *aponta lesão à ordem pública* apoiando-se, para tanto, no desacerto do r. ato decisório que determinou o seu afastamento e no prazo determinado pelo eg. TJES para seu retorno.

*Sem embargo*, verifico que a linha de argumentação desenvolvida pelo requerente, a título de justificar a suspensão da liminar, não logrou demonstrar a caracterização de grave lesão aos interesses tutelados pela legislação de regência.

Na presente senda, *não se mostra viável* o exame do acerto ou desacerto do *decisum* questionado, *não podendo o incidente ser utilizado como sucedâneo recursal* a fim de se verificar se houve ou não obediência a determinada legislação.

Em que pese a possibilidade de realização de um juízo mínimo de delibação sobre os termos da decisão, o pedido de suspensão deve, essencialmente, aferir se a decisão impugnada efetivamente pode causar grave lesão aos bens jurídicos tutelados pela legislação de regência (ordem, saúde, segurança e economia públicas).

O presente instrumento judicial, a bem da verdade, *não deve substituir* os recursos processuais adequados, até porque, consoante a sedimentada jurisprudência desta eg. Corte, não há que se analisar, no pedido extremo de suspensão, em regra, a legalidade ou ilegalidade das decisões proferidas. Neste sentido:

Agravo regimental. Suspensão de segurança. Município. Contrato administrativo. Onerosidade contratual. Matéria de mérito. Impossível o exame na via eleita. Lesão à ordem e economia públicas. Demonstração. Ausente.

- *Suspensão de liminar só é oportuna quando houver perigo de lesão a bens jurídicos protegidos no Art. 4º da Lei n. 4.348/1964.*

- [...].

- *Não se admite, em suspensão, discussão sobre o mérito da controvérsia.*

(AgRg na SLS n. 846-SP, *Corte Especial*, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJe de 7.8.2008).

Agravo regimental. Suspensão liminar. Indeferimento. Ausência de lesão aos bens jurídicos tutelados pela norma de regência.

1. *O pedido de suspensão de liminar não tem natureza de recurso.* É instrumento processual de cunho eminentemente cautelar e de natureza excepcional, no qual *não se examina o mérito da causa principal nem eventual erro de julgamento ou de procedimento.*

2. A lesão à ordem jurídica há de ser examinada nas vias recursais ordinárias.

3. [...].

4. *O pedido de suspensão não pode ser utilizado como via de atalho para modificar decisão desfavorável ao ente público.*

Agravo não provido.

(AgRg na SL n. 116-MG, *Corte Especial*, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 6.12.2004).

Por fim, vale destacar julgado emanado da eg. *Corte Especial* que versou o mesmo tema tratado no presente feito, e corrobora a orientação ora firmada:

Agravo regimental na suspensão de liminar e de sentença. Grave lesão à ordem pública. Inexistência. Indevida utilização como sucedâneo recursal. Pedido de suspensão indeferido. Ação de improbidade. Prefeito municipal. Afastamento do cargo. Agravo regimental desprovido.

I - Na linha da jurisprudência desta Corte, não se admite a utilização do pedido de suspensão *exclusivamente* no intuito de reformar a decisão

atacada, olvidando-se de demonstrar o *grave dano* que ela poderia causar à saúde, segurança, economia e ordem públicas.

II - *In casu*, os agravantes *não demonstraram*, de modo preciso e cabal, a grave lesão à ordem pública, sendo insuficiente a mera alegação de que a manutenção do *decisum* atacado teria o condão de provocar prejuízos ao Poder Público. *Precedentes do STJ e do STF*.

III - *O afastamento temporário de prefeito municipal, com base no art. 20, parágrafo único, da Lei n. 8.249/1992 e decorrente de investigação por atos de improbidade administrativa não tem o potencial de, por si, causar grave lesão aos bens jurídicos protegidos pela Lei n. 8.437/1992.*

Agravo regimental desprovido

(AgRg na SLS n. 1.662-MA, *Corte Especial*, de minha Relatoria, DJe de 1º.2.2013).

Agravo regimental. Suspensão de liminar e de sentença. Ação de improbidade. Prefeito municipal. Afastamento do cargo.

- Na linha da jurisprudência da Corte Especial, os temas de mérito da demanda principal não podem ser examinados na presente via, que não substitui o recurso próprio. A suspensão de liminar e de sentença limita-se a averiguar a possibilidade de grave lesão à ordem, à segurança, à saúde e à economia públicas.

- *O afastamento temporário de prefeito municipal, com base no art. 20, parágrafo único, da Lei n. 8.249/1992 e decorrente de investigação por atos de improbidade administrativa não tem o potencial de, por si, causar grave lesão aos bens jurídicos protegidos pela Lei n. 8.437/1992.*

Agravo regimental improvido.

(AgRg na SLS n. 1.047-MA, *Corte Especial*, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJe de 17.12.2009).

Exsurge dos autos que as decisões que determinaram o afastamento do requerente do cargo de prefeito, além de encontrar permissão no art. 20 da Lei n. 8.429/1992, possuem fundamentação idônea, estando amplamente lastreadas em elementos de convicção documentais e orais colhidos durante a investigação ministerial. Confira-se:

De um lado, excesso de cargos comissionados e funções públicas temporárias, caracterizados pela subordinação, em maior ou menor escala, aos interesses do chefe do executivo. De outro, reduzido número de cargos efetivos, retirando a independência do funcionalismo público e sua capacidade de se insurgir contra os desmandos da administração municipal. Não bastasse o pequeno número de cargos dessa natureza,

aqueles que os ocupam, conforme relatado acima, tornam-se vítimas de achaques e pressões de toda ordem ao se opor a práticas ilegais e imorais, a ponto de, pasmem, pedirem exoneração de seus cargos efetivos (fl. 421)

Não se desconhece o parâmetro temporal de 180 (cento e oitenta) dias concebido como razoável por este eg. Superior Tribunal de Justiça para se manter o afastamento cautelar de prefeito deferido com supedâneo na Lei de Improbidade Administrativa. Entrementes, não se trata de prazo peremptório e improrrogável, eis que as peculiaridades fáticas de cada caso podem indicar a necessidade de alongar o período de afastamento, sendo certo que o juízo natural da causa é, em regra, o mais competente para tanto.

Não há que se falar, também, que a suspensão das ações, por si só, esvaziam a alegação de prejuízo para a instrução processual, porquanto, ainda que a marcha procedimental esteja paralisada, mantêm-se intactos o poder requisitório do Ministério Público, que poderá juntar novas informações e documentos a serem posteriormente submetidos ao contraditório, bem assim a possibilidade da prática de atos urgentes pelo Juízo, a fim de evitar dano irreparável, nos termos do art. 266 do Código de Processo Civil.

Impende referir, por derradeiro, que durante o período relativo ao afastamento cautelar do Prefeito, a municipalidade será representada pelo seu Vice-Prefeito, sucessor provisório do alcaide, o que denota que o Município poderá desenvolver as políticas públicas previstas pelo governo local e dar andamento às atividades inerentes à Chefia do Poder Executivo municipal.

Ante o exposto, *indefiro* o pedido suspensivo.

É em face deste último pronunciamento que se volta o presente agravo regimental.

De início, o agravante reitera os argumentos lançados na inicial do pedido suspensivo, alegando em síntese que o afastamento do prefeito por um período total de 300 (trezentos) dias causa grave lesão à ordem pública e viola o prazo de 180 (cento em oitenta) dias utilizado como parâmetro pela jurisprudência desta eg. Corte, sob pena de configurar verdadeira e ilegal cassação do mandato e subverter o regime democrático ancorado na soberania popular retratada nas urnas.

Reforça que a suspensão das ações de improbidade determinada pelo Juízo de piso, a pretexto de aguardar pronunciamento do eg. TJES sobre a constitucionalidade da prerrogativa de foro dos prefeitos para responder tais demandas, exclui as razões do afastamento do alcaide do exercício de suas funções, porquanto ausente qualquer prejuízo para a instrução do processo, cuja marcha se encontra paralisada.

O agravante faz juntar documentos (reportagens e declarações partidárias) pelos quais pretende demonstrar a desordem público-administrativa em que se encontra o município de Marataízes durante o período de seu afastamento.

Alega que os programas sociais iniciados quando estava em exercício não estão atendendo adequadamente a coletividade, notadamente a distribuição de medicamentos e alimentos à população carente, a má prestação de serviços de saúde, a queda substancial na renda do comércio local como reflexo da baixa movimentação turística do balneário, além de assédio moral a funcionários por parte do prefeito em exercício.

Requer, ao final, a reconsideração da decisão agravada e, subsidiariamente, o provimento do presente recurso para suspender os efeitos da decisão proferida na origem.

Por manter a decisão agravada, submeto o feito à eg. *Corte Especial*.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): O ato decisório recorrido *deve ser mantido por seus próprios fundamentos*.

Em que pese o esforço argumentativo desenvolvido, *tenho que não assiste razão ao recorrente*.

Isso porque o afastamento do titular do cargo de prefeito *não implica na descontinuidade administrativa* municipal que o agravante quer fazer crer, uma vez que, em tal situação, a administração é entregue ao sucessor legal do agente político.

Nesse ponto, não se pode conceber que o substituto alçado ao cargo de Prefeito, em razão do afastamento de seu titular, esteja despreparado para assumir o posto e dar continuidade aos serviços públicos essenciais, sob pena de esvaziar a essência política do Vice-Prefeito, que existe no mundo jurídico justamente para substituir ou suceder o Chefe do Poder Executivo em caso de afastamento ou vacância, o que, em sua maioria e por variadas razões, ocorre sem qualquer planejamento.

No ponto, destaco o recente julgado emanado desta eg. *Corte Especial*, no qual se afirmou que “O afastamento temporário de prefeito municipal, com base no art. 20, parágrafo único, da Lei n. 8.249/1992 e decorrente de investigação

por atos de improbidade administrativa *não tem o potencial de, por si, causar grave lesão aos bens jurídicos protegidos pela Lei n. 8.437/1992.*”

Agravo regimental na suspensão de liminar e de sentença. Grave lesão à ordem pública. Inexistência. Indevida utilização como sucedâneo recursal. Pedido de suspensão indeferido. Ação de improbidade. Prefeito municipal. Afastamento do cargo. Agravo regimental desprovido.

I - Na linha da jurisprudência desta Corte, não se admite a utilização do pedido de suspensão *exclusivamente* no intuito de reformar a decisão atacada, olvidando-se de demonstrar o *grave dano* que ela poderia causar à saúde, segurança, economia e ordem públicas.

II - *In casu*, os agravantes *não demonstraram*, de modo preciso e cabal, a grave lesão à ordem pública, sendo insuficiente a mera alegação de que a manutenção do *decisum* atacado teria o condão de provocar prejuízos ao Poder Público. *Precedentes do STJ e do STF.*

III - *O afastamento temporário de prefeito municipal, com base no art. 20, parágrafo único, da Lei n. 8.249/1992 e decorrente de investigação por atos de improbidade administrativa não tem o potencial de, por si, causar grave lesão aos bens jurídicos protegidos pela Lei n. 8.437/1992.*

Agravo regimental desprovido (AgRg na SLS n. 1.662-MA, *Corte Especial*, de minha Relatoria, DJe de 1º.2.2013).

Não merece abrigo o argumento segundo o qual o afastamento do alcaide acarreta insegurança jurídica e paralisação das atividades administrativas até a definição sobre o desfecho judicial. Isso porque a incerteza e a provisoriedade são inerentes a qualquer medida cautelar, sempre amparada em juízo perfunctório, embora se exija maior prudência e rigor na análise dos pressupostos legais na hipótese de suspensão fática de mandato eletivo, o que restou suficientemente atendido, no caso em apreço, pelos doutos julgadores de piso.

A suposta ausência de conduta prejudicial à instrução processual, por parte do ora agravante, não reflete das decisões a que visa atacar. Ao revés, os pronunciamentos, tanto da 1º quanto da 2ª instância de julgamento, são dotados de amplas e concretas razões que tornam intacta a legitimidade democrática das ordens judiciais impugnadas.

Repita-se à exaustão, na excepcional e estreita via do pedido suspensivo, não se avalia o acerto ou desacerto da decisão, mas tão somente a existência inequívoca de grave lesão aos bens jurídicos tutelados pela legislação de regência.

De mais a mais, não de logrou demonstrar que a alegada queda no movimento turístico e prejuízo ao comércio local, bem assim a eventual

defasagem no atendimento de serviços públicos, têm relação direta e imediata com o afastamento do prefeito do exercício de suas funções. Descortina-se dos documentos acostados aos autos que a ausência de planejamento antecipado e organização para a realização de eventos festivos durante o verão 2013/14 não decorreu de pura desídia do prefeito em exercício, tendo em vista que “Desde setembro as festividades estavam proibidas enquanto um acordo feito com o Ministério Público para melhorar o atendimento de saúde não fosse cumprido” (fl. 925).

Também não se pode atribuir à nova gestão toda a responsabilidade pela má prestação de serviços públicos atinentes à saúde e educação municipal, o que aparentemente já vinha há muito causando graves prejuízos sociais. Não se olvide que o prefeito afastado é investigado também por suspeita de fraude e direcionamento de contrato para merenda escolar.

Portanto, se não há a *efetiva comprovação* de dano a qualquer dos bens tutelados pela lei de regência, não se revela processualmente viável buscar a reforma do r. *decisum* proferido na origem através do pedido suspensivo.

Assim, a pretensão do agravante, ainda que por via transversa, é a *revisão* das rr. decisões proferidas na origem. Tal circunstância, entretanto, *ultrapassa* os limites em que deve se fundamentar o pedido de suspensão, cujo objetivo precípua é o de *afastar a grave lesão* aos bens jurídicos tutelados pelo art. 4º da Lei n. 8.437/1992.

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

É o voto.

---

**ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO RECURSO ESPECIAL  
N. 1.266.318-RN (2011/0166398-3)**

---

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho  
Relator para o acórdão: Ministro Sidnei Beneti  
Recorrente: Fazenda Nacional  
Procurador: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional  
Recorrido: Geraldo José da Câmara Ferreira de Melo  
Advogado: Mariana Amaral de Melo e outro(s)

### EMENTA

Execução fiscal. Parcelamento. Arts. 10 e 11, 2ª parte, da Lei n. 11.941/2009 – Princípio da isonomia constitucional (CF, art. 150, II) não violado. Questão de ordem julgada. Constitucionalidade. Inconstitucionalidade afastada.

1.- O parcelamento do crédito tributário, com fundamento nos arts. 10 e 11, 2ª parte, da Lei n. 11.941/2009, c.c. art. 151, VI, do Cód. Tributário Nacional, não determina o cancelamento da penhora ou o desbloqueio de bens, consequência liberatória reservada pela lei apenas a débitos cuja penhora de bens em execução judicial ainda não se tenha realizado quando do parcelamento.

2.- A distinção legal entre débitos ainda não garantidos por penhora judicial e débitos cuja execução fiscal já tenha sido ajuizada, com penhora realizada, não ofende o princípio constitucional da isonomia tributária (CF, art. 150, II), antes a reafirma, pois subjacente o princípio de que o favor legal pode tratar diferentemente situações fático-jurídicas designais, de modo que a distinção pode ser feita por lei ordinária, sem necessidade de Lei Complementar.

3.- Questão de ordem de arguição de inconstitucionalidade afastada, declarando-se a constitucionalidade dos arts. 10 e 11, 2ª parte, da Lei n. 11.941/2009, c.c. art. 151, VI, do Cód. Tributário Nacional, retornando os autos à Turma de origem para prosseguimento do julgamento como de Direito.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Sidnei Beneti rejeitando a arguição de inconstitucionalidade, no que foi acompanhado pelos Srs. Ministros Ari Pargendler, Eliana Calmon, Nancy Andrighi, Laurita Vaz, João Otávio de Noronha, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura e Herman Benjamin, e o voto divergente do Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima acolhendo a arguição de inconstitucionalidade, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, declarou a constitucionalidade dos arts. 10 e 11, segunda parte, da Lei n. 11.941/2009.

Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Sidnei Beneti. Votaram com o Sr. Ministro Sidnei Beneti os Srs. Ministros Ari Pargendler, Eliana Calmon, Nancy Andrichi, Laurita Vaz, João Otávio de Noronha, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura e Herman Benjamin. Vencidos os Srs. Ministros Relator e Arnaldo Esteves Lima.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Gilson Dipp e Jorge Mussi.

Impedido o Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 6 de novembro de 2013 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente

Ministro Sidnei Beneti, Relator

---

DJe 17.3.2014

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Trata-se de Recurso Especial interposto pela *Fazenda Nacional*, com fundamento no art. 105, III, a da Constituição Federal, contra o acórdão do TRF da 5ª Região que determinou o desbloqueio de valores depositados em dinheiro ou em fundos de investimentos do recorrido, tendo em vista a suspensão da exigibilidade do crédito tributário pelo parcelamento da dívida. Eis a ementa do julgado:

Tributário e Processual Civil. Execução fiscal. Adesão ao parcelamento previsto na Lei n. 11.941/2009. Suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Art. 151 do CTN. Desbloqueio de ativos financeiros. Possibilidade.

- Com efeito, consoante a inteligência do art. 151, VI, do CTN, a formalização de parcelamento da dívida é hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, motivo pelo qual se impõe a suspensão do feito executivo, enquanto durar o parcelamento, até que a dívida seja plenamente quitada pela parte devedora.

- Manutenção do *decisum* de fls. 118-120 que determinou o desbloqueio dos valores depositados em dinheiro ou em fundos de investimentos, referentes ao Processo n. 2004.84.007500-7, sob o fundamento de que o débito objeto da execução se encontrava com a exigibilidade suspensa, face à formalização do parcelamento da dívida, nos termos previsto no art. 151, VI, do CTN.

- Agravo de instrumento provido (fls. 141).

2. Em primeiro grau, após o bloqueio de valores do executado por meio do BACENJUD, foi noticiado ao Juízo o pedido de inclusão no parcelamento de que trata a Lei n. 11.941/2009, requerendo o contribuinte a liberação do dinheiro bloqueado. O MM. Juiz de primeiro grau indeferiu o pedido, pelos seguintes fundamentos:

De acordo com a Lei n. 11.941, de 27 de maio de 2009, "A opção pelos parcelamentos de que trata esta Lei importa confissão irrevogável e irretratável dos débitos em nome do sujeito passivo na condição de contribuinte ou responsável e por ele indicados para compor os referidos parcelamentos, configura confissão extrajudicial nos termos dos arts. 348, 353 e 354 da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, e condiciona o sujeito passivo à aceitação plena e irretratável de todas as condições estabelecidas nesta Lei" (art. 5º). O mesmo Diploma estabelece, por sua vez, que Os depósitos existentes vinculados aos débitos a serem pagos ou parcelados nos termos desta Lei serão automaticamente convertidos em renda da União, após aplicação das reduções para pagamento a vista ou parcelamento (art. 10).

Na hipótese dos autos, a confissão irrevogável, feita sem ressalvas, foi efetuada posteriormente ao bloqueio, informando o documento de fls. 77-80 que este - o bloqueio - ocorreu, de fato, aos 2 de setembro de 2009, um dia antes da adesão ao parcelamento legal. Embora não formalizada ainda a penhora, não resta dúvida de que a localização de créditos e seu bloqueio à ordem do Juízo, depois de mais de cinco anos do ajuizamento da execução, seguida da confissão do débito, impedem a liberação dos valores, especialmente se com isso não concorda a credora, discordância, aliás, compreensível, a considerar os valores bloqueados - mais de 560 mil reais - com aqueles juntados com a notícia do parcelamento - 50 reais por débito parcelado, ao menos até a consolidação.

Não vislumbro viabilidade à liberação do bloqueio.

(...).

Tal precedente deixa claro que a simples adesão ao parcelamento não implica a possibilidade de liberação de bloqueios BACENJUD.

Diante do exposto, indefiro o pedido liberatório de fls. 55-56, ordenando a transferência dos créditos bloqueados para contar a ser aberta no Posto CEF desta Seção Judiciária, onde permanecerão até conversão em renda da União.

Aguardem-se informações da Fazenda acerca da oficialização do parcelamento e da definição do seu saldo devedor, após as deduções previstas na Lei n. 11.941/2009 para conversão (Lei n. 11.941/2009, art. 10 e parágrafo único) (fls. 106-108).

3. Dessa decisão foi interposto Agravo de Instrumento pelo devedor, com pedido de antecipação de tutela, para a liberação dos valores bloqueados, pleito

atendido pelo Relator (fls. 121-122); posteriormente, foi dado provimento ao Agravo, pelos fundamentos acima sumariados.

4. No presente Apelo Nobre, a Fazenda Nacional sustenta violação aos arts. 10 e 11 da Lei n. 11.941/2009 e 151, VI do CTN, sob o argumento de que o parcelamento da dívida suspende apenas o curso da execução, não havendo previsão de levantamento da garantia. Alega-se que o bloqueio dos valores foi realizado antes do parcelamento.

5. Os referidos dispositivos legais assim dispõem:

Art. 10 - Os depósitos existentes vinculados aos débitos a serem pagos ou parcelados nos termos desta Lei serão automaticamente convertidos em renda da União, após aplicação das reduções para pagamento a vista ou parcelamento.

Parágrafo único - Na hipótese em que o valor depositado exceda o valor do débito após a consolidação de que trata esta Lei, o saldo remanescente será levantado pelo sujeito passivo.

Art. 11 - Os parcelamentos requeridos na forma e condições de que tratam os arts. 1º, 2º e 3º desta Lei:

I – não dependem de apresentação de garantia ou de arrolamento de bens, exceto quando já houver penhora em execução fiscal ajuizada;

Art. 151 - Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

(...).

VI – o parcelamento.

6. Apresentadas contrarrazões (fls. 154-172), o recurso foi admitido na origem (fls. 173).

7. Em 28.2.2012, a Primeira Seção acolheu Questão de Ordem para submeter o presente feito à Corte Especial, em obediência ao disposto na Súmula Vinculante n. 10 do colendo STF, para decidir sobre eventual ofensa ao princípio da isonomia ou da igualdade tributária (art. 150, II da CF) (fls. 182-183 e 194-195).

8. O Ministério Público Federal, em parecer ofertado pelo ilustre Subprocurador-Geral da República *Wallace de Oliveira Bastos*, manifestou-se pelo provimento do Recurso Especial da Fazenda Nacional, nos termos da seguinte ementa:

*Recurso especial. Execução fiscal ajuizada pela Fazenda Nacional. Decisão do Juízo de 1º grau que indeferiu o pedido de liberação dos valores bloqueados*

através do sistema BACEN JUD. Acórdão do Eg. TRF-5ª Região que deu provimento ao agravo de instrumento interposto. Recurso especial fundado no art. 105, III, **a** da Constituição Federal. Alegação de violação aos arts. 10 e 11 da Lei n. 11.941/2009 e art. 151, VI do CTN. Demonstração. Orientação firmada por essa Colenda Corte no sentido de que o parcelamento da dívida não autoriza o levantamento da garantia da execução até a quitação integral do débito. Precedente. Parecer pelo provimento do Recurso Especial ora analisado (fls. 188).

9. É o relatório.

## VOTO

Ementa: Recurso especial. Tributário. Execução fiscal suspensa pelo parcelamento previsto na Lei n. 11.941/2009 (art. 151, V do CTN). Arts. 10 e 11, I, segunda parte, da Lei n. 11.041/2009. Inadmissibilidade da manutenção do bloqueio de ativos financeiros da empresa executada ou conversão imediata em renda da União. Penhora não concretizada. Ofensa ao princípio da igualdade tributária (art. 150, II da CF), uma vez que para os não executados, a garantia ou o arrolamento de bens é dispensada. Bloqueio durante todo o período do parcelamento, que pode chegar a 180 meses. Grave risco à atividade econômica e ao próprio cumprimento do parcelamento. Declaração de inconstitucionalidade. Controle difuso. Arguição de inconstitucionalidade julgada procedente.

1. O voto condutor do acórdão recorrido não se manifestou numericamente sobre as disposições da Lei n. 11.941/2009; todavia, ao reformar a decisão de primeiro grau, louvando-se no art. 151, VI do CTN para dizer possível e desejável o desbloqueio dos valores em dinheiro depositados em Juízo, por estar a exigência do crédito tributário suspensa, bem como ao fazer menção, na ementa, de que houve adesão ao parcelamento previsto na Lei n. 11.941/2009, o Colegiado de origem afastou a sua aplicação ao caso concreto e dirimiu a questão constitucional a ser aqui enfrentada, qual seja, se o parcelamento tributário implica (ou não) na manutenção da garantia ofertada em momento anterior ao seu deferimento, o que, ao meu sentir, é suficiente para caracterizar o prequestionamento, permitindo a esta Corte analisar a tese jurídica sob os fundamentos legais que entender aplicáveis à hipótese.

2. Não desconheço a orientação que se firmou na Primeira Seção desta Corte de que o parcelamento previsto na Lei n. 11.941/2009 suspende o curso da execução, mas não acarreta a desconstituição da garantia dada em juízo antes da adesão ao parcelamento. Precedentes: REsp n. 1.229.028-PR, Rel. Min. *Mauro Campbell Marques*, DJe 18.10.2011; AgRg no REsp n. 1.249.210-MG, Rel. Min. *Humberto Martins*, DJe 24.6.2011.

3. A manutenção desse bloqueio e mesmo a conversão imediata do depósito em renda da União, ainda que para abater parte da dívida, ofende o princípio da isonomia tributária; é irrazoável, para dizer o mínimo, que um contribuinte executado pelo Fisco ao qual prestou garantia, depois ingressando no parcelamento, tenha situação menos favorável do que aquele que não sofreu a execução; esses dois contribuintes, nessa hipótese, são igualmente devedores, nota peculiar que os equipara e os torna merecedores do mesmo tratamento perante a Administração; ora, se aquele outro que prestou a garantia permanecer com o seu patrimônio constricto, mesmo tendo aderido ao parcelamento, ver-se-á em posição desvantajosa para competir com outro.

4. A desequiparação entre esses dois contribuintes dá-se por uma circunstância absolutamente fortuita, e a fortuidade, como se sabe, serve para surpreender e espantar, mas não serve para criar discriminações, que só são legítimas se tiverem por suporte uma circunstância permanente e razoável.

5. A interpretação que vem sendo dada ao CTN (art. 151, VI) e à Lei n. 11.941/2009 (atual Lei do PAES) coloca contribuintes de uma mesma exação, ambos, em tese devedores, em situações absolutamente indiscrepantes, com um deles suportando um ônus que para o outro não existe, o que certamente não se coaduna com o art. 150, II da CF, por isso a inconstitucionalidade dos arts. 10 e 11, I, segunda parte, da Lei n. 11.941/06.

6. O princípio da igualdade tributária deve ser entendido com largueza e espírito livre, para contemplar hipóteses outras daquelas relacionadas tão somente à imposição tributária equânime, situação em que normalmente é invocado, merecendo ser aplicado a todas as relações em que se verifique uma discriminação entre sujeitos

contribuintes que se encontram em condições fáticas ou jurídicas semelhantes.

7. Fere a lógica do razoável permitir o parcelamento, mas negar ao executado a possibilidade de levantar dinheiro bloqueado ou penhorado, mormente ante a possibilidade de quitação da dívida em até 15 anos ou 180 meses como permite a própria Lei n. 11.941/2009, sendo injusto e desproporcional a manutenção de dinheiro bloqueado ou a sua imediata conversão em renda a favor da União, privando a empresa, mormente as menores, de valer-se desses recursos para honrar seus compromissos e até mesmo o parcelamento efetuado.

8. As normas benéficas, como a que institui o parcelamento tributário, merecem interpretação de forma a efetivar o benefício por ela veiculado, sob pena de serem inócuas e descriminalizantes e não atenderem à sua finalidade.

9. As leis que versam sobre parcelamento ou moratória tributária objetivam, em última *ratio*, o equacionamento da questão financeira e orçamentária do Estado, com o estímulo ao pagamento de tributos pelos contribuintes mediante certas benesses, e sem o aviltamento de suas capacidades produtivas, mantendo íntegra a atividade econômica; incluir um tal dispositivo legal que veda o levantamento da garantia nesses casos vai de encontro à intenção da norma.

10. Arguição de inconstitucionalidade julgada procedente.

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. O acórdão recorrido teceu as seguintes considerações:

Com efeito, consoante a inteligência do art. 151, VI do CTN, a formalização de parcelamento da dívida é hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, motivo pelo qual se impõe a suspensão do feito executivo, enquanto durar o parcelamento, até que a dívida seja plenamente quitada pela parte devedora.

Presente, portanto, o receio de lesão grave e de difícil reparação.

(...).

Ante o exposto, dou provimento ao Agravo de Instrumento para manter o decisum de fls. 118-120 que determinou o desbloqueio dos valores depositados em dinheiro ou em fundos de investimentos, referentes ao Processo n. 2004.84.007500-7, sob o fundamento de que o débito objeto da execução se

encontrava com a exigibilidade suspensa, face à fomalização do parcelamento da vídia, nos termos previstos no art. 151, VI do CTN (fls. 138-139).

2. Inicialmente, é preciso dirimir questão processual de suma importância ao conhecimento do próprio Recurso Especial, qual seja, a referente ao prequestionamento; há muito esta Corte posiciona-se a favor do chamado prequestionamento implícito, isto é, admite-se o Recurso Especial quando a questão federal foi debatida e apreciada pelo acórdão *a quo*, embora sem menção expressa a dispositivos legais (REsp n. 1.151.758-RS, Rel. Min. *Massami Uyeda*, DJe 10.10.2011 e REsp n. 1.100.394-PR, Rel. Min. *Luiz Fux*, DJe 15.10.2009).

3. O voto condutor do acórdão recorrido não se manifestou numericamente sobre as disposições da Lei n. 11.941/2009; todavia, tanto a decisão do MM. Juiz de primeiro grau, que indeferiu o desbloqueio dos valores apreendidos por meio do BACENJUD, quanto as contrarrazões da Fazenda Pública a elas fizeram menção como fundamento para o indeferimento do pedido de liberação da garantia do executado.

4. Ao meu sentir, ao decidir louvando-se no art. 151, VI do CTN para dizer possível e desejável o desbloqueio dos valores em dinheiro depositados em Juízo, por estar a exigência do crédito tributário suspensa, bem como ao fazer menção, *na ementa*, de que houve adesão ao parcelamento previsto na Lei n. 11.941/2009, o Colegiado de origem afastou a sua incidência ao caso concreto e dirimiu a questão federal a ser aqui enfrentada, qual seja, se o parcelamento tributário implica ou não na manutenção da garantia ofertada, o que, ao meu sentir, é suficiente para caracterizar o *prequestionamento*, permitindo a esta Corte analisar a tese jurídica sob os fundamentos legais que entender aplicáveis à hipótese.

5. Como afirmei, a questão a ser apreciada por esta Corte Especial refere-se à possibilidade de lei ordinária dispor sobre os efeitos da garantia dada pelo contribuinte diante da suspensão do crédito tributário executado em razão do parcelamento; isso porque, a Lei n. 11.941/2009 estabelece que as garantias oferecidas ou as penhoras efetuadas em execução fiscal não são liberadas, mesmo depois de parcelado o débito tributário.

6. O art. 151, VI do CTN, por sua vez, incluído pelo LC n. 104/2001, apenas previu o parcelamento como mais uma das hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nada disciplinando sobre o destino das garantias/penhoras ofertadas/efetuadas em casos de execução fiscal já ajuizada, competindo a Lei n. 11.941/2009 esmiuçar essa delicada questão, como autorizado pelo art. 155-A do Código Tributário.

7. A Primeira Turma entendeu que esse conflito só se dirime pela Constituição Federal, porque a admissão da tese de que a referida lei ordinária (Lei n. 11.941/2009) não poderia dispor sobre esses efeitos do parcelamento implicaria na sua *não aplicação* aos casos concretos, o que, nos termos da Súmula Vinculante n. 10, só pode ser feito por meio da declaração de sua inconstitucionalidade.

8. É de se ter mente, ainda, o disposto no art. 150, II da CF, que consagra o princípio da isonomia tributária, pois, nos termos do próprio art. 11, I, primeira parte, da Lei n. 11.941/2009, os parcelamentos requeridos, de ordinário, *não dependem de apresentação de garantia ou de arrolamento de bens*.

9. Inicialmente, destaco que a Constituição Federal não exige que todas as questões relacionadas à tributação sejam veiculadas por Lei Complementar, embora afirme, no inciso III do art. 146, que compete à Lei Complementar *estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária*, exemplificando, nas alíneas seguintes, as matérias que deveriam ser obrigatoriamente veiculadas por essa *lei especial*, quais sejam: definição de tributos, suas espécies, fatos geradores, bases de cálculo, contribuintes, adequado tratamento tributário às cooperativas, obrigação tributária, lançamento, *crédito tributário*, decadência e também prescrição tributária.

10. A definição de que outras matérias poderiam ser enquadradas como *normas gerais de legislação tributária* é questão que permeou significativos debates doutrinários, havendo certo consenso de que devem se referir a princípios, fundamentos ou diretrizes para o exercício da tributação aptas a serem aplicadas uniformemente para todos os contribuintes, sendo certo que a Lei Complementar que as veicular deve estar em conformidade formal e material com o texto constitucional (MARTINS, Ives Gandra da Silva, *Sistema Tributário Nacional na Constituição de 1988*, 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 1998 e CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 27ª edição, São Paulo: Malheiros, 2011).

11. A jurisprudência do STF já afirmou que *a observância de normas gerais em matéria tributária é imperativo de segurança jurídica, na medida em que é necessário assegurar tratamento centralizado a alguns temas para que seja possível estabilizar legitimamente expectativas*. Neste contexto, *gerais não significa genéricas, mas sim aptas a vincular todos os entes federados e os administrados; ademais, nem toda contraposição entre lei ordinária e lei complementar se resolve no plano constitucional. Dentre outras hipóteses, a discussão será de alçada constitucional se o*

*ponto a ser resolvido, direta ou incidentalmente, referir-se à existência ou inexistência de reserva de lei complementar para instituir o tributo ou estabelecer normas gerais em matéria tributária, pois é a Constituição que estabelece os campos materiais para o rito de processo legislativo adequado (RE n. 433.352-AgRg, e RE n. 228.339-AgRg, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 28.5.2010).*

12. Guiado por estas considerações, ousou afirmar que a instituição de nova hipótese de suspensão de crédito tributário deveria mesmo, como o foi, ser veiculada por lei complementar (art. 146, III, **b** da CF c.c. o art. 97, VI do CTN); todavia, dispensam essa exigência as questões relacionadas simplesmente à forma ou aos procedimentos de execução do crédito tributário, bem como àquelas relativos ao seu parcelamento.

13. Tanto que assim foi feito: a LC n. 104/2001 instituiu o parcelamento como mais uma hipótese de suspensão do crédito tributário (art. 151, VI do CTN); referiu, todavia, no art. 155-A, que a *forma e as condições de sua concessão serão estabelecidas em lei específica*; dest'arte, os arts. 10 e 11 da Lei n. 11.941/2009, por terem sido instituídos por meio de lei ordinária, só por isso, não podem ser tidos por inconstitucionais.

14. Não desconheço o entendimento veiculado por diversos julgados de ambas as Turmas da Primeira Seção de que o parcelamento previsto na Lei n. 11.941/2009 suspende o curso da execução, mas não acarreta a desconstituição da garantia dada em juízo antes da adesão ao parcelamento. Confirmam-se os seguintes julgados:

Processual Civil e Tributário. Inexistência de violação ao art. 535 do CPC. Execução fiscal. Manutenção da indisponibilidade de valores via Bacenjud efetivada antes da adesão do contribuinte a parcelamento tributário. Possibilidade. Interpretação do art. 11, I, da Lei n. 11.941/2009.

1. O acórdão recorrido analisou todas as questões necessárias ao desate da controvérsia, só que de forma contrária aos interesses da parte. Logo, não padece de vícios de omissão, contradição ou obscuridade, a justificar sua anulação por esta Corte. Tese de violação do art. 535 do CPC repelida.

2. Esta Corte possui entendimento pacífico no sentido de que o parcelamento tributário possui o condão de suspender a exigibilidade do crédito, porém não tem o condão de desconstituir a garantia dada em juízo. Precedentes: AgRg no REsp n. 1.249.210-MG, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 24.6.2011; AgRg no REsp n. 1.208.264-MG, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, DJe de 10.12.2010.

3. Na espécie, o Tribunal de origem, apesar de reconhecer que o parcelamento tributário possui o condão de suspender o curso da execução, com a respectiva

manutenção das garantias do crédito fiscal, concluiu pela impossibilidade da manutenção do bloqueio de valores do devedor por meio do Bacenjud, sob o fundamento de que “a onerosidade imposta ao executado revela-se intensa, pois, de modo diverso da penhora sobre bens corpóreos tais como imóveis e veículos, em que o devedor fica como depositário e continua com a posse do objeto corpóreo, os valores bloqueados tornam-se de imediato indisponíveis, privando-se o titular, na prática, de todos os direitos atinentes ao domínio” (e-STJ fl. 177).

4. Ocorre que “o art. 11, I, da Lei n. 11.941/2009 não prevê que a manutenção da garantia encontra-se vinculada a espécie de bem que representa a garantia prestada em Execução Fiscal. Dito de outro modo, seja qual for a modalidade de garantia, ela deverá ficar atrelada à Execução Fiscal, dependendo do resultado a ser obtido no parcelamento: em caso de quitação integral, haverá a posterior liberação; na hipótese de rescisão por inadimplência, a demanda retoma o seu curso, aproveitando-se a garantia prestada para fins de satisfação da pretensão da parte credora” (REsp n. 1.229.025-PR, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 22.2.2011, DJe 16.3.2011).

5. Recurso especial parcialmente provido (REsp n. 1.229.028-PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 18.10.2011).

Processual Civil. Tributário. Execução fiscal. Garantia do juízo. Valores bloqueados. Sistema Bacenjud. Adesão a parcelamento. Liberação. Impossibilidade. Inteligência do art. 11, I, da Lei n. 11.941/2009. Bens do sócio gerente. Ausência de prequestionamento. Nome constante na CDA. Redirecionamento. Possibilidade. Art. 135 do CTN. Ônus da prova. Análise de conceitos e princípios constitucionais. Inviabilidade. Competência do STF.

1. Esta Corte tem entendimento pacificado de que o parcelamento de créditos suspende a execução, mas não tem o condão de desconstituir a garantia dada em juízo. Precedentes: AgRg no REsp n. 1.208.264-MG, Rel. Min. Hamilton Carvalho, Primeira Turma, julgado em 21.10.2010, DJe 10.12.2010; AgRg no REsp n. 1.146.538-PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 4.3.2010, DJe 12.3.2010; REsp n. 905.357-SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 24.3.2009, DJe 23.4.2009.

2. A distinção feita pela empresa executada entre indisponibilidade e penhora não prospera. A uma, porque a jurisprudência do STJ remete-se a “garantia dada em juízo”, não se limitando à penhora. A dois, porque “o art. 11, I, da Lei n. 11.941/2009 não prevê que a manutenção da garantia encontra-se vinculada a espécie de bem que representa a garantia prestada em Execução Fiscal. Dito de outro modo, seja qual for a modalidade de garantia, ela deverá ficar atrelada à Execução Fiscal, dependendo do resultado a ser obtido no parcelamento: em caso de quitação integral, haverá a posterior liberação; na hipótese de rescisão por inadimplência, a demanda retoma o seu curso, aproveitando-se a garantia prestada para fins de satisfação da pretensão da parte credora” (REsp n. 1.229.025-

PR, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 22.2.2011, DJe 16.3.2011).

3. A tese de que a restrição não deveria ter recaído sobre bens do sócio indevidamente incluído na lide não comporta conhecimento pela ausência de prequestionamento, e porque a própria agravante/executada reconhece, na sua peça inicial, que o nome do sócio constava na CDA, o que possibilita o redirecionamento da execução, conforme pacífica jurisprudência.

4. Se não ocorreu nenhuma das hipóteses do art. 135 do CTN, cabe ao executado fazer prova do alegado, em momento oportuno (embargos do devedor), e não em autos de agravo de instrumento, que aborda questão diversa.

5. Descabe ao STJ examinar na via especial, sequer a título de prequestionamento, eventual violação de dispositivos ou princípios constitucionais, pois é tarefa reservada ao Supremo Tribunal Federal.

Agravo regimental improvido (AgRg no REsp n. 1.249.210-MG, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 24.6.2011).

15. *Data venia*, ousou divergir da conclusão acima, amparado por razão de ordem constitucional calcada na inteligência do princípio da isonomia ou igualdade tributária, que exsurge do art. 150, II da CF como garantia fundamental do contribuinte.

16. A suspensão da exigibilidade do crédito tributário impede a cobrança do respectivo montante, além de vedar a oposição desse crédito para o fim, por exemplo, de compensação de ofício pela Administração ou negativa de expedição de certidão de regularidade fiscal (art. 206 do CTN). A suspensão retira a situação de *inadimplência* do contribuinte, que, para todos os efeitos legais, deve ser considerado em situação regular.

17. A suspensão pode ocorrer antes mesmo do lançamento e, portanto, não pressupõe a existência de *crédito tributário* no sentido que lhe deu o CTN (de crédito lançado) e, nesse caso, embora não impeça esse mesmo lançamento, impõe o adiamento de qualquer medida tendente a sua cobrança e interrompe o prazo prescricional, por constituir reconhecimento inequívoco do débito, nos termos do art. 174, parág. único, IV do CTN.

18. Nesse sentido, exemplificadamente, pode ser citado o seguinte julgado desta Corte:

Tributário. Compensação de ofício pela Secretaria de Receita Federal de valores pagos indevidamente a título de PIS e COFINS a serem restituídos em repetição de indébito, com valores dos débitos tributários consolidados no programa

PAES. Impossibilidade. Art. 151, VI, do CTN. Suspensão da exigibilidade do crédito tributário. IN SRF n. 600/2005 e 900/2008. Exorbitância da função regulamentar.

(...).

7. A suspensão da exigibilidade do crédito tributário impede qualquer ato de cobrança, bem como a oposição desse crédito ao contribuinte. É que a suspensão da exigibilidade conjura a condição de inadimplência, conduzindo o contribuinte à situação regular, tanto que lhe possibilita a obtenção de certidão de regularidade fiscal (REsp n. 1.130.680-RS, Rel. Min. *Luiz Fux*, DJe 28.10.2010).

19. O parcelamento, mesmo antes da LC n. 104/2001, que expressamente o incluiu como uma das hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, já era considerado uma subespécie de moratória (postergação do prazo para o pagamento da dívida concedida pelo credor ao devedor); por isso se dizia que produzia esse mesmo efeito suspensivo.

20. Ressalto que há os que entendem, inclusive, que o parcelamento constitui verdadeira transação ou novação (art. 156, III e 171 do CTN), pois, muito embora não *extinga propriamente o crédito tributário*, impõe concessões mútuas entre as partes, com a Fazenda Pública reduzindo multas e juros e dispensando garantias e o contribuinte confessando a dívida, desistindo de impugnações judiciais e administrativas e comprometendo-se a pagar as prestações no valor e prazo estipulados; dessa forma, o parcelamento faria com que a obrigação tributária primitiva desaparecesse, dando lugar a outra, com valor e prazo de vencimento próprios (CARAZZA, Roque Antônio - *A extinção da punibilidade no parcelamento de contribuições previdenciárias descontadas, por entidades beneficentes de assistência social, dos seus empregados, e não recolhidas no prazo legal. Questões conexas, in Revista dos Tribunais, v. 728, jun/1996, p. 443-450*).

21. Embora se façam críticas a esse entendimento, pois segundo outros doutrinadores, o parcelamento altera apenas as condições de pagamento do tributo (mantidas as mesmas partes e objeto), a questão certamente não se resolve com a simples afirmação de que o parcelamento apenas suspende a exigência do crédito fiscal, ficando as garantias ou penhoras já ofertadas/efetivadas atreladas ao referido débito, enquanto não houver a quitação integral da dívida.

22. Para além da dicotomia entre *suspensão* ou *extinção* da obrigação tributária, deve-se perquirir se a manutenção dessa constrição ou indisponibilidade por longo período ou a conversão imediata do depósito

em renda da União é juridicamente aceitável, isto é, se está em conformidade com o ordenamento jurídico tributário, que tem seus princípios definidos na Constituição Federal.

23. Dest'arte, se o deferimento do parcelamento pode se dar até mesmo antes da declaração do crédito tributário, e se, para a sua concessão, não se exige o oferecimento de garantia alguma, como expressamente prevê o art. 11, I, primeira parte, da Lei n. 11.941/2009, mostra-se inconcebível a negativa de levantamento daquela eventualmente já ofertada no âmbito da execução fiscal, especialmente e principalmente quando esta contempla *dinheiro*.

24. A manutenção desse bloqueio e mesmo a conversão do depósito em renda da União ofende o princípio da *isonomia tributária*; é irrazoável, para dizer o mínimo, que um contribuinte executado pelo fisco, que prestou garantia, depois ingressando no parcelamento, tenha situação menos favorável do que aquele que não sofreu a execução; esses dois contribuintes, nessa hipótese, são *igualmente* devedores, nota peculiar que os equipara e os torna merecedores do mesmo tratamento perante a Administração.

25. Ao meu sentir, a nota característica da igualdade é exatamente o fato de os contribuintes serem ambos *devedores do fisco*, pouco importando que um deles tenha sido executado ou não; essa situação fática e fortuita, não os diferencia, pois o importante para fins de exegese do art. 150, II da CF é a igualdade marcada pelo fato de serem devedores. Assim, se aquele que prestou a garantia permanecer com o seu patrimônio constricto, mesmo tendo aderido ao parcelamento, ver-se-á em posição desvantajosa para competir com outro.

26. A desequiparação entre esses dois contribuintes dá-se por uma circunstância absolutamente fortuita, e a fortuidade, como se sabe, serve para surpreender e espantar, mas não serve para criar discriminações, como ensina o Professor CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO; qualquer discriminação só é legítima, se tiver por suporte uma circunstância permanente e razoável.

27. A interpretação que vem sendo dada ao CTN (art. 151, VI) e à Lei n. 11.941/2009 (atual Lei do PAES) coloca contribuintes de uma mesma exação, ambos, em tese devedores, em situações absolutamente discrepantes, com um deles suportando um ônus que para o outro não existe, o que certamente não se coaduna com o art. 150, II da CF.

28. O princípio da igualdade tributária deve ser entendido com largueza e espírito livre, para contemplar hipóteses outras daquelas relacionadas tão

somente à imposição tributária equânime, situação em que normalmente é invocado, merecendo ser aplicado a todas as relações em que se verifique uma discriminação entre sujeitos contribuintes que se encontram em condições fáticas ou jurídicas semelhantes.

29. Fere a lógica do razoável permitir o parcelamento, mas negar ao executado a possibilidade de levantar dinheiro bloqueado ou penhorado, mormente ante a possibilidade de quitação da dívida em até 15 anos ou 180 meses como permite a própria Lei n. 11.941/2009. Pergunta-se: no caso de bloqueio ou penhora em dinheiro, este ficará à disposição da Fazenda Nacional durante todo esse período? É justo que o dinheiro bloqueado seja imediatamente convertido em renda a favor da União, privando a empresa, mormente as menores, de valer-se desse capital indispensável para honrar seus compromissos e até mesmo o parcelamento efetuado?

30. O bloqueio de dinheiro ou aplicação financeira pode prejudicar imensamente a atividade empresarial, inviabilizando, inclusive, o cumprimento do próprio parcelamento. Repito não ser razoável exigir do contribuinte o pagamento das parcelas e, ao mesmo tempo, priva-lo de seus recursos financeiros; as normas benéficas, como esta que instituiu o parcelamento tributário, merecem interpretação de forma a efetivar o benefício por ela veiculado, sob pena de serem inócuas e descriminalizantes e não atenderem à sua finalidade.

31. As leis que versam sobre parcelamento ou moratória tributária objetivam, em última *ratio*, o equacionamento da questão financeira e orçamentária do Estado, com o estímulo ao pagamento de tributos pelos contribuintes mediante certas benesses, mas sem o aviltamento de suas capacidades produtivas, mantendo íntegra a atividade econômica; incluir um tal dispositivo legal que veda o levantamento de dinheiro bloqueado, nesses casos, vai de encontro à intenção da norma.

32. É indispensável haver uma relação de adequação e de proporcionalidade para admitir-se a desequiparação de contribuintes em situação de inadimplência e o *discrímen* não pode ser arbitrário, como no caso em que se releva ao absoluto a só existência de execução, colocando uns em situação muito mais onerosa do que outros ou mesmo em relação ao Fisco.

33. Na hipótese, o Juiz de primeiro grau determinou, pelo sistema BACENJUD, o bloqueio da quantia de R\$ 700.464,10 (setecentos mil, quatrocentos e sessenta e quatro reais e dez centavos). Foram bloqueados R\$ 565.286,97 (quinhentos e sessenta e cinco mil, duzentos e oitenta e seis reais e

noventa e sete centavos), em 2.9.2009, quantia assaz expressiva. No dia seguinte o ora recorrido aderiu ao parcelamento previsto na Lei n. 11.941/2009.

34. Segundo a decisão de primeiro grau, a penhora não foi concretizada (fls. 107). Quanto a esse ponto, cumpre anotar que a doutrina vem entendendo que o bloqueio prévio não se confunde com a penhora. Confirma-se o ensinamento do Professor HUMBERTO THEODORO JÚNIOR:

O legislador diz que o juiz poderá determinar a indisponibilidade até o valor indicado na execução. Mas é prudente que o juiz sempre o faça, pois esta pré-penhora (bloqueio prévio) assegura a eficácia da futura constrição, evitando saques furtivos do devedor titular da conta (Curso de Direito Processual Civil, v. 2, cit., p. 326).

Recebida a informação do bloqueio bancário, o escrivão deverá lavrar o respectivo termo de penhora, do qual deverá ser intimado o executado na pessoa do seu advogado ou, em último caso, pessoalmente, na forma dos artigos 652, § 1º e 4º e 475-J, § 1º O arresto executivo eletrônico converte-se em penhora neste momento (DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 5. 2. ed. rev., ampl. e atual. p. 607).

35. Assim, no caso concreto, sequer seria aplicável o art. 11, I, parte final da Lei n. 11.941/2009, pois não concretizada a penhora.

36. Ante o exposto, pelo meu voto, declaro a inconstitucionalidade dos arts. 10 e 11, I, segunda parte, da Lei n. 11.941/2009. É o voto.

#### VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Sidnei Beneti: 1.- O presente caso foi submetido a esta Corte Especial em Questão de Ordem provocada no julgamento pela 1ª Seção no julgamento de Recurso Especial, para exame da constitucionalidade dos arts. 10 e 11, I, segunda parte, da Lei n. 11.941/2009, os quais, segundo o voto do E. Relator, ofenderiam o princípio constitucional da isonomia tributária (CF, art. 150, II), por a suspensão do crédito tributário retirar a situação de inadimplência do contribuinte, que deveria, em consequência, ser declarado em situação regular e, consequentemente, deveria ser também desconstituída a penhora realizada.

O enfoque da matéria simplifica-se no âmbito desta Corte, à vista do já exaustivo debate perante a 1ª e a 2ª Turmas pressupondo, evidentemente,

a já meditação constitucional subjacente, no âmbito das aludidas Turmas componentes da 1ª Seção deste Tribunal, com ativa e respeitada participação, inclusive, do Min. Relator, o E. Min. *Napoleão Maia*.

O Recurso Especial foi interposto pela Fazenda Nacional contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, proferido no Agravo de Instrumento n. 100.925-RN - Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Relator o E. Des. Federal *Paulo Gadelha*, acórdão esse que, dando provimento a Agravo de Instrumento interposto pelo ora Recorrido, reformou decisão de 1º Grau e determinou o desbloqueio de ativos financeiros penhorados pela ora Recorrente contra o Recorrido, “devedor fiscal, ante o fato da adesão, por este, ao parcelamento previsto na Lei n. 11.941/2009, suspendendo-se a exigibilidade do crédito tributário (art. 151 do CTN)”.

2.- Meu voto diverge do Voto do E. Relator e dá provimento ao Recurso Especial da *Fazenda Nacional*, pedindo escusas ao E. Relator e renovando manifestação do mais profundo respeito ao entendimento de S. Exa.

3.- Preliminarmente, meu voto não via viável a declaração da inconstitucionalidade (por pretendida ofensa à CF, art. 150, II) dos arts. 10 e 11, I, segunda parte, da Lei n. 11.941/2009 por esta Corte, contra a Fazenda Pública, única recorrente, que, evidentemente, não pleiteou o julgamento de inconstitucionalidade. Assim, julgamento que proclamasse a inconstitucionalidade, ainda que incidental, constituiria *reformatio in pejus* em desfavor da ora Recorrente – assinalando-se que a matéria não foi trazida nem mesmo pelas contra-razões do Recurso Especial (e-STJ, fls. 155-172). Não vi possibilidade de esta Corte, desbordando de sua competência constitucional, conhecer, “*ex-officio*”, em caráter de controle difuso de constitucionalidade, da matéria constitucional, caso concluísse pela declaração de inconstitucionalidade. Haveria ofensa ao princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LV), tomando de surpresa a Fazenda, ora Recorrente.

4.- Ingressando, contudo, na questão de fundo, deve ser afastada, “*data venia*”, a cogitada inconstitucionalidade sustentada pelo voto do E. Relator, decorrente do disposto nos arts. 10 e 11 da Lei n. 11.941/2009 – os quais, como se verá, mantendo a garantia da penhora em execuções já ajuizadas, diante do parcelamento, não ofendem o princípio da isonomia tributária (CF, art. 150, II), nem necessitando, esses comandos legais, de ser instituídos por intermédio de Lei Complementar (cf, art. 146, III, b, C.C. art. 97, VI, do CTN), porque a reserva legal não vai além da necessidade de lei ordinária, diante da diversidade de situações jurídicas subjacentes.

Com efeito, referidas disposições legais, instituindo a faculdade de obtenção de parcelamento do crédito tributário, estabelecem o seguinte:

Art. 10. Os depósitos existentes vinculados aos débitos a serem pagos ou parcelados nos termos desta Lei serão automaticamente convertidos em renda da União, após aplicação das reduções para pagamento à vista ou parcelamento.

Parágrafo único. Na hipótese em que o valor depositado exceda o valor do débito após a consolidação de que trata esta Lei, o saldo remanescente será levantado pelo sujeito passivo.

Art. 11. Os parcelamentos requeridos na forma e condições de que tratam os arts. 1º, 2º e 3º desta Lei:

I - não dependem de apresentação de garantia ou de arrolamento de bens, exceto quando já houver penhora em execução fiscal ajuizada.

E o art. 151 do Código Tributário Nacional dispõe:

“Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

(...)

VI – o parcelamento.

Como se vê, os art. 10 e 11 da Lei n. 11.941/2009 apenas autorizam o parcelamento, não determinando a suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

E, ainda como se depreende dos dispositivos transcritos, o art. 151 do Cód. Tribut. Nacional suspende a exigibilidade do crédito tributário, mas o faz excetuando o disposto a hipótese constante do art. 11 supra transcrito da Lei n. 11.941/2009, isto é, o caso em que “já houver penhora em execução fiscal ajuizada”.

Isso quer dizer que, já tendo havido penhora em execução fiscal ajuizada, a exigibilidade do crédito tributário não se suspende, quer dizer, repita-se, permanece ele intacto, normalmente exigível.

Essa é a distinção expressa que a lei faz, e pode, sem ofensa constitucional, fazê-lo, não restando espaço à construção interpretativa, como realizada pelo acórdão do Tribunal de origem, que fulmina essa exigibilidade, em contrariedade frontal ao que para ela é expressamente previsto pela lei.

Consequência da exigibilidade é a penhora, no tocante às execuções fiscais ajuizadas, garantindo a Fazenda Pública credora.

Em suma, incide sobre a hipótese em julgamento a regra que vem da velha máxima, de que “*in claris cessat interpretatio*”.

E não ocorre infringência ao princípio da isonomia constitucional, pois o que a lei realiza – e, repita-se, pode fazê-lo – ao regram a faculdade de obtenção do parcelamento, é distinguir entre situações diversas, ou seja, a em que ainda não haja penhora ante o ajuizamento da execução fiscal, e a em que já exista a penhora, e, com a dívida, portanto, judicialmente garantida, em caso em que, evidentemente, a resistência ao pagamento tenha mais intensamente se patenteado – tanto que a Fazenda teve de ajuizar e trilhar o muitas vezes tormentoso procedimento de chegar à concretização da penhora.

5.- No sentido da não suspensão da exigibilidade, ou seja, da constitucionalidade, e, conseqüentemente, de manutenção da penhora, vêm os julgados, em sentido contrário, referidos aliás pelo eminente Relator, (REsp n. 1.229.028-PR, Relator Min. *Mauro Campbell Marques*, e AgrReg no REsp n. 1.249.210-MG, Relator Min. *Humberto Martins*).

Na mesma conclusão, ajuntem-se outros precedentes concluindo que, mesmo se suspensa a exigibilidade, a penhora não pode ser levantada (REsp n. 1.251.499-SC, Relator Min. *Herman Benjamin*; REsp n. 1.208.264-MG, Relator Min. *Hamilton Carvalhido*).

6.- Os argumentos constantes do acórdão recorrido e chancelados pelo respeitado voto do E. Relator, com maior respeito, não se sustentam, porque:

a) Da suspensão do crédito tributário diante do parcelamento para devedores que ainda não tenham tido seus bens penhorados não se extrai a conclusão de inconstitucionalidade da manutenção da penhora referente a devedores que já tenham sido acionados e tenham tido bens submetidos à penhora.

A lei estabelece efetivamente, sem ofensa à isonomia constitucional, a distinção objetiva entre uma e outra espécie de devedor, e a lei expressa pode assim distinguir, não podendo a distinção ser nulificada por interpretação que desfaça do direito de garantia da Fazenda, ora recorrente.

Repita-se que a razão de ser da distinção, realizada pela lei, estremando as situações, está em que o devedor que ainda não chegou a ser acionado revela-se, em princípio e concretamente, menos recalcitrante ao adimplemento da dívida tributária do que o devedor que já chegou a ter contra si processo de execução e penhora, devedor que, este último, certamente terá débito mais antigo, tanto que lhe foi possível antes o questionar, inclusive em processo administrativo pois, a dívida, cuja execução fiscal já anteriormente levou à realização da penhora.

A garantia, no caso desse segundo devedor, o que já tem penhora contra si, deve realmente ser tratada com maior cautela, em prol da Fazenda Pública.

b) Volte-se a afirmar que não há quebra de isonomia na distinção realizada pela lei, porque as situações são fático e juridicamente diferentes, no caso do devedor cujos bens não teriam sido penhorados, e do devedor já executado, com penhora efetivada contra si.

c) Não se pode, pelo fato de alguém ter direito sem determinada garantia, concluir que outrem, em situação diversa, já garantida, tenha, por isonomia constitucional, idêntico direito, com a consequência de perda da garantia.

A distinção das situações jurídicas leva à diferença de tratamento das consequências. Trata-se, em suma, de aplicação da antiga e conhecida lição de RUI BARBOSA, na célebre “Oração aos Moços” na “Velha e Sempre Nova Academia”, a Faculdade de Direito de São Paulo, de que a “regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente os desiguais na medida em que se desigualem”.

7.- O caso veio a julgamento pela Corte Especial em Questão de Ordem suscitada pela E. 1ª Turma, limitada inconstitucionalidade e nos limites desta foi o julgamento. Nesse sentido firmaram com exatidão os Votos dos E. Ministros que acompanharam a divergência contida no presente voto.

Rejeitada a arguição de inconstitucionalidade trazida pela Questão de Ordem, deve o processo retornar à D. 1ª Turma, para prosseguimento do julgamento, como for de Direito.

8.- Pelo exposto, em Questão de Ordem, rejeita-se a arguição de inconstitucionalidade e, em consequência, *declara-se a constitucionalidade dos arts. 10 e 11, 2ª parte, da Lei n. 11.941/90.*

## VOTO

O Sr. Ministro Ari Pargendler: 1. A presente arguição visa a declaração de inconstitucionalidade dos arts. 10 e 11 da Lei n. 11.941, de 2009, a seguir transcritos:

“Art. 10. Os depósitos existentes vinculados aos débitos a serem pagos ou parcelados nos termos desta Lei serão automaticamente convertidos em renda da União, após aplicação das reduções para pagamento a vista ou parcelamento. (Redação dada pela Lei n. 12.024, de 2009) n. 12.865, de 2013)

Parágrafo único. Na hipótese em que o valor depositado exceda o valor do débito após a consolidação de que trata esta Lei, o saldo remanescente será levantado pelo sujeito passivo.

Art. 11. Os parcelamentos requeridos na forma e condições de que tratam os arts. 1º, 2º e 3º desta Lei: (Vide Lei n. 12.865, de 2013)

I – não dependem de apresentação de garantia ou de arrolamento de bens, exceto quando já houver penhora em execução fiscal ajuizada; e

II – no caso de débito inscrito em Dívida Ativa da União, abrangerão inclusive os encargos legais que forem devidos, sem prejuízo da dispensa prevista no § 1º do art. 6º desta Lei.”

A teor do voto do relator, as aludidas normas seriam incompatíveis com o art. 150, II, da Constituição Federal, *in verbis*:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - (...)

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos”.

2. A pretendida inconstitucionalidade resultaria do tratamento desigual a contribuintes em débito com a Fazenda Nacional:

a) no caso do art. 10, porque o parcelamento não poderia ser integral, à vista da imediata conversibilidade em renda da União dos depósitos judiciais; e

b) na hipótese do art. 11, porque o deferimento do pedido de parcelamento implica, para os contribuintes sujeitos à execução judicial, a subsistência da penhora já realizada, enquanto para os demais contribuintes, inclusive em relação àqueles que respondem à execução fiscal sem penhora aparelhada, não há exigência de garantia ou de arrolamento de bens.

3. Salvo melhor juízo, a conversão dos depósitos judiciais em renda da União como efeito do pedido de parcelamento tem sua justificativa.

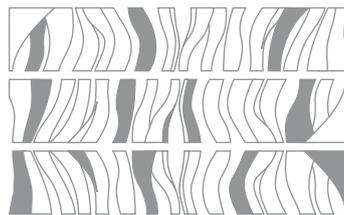
O pedido de parcelamento tem como pressuposto a eventual incapacidade financeira para honrar o débito fiscal. Ora, se parte do débito foi objeto de depósito judicial, o parcelamento só se justifica em relação ao remanescente da

dívida. Os contribuintes que não depositaram judicialmente todo ou parte do débito não estão na mesma situação, a denotar que desigualdade de tratamento não há.

4. Já a pretendida inconstitucionalidade do art. 11 parece mais desarrazoada. Quem quer que tenha sido juiz no primeiro grau de jurisdição sabe quanto é difícil aparelhar a execução fiscal com penhora suficiente de bens. Não se concebe, por isso, que a lei obrigasse a Fazenda Nacional, nessa situação privilegiada, mas rara, a abrir mão de uma garantia que ordinariamente é de penosa consecução. Daí a razão do discrimine. O contrário poderia estimular condutas de má-fé, porque livre da constrição de bens, o devedor poderia, após o parcelamento, deixar de cumpri-los e distrair aqueles.

Voto, por isso, no sentido de rejeitar a arguição de inconstitucionalidade.





---

## **Primeira Seção**



---

**AÇÃO RESCISÓRIA N. 4.315-MA (2009/0155412-6)**

---

Relator: Ministro Ari Pargendler

Revisor: Ministro Arnaldo Esteves Lima

Autor: União

Réu: Rosa Amélia Gonçalves de Castro - Espólio

Advogado: Edmar Teixeira de Paula e outro(s)

Representado por: Rita de Cássia Martins Andrade - Inventariante e outros

Requerido: Estado do Maranhão

---

**EMENTA**

Ação rescisória. Violação a literal disposição de lei. Improcedência.

O direito pretoriano criou a expressão *desapropriação indireta* para caracterizar um estado de fato, decorrente de apossamento administrativo, no qual, por força da afetação do bem ao domínio público, só resta ao proprietário a indenização que receberia se o imóvel tivesse sido expropriado segundo o processo previsto em lei.

Nessa ação de indenização, os juros compensatórios que remuneram o proprietário pela perda da posse fluem a partir da ocupação do imóvel, e tem como base de cálculo o valor da avaliação.

Nada importa, por mais longo que seja, o período decorrido entre a ocupação e a data da avaliação do imóvel no processo judicial, porque o tempo aí penaliza o esbulhador que poderia ter evitado a oneração se tivesse ajuizado a ação de desapropriação *stricto sensu* na época própria.

Pedido improcedente.

---

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, julgar improcedente a ação rescisória, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Eliana Calmon e os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho, Og Fernandes, Mauro Campbell

Marques, Benedito Gonçalves e Sérgio Kukina votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Herman Benjamin.

Brasília (DF), 11 de dezembro de 2013 (data do julgamento).

Ministro Ari Pargendler, Relator

---

DJe 18.2.2014

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ari Pargendler: Trata-se de ação rescisória ajuizada pela União visando à rescisão do acórdão proferido pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n. 864.422, DF, relatora a Ministra Eliana Calmon, cuja ementa é a seguinte:

“Administrativo. Desapropriação indireta. Arts. 12 da Lei n. 8.629/1993 e 12 da LC n. 76/1993 não prequestionados. Interpretação do art. 26 do Decreto-Lei n. 3.365/1941: indenização ‘contemporânea’ à avaliação. Juros compensatórios a partir do apossamento. Expurgos inflacionários: fundamentação deficiente. Súmula n. 284-STF. Verba honorária. Súmula n. 7-STJ.

1. Aplicação da Súmula n. 282-STF em relação aos arts. 12 da Lei n. 8.629/1993 e 12 da LC n. 76/1993 por ausência de prequestionamento.

2. A prova pericial deve espelhar a situação fática encontrada no momento de sua elaboração. Entretanto, em se tratando de desapropriação indireta, a contemporaneidade da avaliação sofre restrições.

3. Em nome do princípio da justa indenização não se pode indenizar o expropriado por benfeitorias não realizadas por ele, mas decorrentes de ato estatal superveniente à perda da posse (obras de urbanização e infra-estrutura como saneamento, água e energia elétrica), situação inexistente à época da ocupação.

4. Na desapropriação indireta, os juros compensatórios devem incidir a partir do apossamento (Súmula n. 114-STJ).

5. Pedido de aplicação de expurgos inflacionários não analisado ante a deficiência da fundamentação (ausência de alegada ofensa a lei federal ou dissídio jurisprudencial). Súmula n. 284-STF.

6. Majoração da verba honorária que encontra óbice na Súmula n. 7-STJ.

7. Recurso especial conhecido em parte e parcialmente provido”.

A teor das razões, *in verbis*:

“A pretensão de rescisão tem como suporte o art. 485, inciso V, do Código de Processo Civil, uma vez que se objetiva afastar da decisão de condenação ao pagamento de indenização a determinação de incidência de juros compensatórios desde a data da ocupação, pois isto ofende literal disposição de lei, uma vez que a indenização foi fixada em valores contemporâneos à avaliação (perícia), e também porque não houve decisão ou prova no processo a respeito do termo inicial do apossamento administrativo, o que torna incerto, e de forma bastante desfavorável à União, a sentença.

A incidência de juros compensatórios, por mais de três décadas, a começar de um apossamento não determinado no processo, sobre valor que somente em 1993 foi fixado, e a partir da realidade de mercado desse ano de 1993, ofende principalmente o disposto no artigo 26 do Decreto-Lei n. 3.365/1941 e o inciso XXIV do art. 50 da Constituição Federal, mas ofende, ainda, de forma literal o disposto no parágrafo único do art. 460 do CPC e dispositivos da lei civil relativos à mora, uma vez que os juros destinam-se a compensar o proprietário pela perda antecipada da posse, pela perda dos frutos que se auferem com o imóvel, não podendo transmudar-se, contudo, em forma de enriquecimento sem causa, o que ocorre ao incidirem sobre valores de data futura ao início de incidência.

Os tribunais superiores pacificaram jurisprudência quanto ao cabimento de juros compensatórios desde a imissão na posse do bem expropriado até o dia do pagamento, e, em se tratando de desapropriação indireta, desde a ocupação do imóvel.

A propósito, foram editadas as Súmulas n. 69, 113 e 114 do STJ e Súmula n. 164 do STF.

Conclusão no sentido de que os juros são devidos desde a imissão na posse do imóvel ou desde a ocupação foi definida a partir do entendimento de que os juros compensatórios destinam-se a compensar o proprietário pela perda antecipada da posse, e que, somente assim, garante-se indenização justa.

Inicialmente a jurisprudência se assentou no sentido de que os juros teriam por fim compensar o proprietário pelos frutos que deixou de auferir do imóvel, o que se mostrava mais consentâneo com o preceito constitucional da justa indenização.

Não obstante, houve desvirtuamento do entendimento, que passou a propugnar serem devidos os juros pelo simples despojamento antecipado da posse, sem se considerar se houve ou não privação de frutos, o que logicamente não poderia ocorrer em se tratando de imóveis improdutivos, não utilizados pelo proprietário.

(...)

Contudo, o entendimento jurisprudencial no sentido de que os juros incidem desde a ocupação não se firmou sob o pressuposto que incidiriam sobre valor atual da indenização (atual = data perícia # data do apossamento), pois isto de forma bastante clara ofende ao princípio constitucional da justa indenização, nas hipóteses em que tempo longo transcorre entre a ocupação e a data da perícia.

Ora, a decisão que se busca desconstituir estabeleceu a incidência dos juros compensatórios a partir da data da ocupação do imóvel, sem considerar, porém, que na base de cálculo o valor de indenização considerado era o valor atual do imóvel, valor fixado em perícia realizada 'na década de 90, enquanto que a ocupação não foi nem mesmo indicada, mas a depender da data do ajuizamento da ação, teria ocorrido antes do fim da década de 80.

Com a determinação de incidência de juros compensatórios sobre esse valor atual desde a ocupação, o STJ ofendeu principalmente e de modo flagrante o artigo 26 do Decreto-Lei n. 3.365/1941 e o inciso XXIV do art. 50 da Constituição Federal.

Ofendeu o art. 26 do Decreto-Lei n. 3.365/1941, pois deixou de considerar que se pretende com esse dispositivo legal possibilitar correspondência entre o que perdeu o expropriado e o valor da indenização, correspondência que foi imaginada como passível de ser implementada em se garantindo indenização contemporânea à avaliação, em época em que não se imaginava proliferar desapropriação indireta.

No caso da desapropriação indireta, a aplicação justa e constitucional do art. 26 do decreto-lei deverá levar em conta o valor do imóvel no momento do desapossamento administrativo.

Isto foi feito parcialmente na decisão final do processo de desapropriação, mas apenas com a desconsideração das benfeitorias. Frise, contudo, que mesmo com o abate de valor que corresponderia às benfeitorias, o valor da indenização permaneceu contemporâneo à perícia.

Assim, na fixação do termo inicial de incidência dos juros compensatórios, houve desconsideração de que para o imóvel, no momento da perícia, fixou-se valor atual, determinando-se retroagir os juros desde o a ocupação.

Em virtude disso, o capítulo da condenação referente aos juros está a gerar situação absurda, de ofensa não apenas ao dispositivo legal, mas também ao princípio da justa indenização, previsto no inciso XXIV do art. 50 da Constituição Federal, pois o valor da indenização passa a ser não o valor que torne indene o que perdeu o desapropriado supostamente na década de 70, por ser valor de data futura o da indenização, ao mesmo tempo que o valor se torna exponencial, pois sobre ele passam a incidir juros retroativamente, e, assim, logicamente, o valor da indenização deixa de ser contemporâneo ao da avaliação, para se tornar algo muito superior a isso.

Este capítulo da decisão final do processo ofende, ainda, o princípio da razoabilidade e, o da proporcionalidade, além de agredir o senso comum, ao permitir que incidam juros de quase 12% ao *ano*, por mais de *três décadas* (se contados desde a década de 70 - sobre o que se discorrer mais adiante), quando o valor do imóvel foi fixado em valores correntes na década de 90.

(...)

De outro lado, há que se considerar que não se fez prova no processo a respeito da data do apossamento administrativo, que certamente não pode ser confundida com a data de edição de normas prevendo a desapropriação pelo Estado do Maranhão do domínio útil de imóveis inseridos na área de seu interesse para a constituição de parcelamento.

Não se fazendo prova a respeito, o acórdão do STJ se torna inexecutável no tocante à incidência de juros compensatórios, pois no ponto a decisão final do processo é incerta, o que é vedado pelo parágrafo único do art. 460 do CPC.

Observe-se que a prova a respeito da data do apossamento era de interesse e competia ao autor da ação e, portanto, em não sendo feita, isto não pode ser imputado em desfavor da União. Ademais, tratava-se de prova que deveria ter servido à demonstração da existência do direito, e, conseqüentemente, somente poderia ser feita na fase cognitiva do processo.

Inexistindo a prova, não há que se atrasar ainda mais o processo, em que incidem pesados juros, para que ao autor se faculte dela se desincumbir em outro momento processual que não a instrução.

Sendo assim, é certo que não houve acerto a respeito de apossamento administrativo, o que constitui em razão forte para a rescisão do julgado,

proferindo-se nova decisão em que se afaste a pretensão de incidência dos juros compensatórios desde o apossamento administrativo.

Ora, como se verifica claramente que a condenação, quanto a juros compensatórios, não é certa, há ofensa direta ao parágrafo único do art. 460 do CPC.

Considere-se, de outro lado, que o entendimento a respeito da incidência de juros compensatórios do Recurso Especial n. 864.422, DF, está a desconsiderar, ainda, a mora da expropriada no ajuizamento da ação, mora que ao contrário de lhe prejudicar está a lhe proporcionar enriquecimento sem causa, pois permitiu o atraso na realização da perícia, mas não lhe impossibilitou receber juros compensatórios desde a ocupação, o que está em dissonância com os princípios gerais do direito a respeito de mora.

Todas essas razões confirmam a impropriedade de se impor à União os juros compensatórios desde a ocupação, pois com isto se enriquece ilícitamente o expropriado para o qual se mostrou um negócio vantajoso não promover a ação por quase duas décadas da primeira manifestação formal de interesse do Estado do Maranhão no imóvel.

De outro lado, destaque-se que a mora é relevante para a fixação de juros compensatórios, pois se estes objetivam compensar o expropriado pelo tempo em que não utilizou o imóvel, o flagrante desinteresse do expropriado em promover a ação deve servir a incutir no Tribunal a impressão de que em nada o imóvel aproveitava ao expropriado, que por longo tempo se desinteressou por obter qualquer indenização pela expropriação.

Ademais, há que se considerar a respeito também que não se pode esquecer que esses juros são resultado de construção jurisprudencial, não havendo previsão legal a seu respeito até a segunda metade da década passada. Portanto, compensar possível perda da disponibilidade de imóvel por juros não previstos em lei quando da propositura da ação, em percentual em completa desconformidade com a conjuntura econômica, promove injusta e inconstitucional 'indenização'.

Portanto, a fixação de juros compensatórios a partir do apossamento administrativo ofende, ainda, o disposto no artigo 396, e parágrafo único do art. 397 do Código Civil, ofensa flagrante, que constitui em mais um motivo para a rescisão do julgado.

Advirta-se, por fim, que a União não ajuíza a ação contra jurisprudência pacífica do Tribunal, considerando que as súmulas que prevêm como devida

a incidência de juros compensatórios desde a ocupação não tem como certa a base de cálculo formada com , valores de indenização de período bastante posterior ao apossamento. E, portanto, não é exatamente contra entendimento jurisprudencial ou súmula de jurisprudência que se insurge a União” (fl. 02-19).

O Espólio de Rosa Amélia Gonçalves de Castro contestou a ação (fl. 991-1.029), alegando (a) a decadência do direito de ajuizar o pedido de rescisão e (b) a inexistência de violação a dispositivo de lei.

Articuladas as alegações finais (fl. 1.067-1.067), o Ministério Público Federal opinou pela extinção do processo, sem julgamento do mérito, em razão do decurso do prazo de 2 (dois) anos para o ajuizamento da ação rescisória (fl. 1.069-1.074).

## VOTO

O Sr. Ministro Ari Pargendler (Relator): 1. As premissas da presente ação rescisória são as de que o acórdão rescindendo violou literalmente o art. 5º, inc. XXIV da Constituição Federal, o art. 460 do Código de Processo Civil e o art. 26 do Decreto-Lei n. 3.365, de 1941.

O ajuizamento é tempestivo, nos termos da Súmula n. 401 do Superior Tribunal de Justiça “o prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial”.

Com efeito, o último pronunciamento judicial foi a homologação, pelo Supremo Tribunal Federal, da desistência do recurso extraordinário, cujo trânsito em julgado se deu em 10 de agosto de 2007 (certidão de fl. 895).

A demanda foi proposta em 10 de agosto de 2009 (fl. 02).

2. No âmbito do recurso especial, o Tribunal não decide matéria constitucional, de modo que não pode, por via traversa, fazê-lo em sede de ação rescisória.

Consequentemente, o tema constitucional só pode ser enfrentado no foro próprio.

3. A teor do art. 460, parágrafo único, do Código de Processo Civil, “a sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional”.

No caso, o acórdão rescindendo determinou a incidência dos juros compensatórios a partir da ocupação do imóvel.

A ocupação do imóvel é fato certo, embora ainda indeterminado, de jeito que nada impede possa ser identificado na fase da execução de sentença.

Nessas condições, nenhuma ofensa há no julgado à literalidade do art. 460, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

4. Finalmente, acerca do termo inicial dos juros compensatórios, a ação investe contra jurisprudência sumulada do Tribunal.

Nos termos do enunciado da Súmula n. 114 dispõe que “os juros compensatórios, na desapropriação indireta, incidem a partir da ocupação, calculados sobre o valor da indenização, corrigido monetariamente”.

Toda a argumentação da Autora parte de um sofisma: o de que o Réu está fazendo de sua demora em ajuizar a ação de desapropriação indireta um meio de enriquecer sem justa causa.

Quem propõe uma ação antes do decurso do prazo prescricional ajuíza a demanda no tempo certo. Trata-se de um truísmo, que em se tratando de ação de desapropriação indireta assume maior relevância porque o autor faz o que o réu estava obrigado a fazer e não fez.

A desapropriação indireta é criação pretoriana, que na sua origem transformou uma ação de reivindicação, ajuizada por proprietário esbulhado, em ação de indenização; providência forçada pelo fato de que, afetado ao domínio público, o imóvel não pode ser restituído ao patrimônio particular, mesmo que essa destinação tenha se dado ao arrepio do devido processo legal. A ação de indenização, impropriamente chamada de ação de desapropriação indireta, é - nada mais - o meio de ressarcir a propriedade ilegalmente espoliada pelo Estado.

No caso, a demora entre a data da ocupação e a data da avaliação do imóvel - que tanto incomoda a Autora - constitui, portanto, responsabilidade sua, que não deveria ter se apossado do imóvel sem ajuizar ação de desapropriação *stricto sensu*.

Voto, por isso, no sentido de julgar improcedente o pedido, condenando a Autora ao pagamento dos honorários de advogado à base de 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa e das custas judiciais.

#### VOTO-REVISÃO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Consoante se verifica do relatório lançado nos autos pelo eminente Ministro *Ari Pargendler*, a *União* pretende,

com base no art. 485, V, do CPC, rescindir o acórdão proferido pela Segunda Turma nos autos do REsp n. 864.422-DF, Rel. Min. *Eliana Calmon*, assim ementado (fl. 881e):

Administrativo. Desapropriação indireta. Arts. 12 da Lei n. 8.629/1993 e 12 da LC n. 76/1993 não prequestionados. Interpretação do art. 26 do Decreto-Lei n. 3.365/1941: indenização “contemporânea” à avaliação. Juros compensatórios a partir do apossamento. Expurgos inflacionários: fundamentação deficiente. Súmula n. 284-STF. Verba honorária. Súmula n. 7-STJ.

1. Aplicação da Súmula n. 282-STF em relação aos arts. 12 da Lei n. 8.629/1993 e 12 da LC n. 76/1993 por ausência de prequestionamento.

2. A prova pericial deve espelhar a situação fática encontrada no momento de sua elaboração. Entretanto, em se tratando de desapropriação indireta, a contemporaneidade da avaliação sofre restrições.

3. Em nome do princípio da justa indenização não se pode indenizar o expropriado por benfeitorias não realizadas por ele, mas decorrentes de ato estatal superveniente à perda da posse (obras de urbanização e infra-estrutura como saneamento, água e energia elétrica), situação inexistente à época da ocupação.

4. Na desapropriação indireta, os juros compensatórios devem incidir a partir do apossamento (Súmula n. 114-STJ).

5. Pedido de aplicação de expurgos inflacionários não analisado ante a deficiência da fundamentação (ausência de alegada ofensa a lei federal ou dissídio jurisprudencial). Súmula n. 284-STF.

6. Majoração da verba honorária que encontra óbice na Súmula n. 7-STJ.

7. Recurso especial conhecido em parte e parcialmente provido.

A autora sustenta, em síntese, que o acórdão rescindendo, ao determinar a incidência dos juros compensatórios a partir da data da ocupação do imóvel, violou literalmente o disposto nos arts. 26 do Decreto-Lei n. 3.365/1941, 5º, XXIV, da Constituição Federal, e 460 do CPC, por entender que, “na base de cálculo o valor de indenização considerado era o valor atual do imóvel, valor fixado em perícia realizada na década de 90, enquanto que a ocupação não foi nem mesmo indicada, mas a depender da data do ajuizamento da ação, teria ocorrido antes do fim da década de 80” (fl. 9e).

Ao final, postula a desconstituição do acórdão rescindendo e, em novo julgamento, o afastamento da incidência dos juros compensatórios desde a ocupação sobre valores contemporâneos à perícia.

Citado, o *Espólio de Rosa Amélia Gonçalves de Castro* apresentou contestação. Sustenta, a decadência do direito da autora de propor a presente ação rescisória, pois o acórdão rescindendo transitou em julgado em 26.4.2007 e a ação foi ajuizada após mais de dois anos. No mérito, alega que “não restou configurada qualquer violação ou ofensa à lei, uma vez que embasado na interpretação prevalente à época da decisão hostilizada” (fl. 1.009e).

Foram apresentadas razões finais (fls. 1.037-1.059e e 1.060-1.067e).

O Ministério Público Federal, em parecer do Subprocurador-Geral da República *Wallace de Oliveira Bastos*, opina pela extinção do feito sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, IV, do CPC (fls. 1.069-1.074e).

É o relatório.

Dos autos, verifico que, contra o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, a ré interpôs recurso especial (fls. 768-780e) e extraordinário (fls. 794-805e), tendo em ambos postulado a incidência de juros compensatórios a partir da data da ocupação do imóvel.

Inicialmente, quanto à ocorrência ou não da decadência, cumpre realçar que o último pronunciamento judicial corresponde à homologação da desistência do recurso extraordinário no Supremo Tribunal Federal, cujo trânsito em julgado se deu em 10.8.2007 (fl. 895e).

A presente rescisória, por sua vez, foi protocolada em 10.8.2009 (fl. 02e), dentro, portanto, do biênio legal e em conformidade com o Verbete Sumular n. 401-STJ, do seguinte teor: “O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial”.

Quanto à alegada violação a dispositivo constitucional, é cediço que a via especial não é servil a esse propósito. Nessa linha: “O STJ tem concluído pela impossibilidade de se discutir, em Recurso Especial, a infringência ao art. 485, V, do Código de Processo Civil, quando se aponta ofensa a dispositivos constitucionais, sob pena de usurpação da competência do STF” (AgRg no AREsp n. 9.684-RN, Segunda Turma, Rel. Min. *Herman Benjamin*, DJe 5.9.2011).

No que concerne ao termo inicial dos juros compensatórios, a matéria não comporta maiores discussões no âmbito deste Superior Tribunal, uma vez que o seu entendimento está consolidado no Enunciado Sumular n. 114-STJ, que dispõe: “Os juros compensatórios, na desapropriação indireta, incidem *a partir da ocupação*, calculados sobre o valor da indenização, corrigido monetariamente”.

No caso concreto, parece claro que a demora no ajuizamento da ação de desapropriação, bem como dos consectários financeiros daí advindos, constitui ônus que deve ser imputado unicamente à União. Afinal, a desapropriação indireta é caracterizada como “verdadeiro esbulho possessório, sem a necessária garantia do contraditório e do devido processo legal” (REsp n. 1.097.980-SC, Primeira Turma, Rel. Min. *Denise Arruda*, DJe 1º.4.2009), a qual, na lição de MARÇAL JUSTEN FILHO, “retrata uma prática ilícita, abusiva e inconcebível num Estado de Direito” (*Curso de Direito Administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2013. p. 672).

Ante o exposto, *julgo improcedente* o pedido de rescisão.

É o voto.

---

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N.  
1.030.597-MG (2009/0175152-8)**

---

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques

Embargante: Construtora Lincoln Veloso Ltda

Advogados: Ricardo Luz de Barros Barreto

Marcelo Ribeiro de Almeida e outro(s)

Embargado: Fazenda Nacional

Procurador: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

---

**EMENTA**

Processual Civil. Tributário. Embargos de divergência em recurso especial. Acórdão do STF em sede de repercussão geral. Juízo de retratação. Art. 543-B, § 3º, CPC. IRPJ e CSLL. Demonstrações financeiras. Ano-base 1989. Correção monetária. Declaração de inconstitucionalidade do art. 30 da Lei n. 7.799/1989 e do art. 30, § 1º, da Lei n. 7.730/1989 pelo STF. Revisão da jurisprudência do STJ. Aplicação do IPC para o período.

1. O Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade do § 1º do art. 30 da Lei n. 7.730/1989 e do art. 30 da Lei n. 7.799/1989

(normas que veiculavam a indexação da correção monetária das demonstrações financeiras no período-base de 1989, para efeito da apuração do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, no âmbito do Plano de Estabilização Econômica - Plano Verão) em sede de repercussão geral no RE n. 242.689 RG-PR.

2. Desse modo, aplicando-se o juízo de retratação previsto no art. 543-B, § 3º, do CPC, e retirados os dispositivos declarados inconstitucionais do mundo jurídico, faz-se necessária a revisão da jurisprudência deste STJ para concluir-se que a correção monetária das demonstrações financeiras no período-base de 1989 deverá tomar como parâmetro os termos da legislação revogada pelo Plano Verão. Sendo assim, considerando que até 15 de janeiro de 1989, a OTN já era fixada com base no IPC e que somente no próprio mês de janeiro, por disposição específica da Lei n. 7.799 (artigo 30, declarado inconstitucional), seu valor foi determinado de forma diferente (NCz\$ 6,92), e também que a BTN criada passou a ser fixada pelo IPC, deverá ser aplicado o IPC para o período como índice de correção monetária, consoante o art. 6º, parágrafo único, do Decreto-Lei n. 2.283/1986 e art. 6º, parágrafo único do Decreto-Lei n. 2.284/1986 e art. 5º, § 2º, da Lei n. 7.777/1989.

3. Os índices do IPC aplicáveis são aqueles consagrados pela jurisprudência do STJ e já referidos no REsp n. 43.055-0-SP (Corte Especial, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, julgado em 25.8.2004) e nos EREsp n. 439.677-SP (Primeira Seção, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 16.9.2006), quais sejam: índice de 42,72% em janeiro de 1989 e reflexo lógico de 10,14% em fevereiro de 1989.

4. Embargos de divergência providos.

## ACÓRDÃO

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

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Assusete Magalhães, Sérgio Kukina, Ari Pargendler, Arnaldo Esteves Lima, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Humberto Martins.

Brasília (DF), 23 de abril de 2014 (data do julgamento).

Ministro Mauro Campbell Marques, Relator

---

DJe 30.4.2014

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Trata-se de embargos de divergência em recurso especial que retornaram para julgamento pelo órgão colegiado desta Primeira Seção do STJ após a interposição do recurso extraordinário em razão do disposto no art. 543-B, § 3º, do CPC, para juízo de retratação frente ao julgado proferido no RE n. 242.689 RG-PR em sede de repercussão geral.

Em julgamento embargos de divergência interpostos pela *Construtora Lincoln Veloso Ltda.* contra acórdão da Primeira Turma, da relatoria do Ministro Luiz Fux, que reconheceu ser a OTN/BTNF o índice aplicável à correção monetária das demonstrações financeiras do ano-base de 1989, para fins de apuração da base de cálculo do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica, consoante a seguinte ementa (e-STJ fls. 379-389):

Processual Civil e Tributário. Recurso especial. Violação ao art. 535 do CPC. Inocorrência. Prescrição afastada no 2º grau. Exame do mérito. Possibilidade. Artigos 512 e 515 do CPC. Supressão de instância. Inocorrência. Demonstrações financeiras. Ano-base de 1989. OTN/BTNF. Jurisprudência consolidada na Primeira Seção.

1. Inexiste ofensa ao art. 458 e 535 do CPC, quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

2. Afastada a prescrição decretada no juízo singular, pode o tribunal *ad quem* julgar as demais questões suscitadas no recurso, ainda que não tenham sido analisadas diretamente pela sentença e desde que a causa encontre-se suficientemente “madura”. Precedentes da Corte (EREsp n. 89.240-RJ, Rel. Min.

*Sálvio de Figueiredo Teixeira*, DJ de 10.3.2003; EREsp n. 299.246-PE, Rel. Min. *Ruy Rosado de Aguiar*, DJ de 20.5.2002).

3. A OTN/BTNF é o índice aplicável à correção monetária das demonstrações financeiras do ano-base de 1989, para fins de apuração da base de cálculo do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (Precedentes da Primeira Seção: EREsp n. 228.227-RS, publicado no DJ de 4.9.2006; EREsp n. 439.172-SC, publicado no DJ de 19.6.2006; EREsp n. 673.615-RJ, publicado no DJ de 13.3.2006; e EREsp n. 649.719-SC, publicado no DJ de 19.12.2005).

4. Recurso especial provido.

Opostos sucessivos embargos de declaração, ambos foram rejeitados (e-STJ fls. 402-409 e 416-421).

Em suas razões, sustenta a embargante a legalidade da aplicação do IPC para correção monetária das demonstrações financeiras de janeiro de 1989 diante expressa previsão legal contida nos Decretos-Leis n. 2.284/1986 e 2.235/1987.

Indica como dissidentes acórdãos da Primeira Seção, dentre os quais destaca-se:

Tributário. Imposto de renda de pessoa jurídica. Demonstrações financeiras. IPC. Índices de janeiro e fevereiro de 1989. Reflexo lógico.

1. O entendimento da Primeira Seção desta Corte é no sentido de que aplica-se o IPC, no percentual de 42,72%, relativo à correção monetária no mês de janeiro/89 que produz efeitos reflexos relativamente ao mês de fevereiro/1989.

Embargos de divergência providos. (EREsp n. 439.677-SP, Primeira Seção, rel. Ministro Humberto Martins, DJ 25.9.2006)

Por fim, postula o conhecimento e provimento dos presentes embargos de divergência, a fim de que prevaleça a tese adotada nos paradigmas indicados.

Por decisão proferida nas e-STJ fls. 444-445, admiti o processamento dos embargos.

Impugnação nas e-STJ fls. 449-463.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (Relator): Em julgamento no dia 23.11.2013 dos RE n. 208.526-RS; RE n. 256.304-RS; RE n. 215.811-SC e

RE n. 221.142-RS, cujo resultado entendeu-se por bem aplicar ao RE n. 242.689 RG-PR, este último em sede de repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade do § 1º do art. 30 da Lei n. 7.730/1989 e do art. 30 da Lei n. 7.799/1989 (normas que veiculavam a indexação da correção monetária das demonstrações financeiras no período-base de 1989, para efeito da apuração do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, no âmbito do Plano de Estabilização Econômica - Plano Verão), de modo que o julgamento dos presentes embargos de divergência deverá ser realizado tendo como premissa a inexistência dessas normas no mundo jurídico.

As referidas normas assim estavam dispostas:

*Lei n. 7.730/1989*

Art. 30. No período-base de 1989, a pessoa jurídica deverá efetuar a correção monetária das demonstrações financeiras de modo a refletir os efeitos da desvalorização da moeda observada anteriormente à vigência desta Lei.

§ 1º Na correção monetária de que trata este artigo a pessoa jurídica deverá utilizar a OTN de NCz\$ 6,92 (seis cruzados novos e noventa e dois centavos).

[...]

*Lei n. 7.799/1989*

Art. 30. Para efeito da conversão em número de BTN, os saldos das contas sujeitas à correção monetária, existentes em 31 de janeiro de 1989, serão atualizados monetariamente tomando-se por base o valor da OTN de NCz\$ 6,92.

§ 1º Os saldos das contas sujeitas à correção monetária, atualizados na forma deste artigo, serão convertidos em número de BTN mediante a sua divisão pelo valor do BTN de NCz\$ 1,00.

§ 2º Os valores acrescidos às contas sujeitas à correção monetária, a partir de 1º de fevereiro até 30 de junho de 1989, serão convertidos em número de BTN mediante a sua divisão pelo valor do BTN vigente no mês do acréscimo.

A sua declaração de inconstitucionalidade foi assim noticiada no Informativo STF n. 729, de 18 a 22 de novembro de 2013, *in verbis*:

*Plano Verão: IRPJ e correção monetária de balanço - 11*

*São inconstitucionais o § 1º do art. 30 da Lei n. 7.730/1989 [“Art. 30. No período-base de 1989, a pessoa jurídica deverá efetuar a correção monetária das demonstrações financeiras de modo a refletir os efeitos da desvalorização da moeda observada anteriormente à vigência desta Lei. § 1º Na correção monetária*

de que trata este artigo a pessoa jurídica deverá utilizar a OTN de NCz\$ 6,92 (seis cruzados novos e noventa e dois centavos)"] e o art. 30 da Lei n. 7.799/1989 ("Para efeito de conversão em número de BTN, os saldos das contas sujeitas à correção monetária, existente em 31 de janeiro de 1989, serão atualizados monetariamente, tomando-se por base o valor da OTN de NCz\$ 6,62. § 1º Os saldos das contas sujeitas à correção monetária, atualizados na forma deste artigo, serão convertidos em número de BTN mediante a sua divisão pelo valor do BTN de NCz\$ 1,00. § 2º Os valores acrescidos às contas sujeitas à correção monetária, a partir de 1º de fevereiro até 30 de junho de 1989, serão convertidos em número de BTN mediante a sua divisão pelo valor do BTN vigente no mês do acréscimo"). Essa a decisão do Plenário que, em conclusão de julgamento e por votação majoritária, proveu recursos extraordinários em que se discutia a constitucionalidade dos citados preceitos. As recorrentes, sociedades empresárias, pleiteavam o direito à correção monetária considerada a inflação do período, nos termos da legislação revogada pelo chamado Plano Verão - v. Informativos n. 426, 427 e 671.

RE n. 208.526-RS, rel. Min. Marco Aurélio, 20.11.2013. (RE n. 208.526)

RE n. 256.304-RS, rel. Min. Marco Aurélio, 20.11.2013. (RE n. 256.304)

*Plano Verão: IRPJ e correção monetária de balanço - 12*

Preliminarmente, por maioria, o Tribunal conheceu os recursos, vencidos, no ponto, os Ministros Eros Grau e Joaquim Barbosa, Presidente, que entendiam que as decisões recorridas fundar-se-iam em interpretação de legislação infraconstitucional, o que ensejaria ofensa indireta à Constituição. **No mérito, o Plenário considerou que o valor fixado para a OTN, decorrente de expectativa de inflação, além de ter sido aplicado de forma retroativa, em ofensa à garantia do direito adquirido (CF, art. 5º, XXXVI) e ao princípio da irretroatividade (CF, art. 150, III, a), ficara muito aquém daquele efetivamente verificado no período.** Reputou que **isso implicaria majoração da base de incidência do imposto sobre a renda** e criação fictícia de renda ou lucro, por via imprópria. Além disso, consignou que não teriam sido utilizados os meios próprios para inibir os efeitos inflacionários, ante a obrigação tributária, em afronta aos princípios da capacidade contributiva e da igualdade (CF, artigos 145, § 1º, e 150, II). Asseverou que essa fixação realizara-se sem observância da própria base de cálculo do aludido imposto. A Corte aduziu, ainda, que se deixara de observar o direito introduzido pela Lei n. 7.730/1989 - a afastar a inflação e a revogar o art. 185 da Lei n. 6.404/1976 e as normas de correção monetária de balanço previstas no Decreto-Lei n. 2.341/1987 -, porquanto a retroatividade implementada incidiria sobre fatos surgidos em período no qual inexistente a correção. Assentou que isso implicaria situação gravosa, ante o surgimento de renda a ser tributada. Mencionou, também, o efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade, a restaurar a eficácia das normas derogadas pelos dispositivos ora reputados inconstitucionais. Os Ministros Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski fizeram ressalva no sentido de não caber ao STF estipular o índice aplicável. Vencidos os Ministros Dias Toffoli,

Luiz Fux e Gilmar Mendes, que desproviavam os recursos. Anotavam que seria defeso ao Judiciário substituir-se ao Legislativo para fixar índices de correção monetária diversos daqueles estabelecidos em lei. Saliavam, também, que a alteração do critério legal para a indexação das demonstrações financeiras das pessoas jurídicas, nos moldes em que realizada pela legislação questionada, não seria equiparável a majoração de tributo. Registravam, também, não haver direito constitucional à observância de determinado índice de correção monetária.

RE n. 208.526-RS, rel. Min. Marco Aurélio, 20.11.2013. (RE n. 208.526)

RE n. 256.304-RS, rel. Min. Marco Aurélio, 20.11.2013. (RE n. 256.304)

*Plano Verão: IRPJ e correção monetária - 1*

À luz do entendimento esposado no julgamento do RE n. 208.526-RS e do RE n. 256.304-RS (v. em Plenário), concluídos nesta assentada, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 30 da Lei n. 7.730/1989 e do art. 30 da Lei n. 7.799/1989. Em consequência, *deu provimento a recursos extraordinários para reconhecer aos recorrentes o direito à correção monetária considerada a inflação do período nos termos da legislação revogada pelo chamado Plano Verão*. A Corte reputou que a base de cálculo do IRPJ seria a renda da pessoa jurídica, ainda que em jogo contribuição social incidente sobre o lucro, o imposto sobre o lucro líquido e o adicional do imposto de renda estadual, que a Corte declarara inexigível por falta de regulamentação constitucional. Assinalou que, inexistente renda, não seria concebível imposto de renda, e anotou que o legislador editara as leis impugnadas para afastar as consequências da inflação, ao dispor sobre a elaboração do balanço patrimonial. Assim, previra a incidência da correção monetária nos moldes legais citados. Consignou que o legislador estabelecera, ainda, o registro em conta especial das contrapartidas dos ajustes de correção monetária e a dedução, como encargo, no período-base do saldo da conta, se devedor, e o acréscimo ao lucro real do saldo da conta, se credor. Explicitou que a disciplina legal teria por objetivo afastar a repercussão da inflação no período que, desconsiderada, apresentaria resultados discrepantes da realidade. Ressaltou, entretanto, que resultara na cobrança de tributo não sobre a renda, mas sobre o patrimônio. *Nesse sentido, sublinhou o fator de indexação escolhido, a OTN, cujo valor implicara desprezo à inflação do período e fora aplicado de forma retroativa, o que agravaria o quadro*. Destacou, no particular, o art. 44 do CTN (“A base de cálculo do imposto é o montante, real, arbitrado ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis”).

RE n. 215.811-SC, rel. Min. Marco Aurélio, 20.11.2013. (RE n. 215.811)

RE n. 221.142-RS, rel. Min. Marco Aurélio, 20.11.2013. (RE n. 221.142)

*Plano Verão: IRPJ e correção monetária - 2*

Os Ministros Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski ressaltaram que se deveria aplicar o índice acertado de correção, sem, no entanto, fixá-lo neste

momento. Os Ministros Teori Zavascki, Luiz Fux, Dias Toffoli e Gilmar Mendes registraram o posicionamento pessoal, mas se curvaram à decisão firmada pelo Colegiado nos precedentes acima referidos. Por fim, **o Plenário, por maioria, resolveu questão de ordem, suscitada pelo Ministro Gilmar Mendes, no sentido de aplicar o resultado deste julgamento ao regime da repercussão geral da questão constitucional reconhecida no RE n. 242.689 RG-PR (DJe de 23.2.2011), para fins de incidência dos efeitos do art. 543-B do CPC.** Vencido, no ponto, o Ministro Marco Aurélio, relator, que entendia necessário aguardar-se o julgamento do extraordinário no qual reconhecida a repercussão geral, tendo em vista que os recursos ora julgados teriam sido interpostos em data consideravelmente anterior ao surgimento do instituto.

RE n. 215.811-SC, rel. Min. Marco Aurélio, 20.11.2013. (RE n. 215.811)

RE n. 221.142-RS, rel. Min. Marco Aurélio, 20.11.2013. (RE n. 221.142)

Cumpra destacar que o Supremo Tribunal Federal possui entendimento no sentido de autorizar o julgamento imediato de causas que versem sobre a mesma matéria, independentemente da publicação ou do trânsito em julgado do paradigma. Neste sentido:

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Consumidor. Telefonia. Cobrança de pulsos além da franquia. Controvérsia de índole infraconstitucional. Repercussão geral rejeitada pelo Plenário virtual no RE n. 777.749 QO-RG. Tema n. 274 da gestão por temas da repercussão geral.

1. A controvérsia sub examine, já foi objeto de análise desta Suprema Corte, nos autos do RE n. 777.749 RG, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 26.4.2011, oportunidade em que o Plenário recusou o recurso extraordinário ante a ausência de repercussão geral, visto que a questão versa sobre matéria infraconstitucional. O julgado restou assim ementado: "*Recurso. Extraordinário. Incognoscibilidade. Plano de previdência privada. Resgate das contribuições. Índices de correção. Questão infraconstitucional. Precedentes. Ausência de repercussão geral. Recurso extraordinário não conhecido. Não apresenta repercussão geral o recurso extraordinário que, tendo por objeto questão de resgate de contribuição de plano de previdência privada, versa sobre matéria infraconstitucional.*"

2. **A existência de precedente firmado pelo Tribunal Pleno desta Corte autoriza o julgamento imediato de causas que versem sobre a mesma matéria, independentemente da publicação ou do trânsito em julgado do paradigma.** Precedentes: ARE n. 686.607-ED, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, 3.12.2012 e ARE n. 707.863-ED, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 20.11.2012.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE n. 656.073 AgR-MG - Minas Gerais, Primeira Turma, Relator Min. Luiz Fux, DJe-077 divulg 24.4.2013 public 25.4.2013)

Consoante narrativa dos autos, do cotejo realizado entre o disposto no art. 30 da Lei n. 7.799/1989 e o Decreto-Lei n. 2.283/1986, quando da transição entre o OTN e o BTN, houve um significativo expurgo da parcela real de correção monetária apurada no período respectivo, implicando desrespeito ao direito dos contribuintes de corrigirem suas demonstrações financeiras com base em índices que refletissem a real inflação do período.

O valor da OTN originou-se da expectativa de inflação reinante no dia 15 de janeiro de 1989, data da decretação do chamado “Plano Verão”. A inflação era medida com base nas coletas de preços praticados entre o dia 15 do mês anterior e o dia 14 do mês de referência. Daí a escolha do dia 15 de janeiro de 1989 para servir de base ao chamado “choque” de preços, naquela oportunidade. Ocorre que a última coleta de preços tinha abrangido somente o período de 15.11.1988 a 14.12.1988, dela resultando o IPC de 28,79% que, por sua vez, foi utilizado na apuração da OTN de janeiro de 1989, a chamada OTN “cheia”, cujo valor atingiu Cz\$ 6.170,17 (NCz\$ 6,17).

Sendo assim, o período de 15.12.1988 a 14.1.1989 ficou à margem da coleta de preços e, conseqüentemente, não deu sua contribuição à obtenção do valor da OTN de janeiro/1989, situação que não foi solucionada com o uso da OTN Fiscal, cujo valor atingia, no dia 15.1.1989, NCzS 6,92.

Posteriormente ao dia 15.1.1989, foi concluída a coleta de preços do período faltante, e o número oficial obtido do IPC foi expressivo: 70,28%. E tal índice não foi considerado de nenhuma forma nos cálculos dos valores das OTN's. Conseqüentemente, ficou caracterizado o prejuízo que todos os contribuintes do Imposto de Renda teriam pela aplicação do artigo 30, da Lei n. 7.799/1989, só recentemente declarado inconstitucional, ocasionando uma carga tributária muito superior àquela que seria devida caso o referido valor da OTN de janeiro/1989 tivesse sido apurado corretamente.

Desse modo, retirados os dispositivos declarados inconstitucionais do mundo jurídico, Faz-se necessária a revisão da jurisprudência deste STJ no sentido de que a correção monetária das demonstrações financeiras no período-base de 1989 deverá tomar como parâmetro os termos da legislação revogada pelo Plano Verão. Sendo assim, considerando que até 15 de janeiro de 1989, a OTN já era fixada com base no IPC sendo que somente no próprio mês de janeiro, por disposição específica da Lei n. 7.799 (artigo 30, declarado inconstitucional), seu valor foi determinado de forma diferente (NCz\$ 6,92), e também que a BTN criada passou a ser fixada pelo IPC, deverá ser aplicado

o IPC para o período como índice de correção monetária, consoante o art. 6º, parágrafo único, do Decreto-Lei n. 2.283/1986 e art. 6º, parágrafo único do Decreto-Lei n. 2.284/1986 e art. 5º, § 2º, da Lei n. 7.777/1989.

Observo que a segurança no RE n. 208.526-RS foi concedida para *aplicar a interpretação judicial já consagrada* à legislação revogada pelo Plano Verão (“Pelas razões acima, conheço do pedido formulado neste extraordinário e o acolho para, reformando o acórdão formalizado na origem, conceder a segurança, reconhecendo à recorrente o direito à correção monetária considerada a inflação do período nos termos da legislação revogada pelo chamado Plano Verão, *conforme, aliás, veio a ser consagrado em diversos pronunciamentos concernentes à caderneta de poupança, ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e a empréstimos feitos a mutuários*” trecho do voto do Min. Marco Aurélio, Relator do RE n. 208.526-RS).

Tal não podia ser diferente, pois inadmissível o reconhecimento da duplicidade de índices de correção monetária por este STJ para um mesmo período, quer se trate de obrigação civil ou tributária. Ou seja, não se pode ter como válido em direito tributário o percentual de 28,79% para janeiro de 1989 (OTN de NCz\$ 6,17) quando o mesmo já foi afastado pelos precedentes do STJ para as dívidas civis.

Outrossim, o julgado proferido pelo STF excluiu a incidência de índice do IPC que implique em OTN igual ou inferior a NCz\$ 6,92 pois este o valor contido nos artigos de lei declarados inconstitucionais. O Plenário do STF considerou que o valor fixado em lei para a OTN ficara muito aquém daquele efetivamente verificado no período, o que implicou majoração da base de incidência do imposto sobre a renda. Inviável, portanto, a fixação da OTN em NCz\$ 6,17, como pretende a *Fazenda Nacional*, com amparo na Circular BACEN n. 1.401, de 29 de dezembro de 1988, pois entregaria ao contribuinte situação pior que a anterior à declaração de inconstitucionalidade.

Aliás, de ver que *o ato normativo do Banco Central não se sobrepõe ao caput do art. 30, da Lei n. 7.730/1989*, que determina que a correção monetária reflita os reais efeitos da desvalorização da moeda (“Art. 30. No período-base de 1989, a pessoa jurídica deverá efetuar a correção monetária das demonstrações financeiras *de modo a refletir os efeitos da desvalorização da moeda* observada anteriormente à vigência desta Lei”) e à regra semelhante contida no caput do art. 3º, da Lei n. 7.799/1989 (“Art. 3º *A correção monetária das demonstrações financeiras tem por objetivo expressar, em valores reais, os elementos patrimoniais e a base de cálculo do imposto de renda de cada período-base*”).

Sendo assim, os índices do IPC aplicáveis são aqueles consagrados pela jurisprudência do STJ e já referidos no REsp n. 43.055-0-SP (Corte Especial, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, julgado em 25.8.2004) e nos EREsp n. 439.677-SP (Primeira Seção, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 16.9.2006), quais sejam: índice de 42,72% em janeiro de 1989 e reflexo lógico de 10,14% em fevereiro de 1989, não se aplicando o mencionado índice de 70,28% ou o índice de 28,79%.

Ante o exposto, *dou provimento* aos embargos de divergência, nos termos da fundamentação.

É como voto.

---

#### **RECURSO ESPECIAL N. 1.372.243-SE (2013/0069928-0)**

---

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Relator para o acórdão: Ministro Og Fernandes

Recorrente: Fazenda Nacional

Advogado: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

Recorrido: Eletrojulio Comércio e Representações Ltda - Massa falida

Representado por: José Odoni de Campos - Administrador

Advogado: Hansley Rodrigues dos Santos

---

#### **EMENTA**

Tributário e Processual Civil. Recurso especial representativo da controvérsia. Art. 543-C do CPC. Resolução n. 8/2008 do STJ. Execução fiscal ajuizada contra pessoa jurídica empresarial. Falência decretada antes da propositura da ação executiva. Correção do polo passivo da demanda e da CDA. Possibilidade, a teor do disposto nos arts. 284 do CPC e 2º, § 8º, da Lei n. 6.830/1980. Homenagem aos princípios da celeridade e economia processual. Inexistência de violação da orientação fixada pela Súmula n. 392 do Superior Tribunal de Justiça.

1. Na forma dos precedentes deste Superior Tribunal de Justiça, “a mera decretação da quebra não implica extinção da personalidade jurídica do estabelecimento empresarial. Ademais, a massa falida tem exclusivamente personalidade judiciária, sucedendo a empresa em todos os seus direitos e obrigações. Em consequência, o ajuizamento contra a pessoa jurídica, nessas condições, constitui mera irregularidade, sanável nos termos do art. 284 do CPC e do art. 2º, § 8º, da Lei n. 6.830/1980” (REsp n. 1.192.210-RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 4.2.2011).

2. De fato, por meio da ação falimentar, instaura-se processo judicial de concurso de credores, no qual será realizado o ativo e liquidado o passivo, para, após, confirmados os requisitos estabelecidos pela legislação, promover-se a dissolução da pessoa jurídica, com a extinção da respectiva personalidade. A massa falida, como se sabe, não detém personalidade jurídica, mas personalidade judiciária – isto é, atributo que permite a participação nos processos instaurados pela empresa, ou contra ela, no Poder Judiciário. Nesse sentido: REsp n. 1.359.041-SE, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 18.6.2013, DJe 28.6.2013; e EDcl no REsp n. 1.359.259-SE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 2.5.2013, DJe 7.5.2013.

3. Desse modo, afigura-se equivocada a compreensão segundo a qual a retificação da identificação do polo processual – com o propósito de fazer constar a informação de que a parte executada se encontra em estado falimentar – implicaria modificação ou substituição do polo passivo da obrigação fiscal.

4. Por outro lado, atentaria contra os princípios da celeridade e da economia processual a imediata extinção do feito, sem que se facultasse, previamente, à Fazenda Pública oportunidade para que procedesse às retificações necessárias na petição inicial e na CDA.

5. Nesse sentido, é de se promover a correção da petição inicial, e, igualmente, da CDA, o que se encontra autorizado, a teor do disposto, respectivamente, nos arts. 284 do CPC e 2º, § 8º, da Lei n. 6.830/1980.

6. Por fim, cumpre pontuar que o entendimento ora consolidado por esta Primeira Seção não viola a orientação fixada pela Súmula n. 392 do Superior Tribunal Justiça, mas tão somente insere o equívoco

ora debatido na extensão do que se pode compreender por “erro material ou formal”, e não como “modificação do sujeito passivo da execução”, expressões essas empregadas pelo referido precedente sumular.

7. Recurso especial provido para, afastada, no caso concreto, a tese de ilegitimidade passiva *ad causam*, determinar o retorno dos autos ao Juízo de origem, a fim de que, facultada à exequente a oportunidade para emendar a inicial, com base no disposto no art. 284 do CPC, dê prosseguimento ao feito como entender de direito. Acórdão submetido ao regime estatuído pelo art. 543-C do CPC e Resolução STJ n. 8/2008.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento, por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Og Fernandes, que lavrará o acórdão. Votaram com o Sr. Ministro Og Fernandes, os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Ari Pargendler e Arnaldo Esteves Lima.

Não participou do julgamento a Sra. Ministra Eliana Calmon.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Herman Benjamin.

Brasília (DF), 11 de dezembro de 2013 (data do julgamento).

Ministro Humberto Martins, Presidente

Ministro Og Fernandes, Relator

---

DJe 21.3.2014

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Trata-se de Recurso Especial interposto pela *Fazenda Nacional*, com fundamento na alínea **a** do art. 105, III da Constituição Federal, objetivando a reforma do acórdão proferido pelo egrégio TRF da 5ª Região, assim ementado:

Processual Civil. Execução fiscal. Matéria de ordem pública. Falência da empresa executada antes do ajuizamento da ação. Capacidade processual da parte. Ausência. Substituição do pólo passivo pela pessoa do síndico representante da massa falida. Impossibilidade. Apelação improvida e remessa necessária prejudicada. Art. 475 do CPC.

I. Decretada a falência da pessoa jurídica devedora ocorrida antes da propositura da ação não é caso de redirecionamento da execução, qual pretende a apelante, e sim de extinção do processo, qual determinou o juiz *a quo*.

II. Constatada a falência da pessoa jurídica devedora, antes do ajuizamento da execução fiscal, mostra-se hialina a impossibilidade de regularização do pólo passivo da demanda, não havendo que se falar em substituição da parte pelo representante da massa falida.

III. No presente caso, a empresa Executada *Eletrojulio Comercio e Representações Ltda* massa falida teve a sua falência decretada em 28.4.1997, antes do ajuizamento do executivo fiscal que, ocorreu 23.7.1998. Logo a ação executiva (deveria ser proposta contra a massa falida da empresa, na pessoal do seu representante legalmente instituído, que no caso, seria parte legítima para figurar no polo passivo da demanda e não em face da empresa falida. Não merece retoque a sentença proferida pelo juízo monocrático, que extinguiu o feito sem resolução do mérito, com fulcro no art. 267, IV e VI, do CPC.

V. Em relação à remessa oficial determinada pelo juízo monocrático, o presente caso não se enquadra em quaisquer das hipóteses do art. 475 do CPC, o qual, por estabelecer prerrogativa processual em favor da Fazenda Pública, deve ter sua interpretação fixada de modo restritivo. Dessa forma, apenas a sentença proferida contra a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como a que julgar procedentes embargos à execução fiscal, está sujeita ao duplo grau obrigatório.

VI. Negar provimento à apelação e julgar prejudicada à remessa necessária (fls. 156).

2. Os Embargos Declaratórios opostos (fls. 160-161), foram desprovidos (fls. 163-167).

3. Nas razões do seu Apelo Nobre, alega a recorrente violação ao art. 535 do CPC, porquanto a Corte de origem não teria se manifestado sobre questões relevantes ao deslinde da controvérsia; sustenta, ainda, ofensa ao art. 267, IV e VI do CPC e arts. 45 e 51 do CC, aos seguintes argumentos:

Sendo assim, e como a empresa não deixa de existir pelo simples fato de ter tido sua falência decretada, o correto é o ajuizamento da ação executiva contra a mesma, sendo que, em tal tipo de situação, tanto o falido quanto o síndico terão interesse em opor embargos à execução. O falido, por defender interesse próprio,

ou seja, de que não deve as quantias em cobrança, e, assim, reduzir o passivo da massa falida, proporcionando ao mesmo a obtenção de uma concordata suspensiva. O síndico, por defender interesse de terceiros, quais sejam, os demais credores, fazendo jus ao recebimento dos emolumentos que lhe são pagos pela defesa da massa falida.

A única diferença prática no que se refere à decretação da falência das empresas é que, a partir de então, toda e qualquer penhora deve ser realizada no rosto dos autos falimentares (fls. 174).

4. Sem contrarrazões, o recurso foi admitido na origem (fls. 180-181).

5. O Doutrina MPF, em parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República *Wallace de Oliveira Bastos*, opinou pelo *desprovemento do recurso*, com base na Súmula n. 392-STJ, de acordo com a seguinte ementa:

*Recurso especial.* Execução fiscal ajuizada pela União. Exceção de pré-executividade. Acórdão do Eg. TRF-5ª Região que deu negou provimento à apelação da União para manter sentença que extinguiu sem julgamento de mérito a execução em comento com base no art. 267 IV e VI do CPC. Recurso especial fundado no art. 105 III a da Constituição Federal. Arguição de afronta ao art. 535 do CPC. Descabimento. Acórdão regional que apreciou os pontos omissos indicados pela embargante todavia para adotar orientação contrária ao interesse da recorrente. Jurisprudência dessa Colenda Corte. Arguição de Violação aos arts. 267 IV e VI do CPC e arts. 45 e 51 do CC. Não demonstração. Empresa que teve sua falência decretada antes do ajuizamento da execução fiscal. Impossibilidade de alteração da certidão de dívida ativa para a substituição da parte executada pelo representante da massa falida. Inteligência da Súmula STJ n. 392. Precedentes. Parecer pelo não provimento do recurso especial ora examinado (fls. 240).

6. É o que havia de relevante para relatar.

## VOTO

Ementa: Recurso especial. Tributário. Execução fiscal. Violação ao art. 535 do CPC. Inocorrência. Falência da empresa executada decretada antes do ajuizamento da execução fiscal. Imperiosa a habilitação do crédito tributário na falência (arts. 186 e 187 do CTN). Irrenunciabilidade do privilégio fazendário. Ilegitimidade passiva da sociedade. Alegação de mero excesso de formalismo. Impossibilidade de alteração da CDA em relação ao sujeito passivo. Súmula n. 392-STJ. Precedentes desta Corte Superior. Recurso especial da Fazenda

Nacional a que se nega provimento. Julgamento sob o rito do art. 543-C do CPC e Resolução n. 8-STJ.

1. Os créditos fazendários são habilitados na falência de forma extra-concursal, ou seja, sem concorrência com outros credores, tendo à sua frente apenas as dívidas trabalhistas e as de acidente do trabalho, de modo que essa prerrogativa orna eficazmente as pretensões fiscais; os arts. 186 e 187, ambos do CTN, são enfáticos ao estabelecer essa preferência.

2. O exercício do direito de ação pressupõe o implemento cumulativo de três condições igualmente relevantes, quais sejam: (a) a possibilidade jurídica do pedido; (b) o interesse de agir; e (c) a legitimidade das partes; essas são as condições da ação do ponto de vista da sua ordinaryidade, porquanto nas ações especiais exige-se, ainda, o requisito da justa causa, como nas iniciativas sancionadoras em geral.

3. Na presente execução fiscal, ajuizada pela Fazenda Nacional, não foi preenchido o requisito da legitimidade passiva da parte acionada, haja vista que o processo foi movido contra a empresa devedora, quando deveria ter sido promovida em face da sua Massa Falida, porquanto a decretação da sua quebra foi anterior à propositura da execução.

4. A Massa Falida é a responsável pelo patrimônio remanescente e pelas dívidas da empresa, mas a jurisprudência do STJ - inclusive sumulada no Verbete n. 392 - não admite que a alteração do CDA, após ajuizada a execução fiscal, alcance o sujeito passivo da obrigação.

5. A Fazenda Pública pode substituir a Certidão de Dívida Ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada, porém, a modificação do sujeito passivo da execução (Súmula n. 392-STJ). Precedentes: AgRg no REsp n. 1.362.137-DF, Min. Rel. *Humberto Martins*, DJe 2.5.2013; REsp n. 1.299.078-PR, Rel. Min. *Mauro Campbell Marques*, DJe 9.3.2012.

6. Recurso Especial da *Fazenda Nacional* a que se nega provimento, conforme parecer do douto MPF. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n. 8/2008.

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. Preliminarmente, no que se refere à ofensa ao art. 535 do CPC, não há como acolher a alegada violação, visto que a lide foi resolvida com a devida fundamentação, ainda que sob ótica diversa daquela almejada pela ora recorrente.

2. Destaca-se ainda que, tendo encontrado motivação suficiente para fundar a decisão, não fica o órgão julgador obrigado a responder, um a um, os questionamentos suscitados pelas partes, mormente se notório o caráter de infringência do julgado. Nesse sentido:

Administrativo. Processual Civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Ação rescisória julgada improcedente pelo Tribunal de origem. Art. 535, II, do CPC. Contrariedade. Inexistência. Princípios constitucionais. Violação. Exame. Impossibilidade. Lei federal. Indicação. Ausência. Súmula n. 284-STF. Matéria local. Impossibilidade. Súmula n. 280-STF. Agravo não provido.

1. Tendo o Tribunal de origem se pronunciado de forma clara e precisa sobre as questões postas nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão, não há falar em afronta ao art. 535, II, do CPC, não se devendo confundir fundamentação sucinta com ausência de fundamentação (REsp n. 763.983-RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJ 28.11.2005).

2. Não cabe ao STJ, em sede de recurso especial, conhecer da alegada ofensa de princípios constitucionais (REsp n. 1.240.170-PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 15.4.2011).

3. É deficiente de fundamentação o recurso especial em que a tese de afronta à chamada teoria do fato consumado não é acompanhada da indicação do respectivo dispositivo de lei federal malferido. Incidência da Súmula n. 284-STF.

4. Em recurso especial é inviável o exame de lei local, ainda que necessário para aferição de suposta ofensa ao art. 485, V, do CPC. Nesse sentido: AgRg no Ag n. 1.346.142-MG, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 1º.12.2010.

5. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp n. 12.346-RO, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 26.8.2011).

3. Quanto ao mérito, a primeira observação que me cabe fazer - e nisso ponho a maior ênfase - é a de que o julgamento deste recurso de forma alguma diz respeito a qualquer tentativa do contribuinte de evadir-se da obrigação fiscal; o de que se trata é, tão só e apenas, da *defesa contra o processo*, ou seja, a insurgência do devedor *exclusivamente quanto ao modo como se está processando a execução*.

4. Também devo sublinhar que, da minha parte, não há nenhuma alusão ao intuito de beneficiar, de qualquer forma, o devedor: *apenas registro que a Fazenda Pública não precisa - e mesmo não deve - se valer de execução fiscal contra*

*devedor pré-falido, porquanto lhe assiste (à Fazenda Pública) o poderoso privilégio de simplesmente habilitar o seu crédito na falência e esse privilégio, penso eu, deve ser mantido e preservado, sendo mesmo irrenunciável.*

5. Como se sabe, eminentes Ministros, os créditos fazendários são habilitados na falência de forma extra-concursal, ou seja, sem concorrência com outros credores, tendo à sua frente apenas as dívidas trabalhistas e as de acidente do trabalho, de modo que essa prerrogativa *orna eficazmente* as pretensões fiscais; os arts. 186 e 187, ambos do CTN, são enfáticos ao estabelecer essa preferência:

Art. 186 - O crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for sua natureza ou o tempo de sua constituição, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente de trabalho.

Art. 187 - A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento.

6. O que me pareceu, neste caso, é que a Fazenda Pública estaria *abrindo mão daquele privilégio*, o que não se afigura compatível com as prerrogativas fazendárias; por qual razão optaria a Fazenda Pública pela execução fiscal, quando referido privilégio lhe confere uma posição evidentemente muito mais vantajosa?

7. Contudo, o fato de eu não entender essa postura da Fazenda Pública - pois quando fui, com muita honra, Procurador Fiscal do Estado do Ceará, reinvidicava sem transigências todos as prerrogativas fazendárias - certamente não significa qualquer empecilho ao seu emprego pelos ilustres Procuradores da Fazenda Nacional.

8. Quanto ao *mérito recursal*, observa-se que, conforme lições prezavelmente indiscrepantes dos mais eminentes doutrinadores processuais, o exercício do direito de ação pressupõe o *implemento cumulativo* de três condições igualmente relevantes, quais sejam: (a) a possibilidade jurídica do pedido; (b) o interesse de agir; e (c) a legitimidade das partes; deve-se apenas anotar que essas são a *condições ordinárias da ação*, porquanto, nas ações chamadas de *especiais*, exige-se, ainda, a *justa causa*, como se sabe, tal como ocorre, por exemplo, nas ações penais condenatórias e na ação de improbidade, e nas ações sancionadoras em geral.

9. No caso em apreço, vê-se que não foi preenchido o *requisito da legitimidade passiva da parte acionada*, haja vista que o processo de execução fiscal foi ajuizado contra a empresa devedora, quando deveria ter sido promovida em

face de sua Massa Falida, *porquanto a sua decretação foi anterior à propositura da execução, e portanto, a massa falida é a responsável pelo patrimônio remanescente e dívidas da empresa.* Nesse exato sentido é a jurisprudência do STJ, inclusive recentíssima, da lavra de eruditos Julgadores, em sintonia, aliás, com a orientação sumulada desta Corte Superior:

Tributário e Processual Civil. Execução fiscal. Sócio-gerente. Responsabilidade tributária. Falência. Exigibilidade de bens. Redirecionamento.

(...).

3. Em qualquer espécie de sociedade comercial, é o patrimônio social que responde sempre e integralmente pelas dívidas sociais. Com a quebra, a massa falida responde pelas obrigações a cargo da pessoa jurídica até o encerramento da falência, só estando autorizado o redirecionamento da Execução Fiscal caso fique demonstrada a prática pelo sócio de ato ou fato ivado de excesso de poderes ou de infração a lei, contrato social ou estatutos.

4. Agravo Regimental não provido (AgRg AREsp n. 128.924-SP, Rel. Min. Min. Herman Benjamin, DJU 3.9.2012).

Processual Civil. Violação do art. 535. Inexistência no caso. Prequestionamento. Falta. Súmula n. 211-STJ. Execução fiscal. Falência da empresa executada antes do ajuizamento da ação. Ilegitimidade passiva.

1. Considerando-se que a matéria tida por omitida sequer foi devolvida à apreciação da Corte de origem em sede de apelação, inexistente omissão a justificar o pretendido reconhecimento da ocorrência de violação do art. 535 do CPC.

2. O conteúdo normativo contido nos arts. 2º, § 8º, da LEF, e 284, do CPC, não foi, em nenhum momento, enfrentado no aresto recorrido. Carece o recurso especial, nesse ponto, do obrigatório prequestionamento. Incidência da Súmula n. 211-STJ.

3. O exercício do direito de ação pressupõe o preenchimento de suas condições, quais sejam: a) a possibilidade jurídica do pedido; b) o interesse de agir; e c) a legitimidade das partes. No caso em análise, não foi preenchido o requisito da legitimidade passiva, uma vez que a ação executiva foi ajuizada contra empresa cuja decretação de falência ocorrera antes da inscrição em dívida ativa. A demanda deveria ter sido proposta em face da massa falida.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido (REsp n. 1.359.259-SE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 13.3.2013).

10. No que se refere ao *direcionamento puro e simples da execução contra a massa falida – independentemente da substituição da CDA – sob a alegação de que tal exigência seria excesso de formalismo, deve-se registrar que não é assim que a*

*jurisprudência desta Corte entende a matéria*; na verdade, alterar o título executivo, *no pleno curso da execução fiscal*, para modificar o seu sujeito passivo, não encontra amparo ou abono no CTN e na Lei n. 6.830/1980, que são os dois principais diplomas que instituem as *garantias do devedor*, nessa espécie de execução, e nem no magistério da doutrina jurídica.

11. É exatamente nesse sentido que a Súmula n. 392-STJ orienta o entendimento da espécie, proclamando que *a Fazenda Pública pode substituir a Certidão de Dívida Ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução*; deve-se entender que essa diretriz prestigia o que outrora se chamava de *estabilidade da relação processual*, cuja finalidade era a de evitar que as partes pudessem, no trâmite da ação, alterar qualquer elemento central da postulação, para não se introduzir no processo judicial a visão meramente administrativa da sua condução.

12. Por oportuno, vejam-se os seguintes exemplares jurisprudenciais, aliás recentíssimos, como dito, desta diretriz judicante, por sinal relatados por Julgadores desta Corte, cujos votos são portadores de elementos de formação da nossa opinião jurídica:

Processual Civil e Tributário. Multa do art. 538, parágrafo único, do CPC. Afastamento. Súmula n. 98-STJ. Execução fiscal. CDA. Substituição ou emenda. Impossibilidade na espécie. Alteração do sujeito passivo da obrigação. Súmula n. 392-STJ.

1. Afasta-se a multa do art. 538, parágrafo único, do CPC, na hipótese em que há oposição de embargos de declaração com fins de prequestionamento, nos termos da Súmula n. 98-STJ.

2. O acórdão recorrido encontra-se em consonância com a jurisprudência pacífica desta Corte, no sentido da possibilidade de se emendar ou substituir a CDA por erro material ou formal do título, até a prolação da sentença, desde que não implique modificação do sujeito passivo da execução, segundo disposto na Súmula n. 392 do STJ. Assim, em se tratando de modificação do sujeito passivo da obrigação tributária, tal como ocorreu na espécie, não há como se proceder a substituição da CDA no presente feito.

3. Alterar a conclusão do acórdão recorrido, a fim de verificar se houve ou não o ajuizamento de nova execução contra o atual proprietário do imóvel, implica adentrar no suporte fático-probatório dos autos, o que atrai a incidência da Súmula n. 7-STJ.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido (REsp n. 1.299.078-PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 9.3.2012).

Processual Civil. Tributário. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Execução fiscal. CDA. Requisitos de validade. Revisão dos fundamentos do acórdão. Súmula n. 7 do STJ. Substituição da certidão da dívida ativa, antes da prolação da sentença, na hipótese de correção de erro formal ou material. Possibilidade. Súmula n. 392 do STJ. Entendimento assentado no julgamento do REsp n. 1.045.472-BA, sob o regime do artigo 543-C do CPC.

1. A aferição dos requisitos essenciais à validade da CDA demanda o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que é inviável em sede de recurso especial ante o óbice da Súmula n. 7 do STJ.

2. Entendimento deste Tribunal no sentido de que: “A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução (Súmula n. 392-STJ)”. (REsp n. 1.045.472-BA, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 18.12.2009, julgado sob o regime do artigo 543-C do CPC).

3. Agravo regimental não provido (AgRg nos EDcl no AREsp n. 616-SE, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 29.6.2011).

Alteração do sujeito passivo da obrigação tributária. Impossibilidade.

1. O Tribunal de origem decidiu a questão em conformidade com a orientação firmada neste Pretório no sentido de que é possível a substituição da CDA, antes da prolação da sentença, quando se tratar de correção de erro material ou formal, sendo inviável, entretanto, a alteração do título executivo para modificar o sujeito passivo da execução, não encontrando, tal providência, amparo na Lei n. 6.830/1980 (AgRg no Ag n. 771.386-BA, 1ª Turma, Min. Denise Arruda, DJ de 12.12.2006). Precedentes: REsp n. 829.455-BA, Min. Castro Meira, DJ de 7.8.2006 e AgRg no Ag n. 732.402-BA, 1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 28.4.2006.

2. Recurso especial a que se nega provimento (REsp n. 750.248-BA, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU 19.6.2007).

13. *A natureza rígida dos requisitos da CDA – isso deve ser bem enfatizado – é uma garantia do devedor executado, posta, como se sabe, por meio de legislação de hierarquia complementar, qual seja, o art. 203 do CTN, dispondo que a omissão de qualquer dos requisitos previstos no termo de lançamento do tributo ou o erro a eles relativos são causa de nulidade da inscrição e do processo de cobrança dele decorrente.*

14. Comentando esse dispositivo do CTN com a percuciência que lhe era característica, o Ministro *Aliomar Baleeiro* sublinhava que se trata de dispositivo timbrado de *severidade*, e assinalava, com precisão, o seu sentido *praticamente absoluto*, dizendo o seguinte:

A nulidade do art. 203 é de ordem formal e, sendo o executivo fiscal regulado em lei específica, o Dec.-Lei n. 960/1938, não obstante o art. 76 deve admitir a aplicação subsidiária das normas do CPC, parecem-nos incabíveis, nesse particular, as disposições que revelam a nulidade por falta de prova do prejuízo de quem as alega. O art. 203 é peremptório: - omissa ou errada a inscrição, fatalmente ocorrerá a nulidade, salvo se sanada for até a sentença de primeira instância (Direito Tributário Brasileiro, Rio de Janeiro, Forense, 1971, p. 559).

15. Mesmo os juristas que não são muito afeitos aos formalismos, reconhecem claramente que, em muitos casos, como o dos requisitos dos atos jurídicos administrativos que produzem efeitos contra os particulares, a observância rigorosa dos elementos formalizadores do ato é considerada por eles como essencial e indispensável; essa é, por exemplo, a observação que faz o Professor HUGO DE BRITO MACHADO (Comentários ao CTN, vol. III, São Paulo, Atlas, 2005, p. 859); enfatizando mais o aspecto processual deste problema, o jurista uruguaio Professor EDUARDO COUTURE observava que, em matéria de processo, *a forma é ouro*.

16. A Professora MARIA HELENA RAU DE SOUZA faz coro a esse entendimento, chamando a atenção para a circunstância de que a emenda ou a substituição da CDA se subordina incontornavelmente a *delimitações processuais e materiais* (CTN Comentado, São Paulo, RT, 2005, p. 854), ou seja, não se trata de providência que possa ser tomada a qualquer tempo e por qualquer motivo, porque, se fosse assim, a segurança do devedor fiscal executado seria drasticamente reduzida.

17. Essa dicção normativa do art. 203 do CTN deve ser entendida na sua *dimensão garantística*, isto é, como um *dique* ao poder executório da Fazenda Pública – *não como um canal* – anteposto à atividade fazendária, dada a sua *fortíssima carga constrictiva*, cujo geral reconhecimento não tem opositores de tomo.

18. Uma das explicações que se pode adiantar para a importância desse dispositivo é que a Fazenda Pública é o único credor civil que pode produzir, por si só, ou por sua própria e autônoma atividade, o título executivo que instrumentará a sua pretensão executória (art. 142 do CTN); exatamente por isso é que esse título é cercado de tantas cautelas em favor e resguardo do devedor, pois, se assim não fosse, poder-se-ia imaginar que o credor fiscal poderia constituir o seu crédito de forma *praticamente ilimitada* e também emitir o seu título com igual liberdade de procedimento.

19. A defesa do executado fiscal, como se sabe, somente pode ser exercida *com árduo e ingente esforço patrimonial*, por isso que a aceitação da iniciativa executória fazendária era submetida a rigoroso *teste de admissibilidade*, o outrora chamado *juízo preliminar*, e somente após a sua superação se legitimava a temível constrictão sobre o patrimônio do devedor.

20. Deve-se anotar, porém, que aquela nulidade pode ser *sanada* até a decisão de primeira instância, *mediante a substituição da CDA nula*, devolvendo-se ao sujeito passivo, ao acusado ou ao interessado o prazo para a defesa que, neste caso, fica limitada à parte modificada do título executivo.

21. Reitere-se que se trata, neste caso, de *norma de garantia*, cuja função é precisamente a de resguardar os direitos subjetivos do devedor fiscal; essa orientação foi, exaustivamente, assinalada pelo STJ, tanto que houve a edição da Súmula n. 392-STJ, *que assegura a imutabilidade do sujeito passivo nas demandas executivas fiscais*, como meio disciplinador do poder executório do Fisco, o único credor – repito – que pode, sozinho, produzir o título executivo.

22. Esta é uma oportunidade para se refletir sobre a necessidade de *reforçamento do juízo de admissibilidade da execução fiscal*, que não deve ser limitado à apresentação isolada da CDA, podendo o Julgador exigir que lhe venha apensa, por exemplo, a comprovação do lançamento fiscal em nome do executado, *tal como se faz na execução forçada de duplicata sem aceite, na qual se exige a nota fiscal com o recibo do comprador da mercadoria ou do tomador do serviço*; essa salutar providência evita execuções indevidas ou mesmo abusivas.

23. Se o executado, por exemplo, não participou do processo administrativo de lançamento e, portanto, não está definida, na via administrativa, a sua obrigação fiscal, como poderá ele se defender da exigência executória, *a não ser com a onerosa e sacrificante submissão à garantia do juízo, com evidentes prejuízos operacionais?* Mas isso é apenas um breve alvitre, uma sugestão que não merecerá maiores atenções; todavia, a prova do lançamento está em poder da Administração, que poderá, comodamente, exibi-la ao Juiz.

24. Nesse exato sentido é o magistério dos mais ilustres doutrinadores, assinalando a importância desse aspecto, conforme se visualiza, por exemplo, na seguinte lição do Professor HUGO DE BRITO MACHADO:

O interesse pelo tema resulta da constatação de que autoridades da Administração Tributária se têm manifestado no sentido de que a intimação do responsável, dando ciência a este da lavratura do auto de infração, tem apenas a finalidade de viabilizar a inclusão de seu nome no termo de inscrição cm

Dívida Ativa do crédito que vier a ser apurado, para viabilizar a propositura, também contra ele, da ação de execução fiscal correspondente, ou para viabilizar o redirecionamento desta, se for o caso. Em outras palavras, a intimação do responsável tem a finalidade de atribuir a este, validamente, a condição de responsável tributário, para que deste possa ser exigido o pagamento do crédito respectivo.

Segundo dizem algumas autoridades da Administração Tributária, a intimação do responsável não tem o objetivo de assegurar a este a oportunidade para impugnar a exigência fiscal. O sujeito passivo da obrigação tributária no procedimento administrativo de lançamento tributário seria somente o contribuinte contra o qual é lavrado o auto de infração, e somente este, portanto, teria o direito de impugná-lo e recorrer de decisões contra ele proferidas.

O equívoco é de tal evidência que talvez fosse mesmo desnecessário escrever este estudo. Não obstante, como acreditamos na boa-fé de quem o afirma, resolvemos enfrentar a questão na esperança de que, uma vez esclarecido o equívoco, essa prática ilegal deixe de ocorrer, e assim teremos contribuído na construção de uma relação tributária mais saudável, na qual sejam respeitados os direitos fundamentais dos cidadãos, entre eles o direito de defesa. Direito que se destina a proteger qualquer pessoa contra agressões a sua liberdade e a seu patrimônio (O Responsável Tributário e o Direito de Defesa no Procedimento Administrativo, Rev. Dialética de Direito Tributário no. 160, São Paulo, Dialética, 2009, p. 43).

25. A Súmula n. 392 do STJ foi proposta, como todos sabemos, pelo eminente Ministro *Luiz Fux* e tem mais de dez processos que a justificaram à época de sua edição, no ano de 2009. Nesses mais de quatro anos de sua vigência outros inúmeros processos foram igualmente julgados com fundamento no seu enunciado, que veda, expressamente, a alteração de sujeito passivo nas execuções fiscais.

26. Cabe ressaltar que se para deixar de aplicar ao caso em apreço a dita Súmula, deve esta douta Seção – *com a devida vênia* – propor, se assim entender, a revisão da jurisprudência que deu suporte à sua edição, respeitando as normas regimentais pré-definidas no art. 125 e seus parágrafos, conforme abaixo se transcreve:

Art. 125 – Os enunciados da súmula prevalecem e serão revistos na forma estabelecida neste Regimento Interno.

§ 1º – Qualquer dos Ministros poderá propor, em novos feitos, a revisão da jurisprudência compendiada na súmula, sobrestando-se o julgamento, se necessário.

§ 2º – Se algum dos Ministros propuser revisão da jurisprudência compendiada na súmula, em julgamento perante a Turma, esta, se acolher a proposta, remeterá o feito ao julgamento da Corte Especial, ou da Seção, dispensada a lavratura do acórdão, juntando-se, entretanto, as notas taquigráficas e tomando-se o parecer do Ministério Público Federal.

§ 3º – A alteração ou o cancelamento do enunciado da súmula serão deliberados na Corte Especial ou nas Seções, conforme o caso, por maioria absoluta dos seus membros, com a presença de, no mínimo, dois terços de seus componentes.

§ 4º – Ficarão vagos, com a nota correspondente, para efeito de eventual restabelecimento, os números dos enunciados que o Tribunal cancelar ou alterar, tomando os que forem modificados novos números da série.

27. Anoto, finalmente, que no parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República *Wallace de Oliveira Bastos*, o MPF ressalta com o esmero costumeiro daquele órgão, a impossibilidade de se alterar o sujeito passivo da demanda pelo óbice da Súmula n. 392-STJ:

No caso dos autos a pretensão da recorrente encontra óbice na Súmula STJ n. 392 cuja redação assim dispõe:

A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução.

É ver que ao tempo da constituição do crédito tributário e sua inscrição em dívida ativa já havia sido decretada a falência da empresa devedora razão pela qual a execução deveria ser ajuizada em face do representante da massa falida - sendo descabido à administração alterar o polo passivo da demanda para o prosseguimento da execução ante a dicção do enunciado sobretranscrito.

Esse Colendo STJ analisando caso semelhante ao dos presentes autos firmou entendimento no sentido da impossibilidade de alteração no polo passivo da demanda conforme a orientação trazida pela Súmula STJ n. 392 (fls. 243).

28. O raciocínio que faz no caso em apreço é o mesmo quando o exequente pleiteia o redirecionamento do executivo fiscal contra o espólio da pessoa física falecida, sendo que esta Corte Superior de Justiça em inúmeras oportunidades já assentou que se o falecimento do contribuinte ocorrendo depois de ele ter sido devidamente citado nos autos da execução fiscal pode ocorrer o redirecionamento; no entanto, caso o devedor tenha falecido antes mesmo da constituição do crédito tributário, deve o exequente interpor a cobrança executiva, diretamente, contra o espólio, já que este passa a ser o responsável

pelos bens eventualmente deixados pelo falecido. Nesse sentido, veja-se alguns exemplares desta diretriz judicante:

Processual Civil. Execução fiscal proposta contra devedor já falecido. Carência de ação. Ilegitimidade passiva. Alteração do pólo passivo da execução para constar o espólio. Impossibilidade. Súmula n. 392-STJ.

1. O exercício do direito de ação pressupõe o preenchimento de determinadas condições, quais sejam: a) a possibilidade jurídica do pedido; b) o interesse de agir; e c) a legitimidade das partes. No caso em análise, não foi preenchido o requisito da legitimidade passiva, uma vez que a ação executiva foi ajuizada contra o devedor, quando deveria ter sido ajuizada em face do espólio. Dessa forma, não há que se falar em substituição da Certidão de Dívida Ativa, haja vista a carência de ação que implica a extinção do feito sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil. O redirecionamento pressupõe que o ajuizamento tenha sido feito corretamente.

2. Mesmo quando já estabilizada a relação processual pela citação válida do devedor, o que não é o caso dos autos, a jurisprudência desta Corte entende que a alteração do título executivo para modificar o sujeito passivo da execução não encontrando amparo na Lei n. 6.830/1980. Sobre o tema, foi editado recentemente o Enunciado n. 392-STJ, o qual dispõe que a Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução.

3. Naturalmente, sendo o espólio responsável tributário na forma do art. 131, III, do CTN, a demanda originalmente ajuizada contra o devedor com citação válida pode a ele ser redirecionada quando a morte ocorre no curso do processo de execução, o que não é o caso dos autos onde a morte precedeu a execução.

4. Recurso especial não provido (REsp n. 1.222.561-RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 25.5.2011).

Processual Civil e Tributário. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Execução fiscal. CDA expedida contra pessoa falecida anteriormente à constituição do crédito tributário. Nulidade. Acórdão recorrido em sintonia com a jurisprudência do STJ. Súmula n. 83-STJ.

1. O redirecionamento contra o espólio só é admitido quando o falecimento do contribuinte ocorrer depois de ele ter sido devidamente citado nos autos da execução fiscal, o que não é o caso dos autos, já que o devedor apontado pela Fazenda Pública falecera (6.4.1983) antes mesmo da constituição do crédito tributário (IPTU e TSU do ano de 2001). Precedentes: REsp n. 1.222.561-RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 25.5.2011; AgRg no REsp n. 1.218.068-RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 8.4.2011; REsp n. 1.073.494-RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 29.9.2010.

2. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp n. 178.713-MG, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 27.8.2012).

29. A decretação de falência representa ou prefigura a morte da pessoa jurídica, quando quem passa a responder pelas suas dívidas é o seu acervo, assim como acontece com a morte do contribuinte, que tem o seu espólio para responder por suas dívidas, no limite da herança deixada pelo falecido.

30. Diante o exposto, nega-se provimento ao Recurso Especial interposto pela *Fazenda Nacional*, mas sublinhando, com vivas cores, que pelo meu voto não proponho a extinção do crédito tributário, mas tão só reconheço que a sua execução se deve fazer pelo modo previsto nos arts. 186 e 187 do CTN, porquanto não me animo a subtrair ou a reduzir o alcance de qualquer privilégio da Fazenda Pública; ademais, a Súmula n. 392-STJ deve ser observada.

31. Registre-se, ainda, tratar-se de recurso representativo da controvérsia, sujeito ao procedimento do art. 543-C do CPC, determina-se, após a publicação do acórdão, a comunicação à Presidência do STJ, aos Ministros dessa Colenda 1ª Seção, aos Tribunais Regionais Federais, bem como aos Tribunais de Justiça dos Estados, com fins de cumprimento do disposto no parágrafo 7º do art. 543-C do CPC (arts. 5º, II, e 6º, da Resolução n. 8/2008).

32. É como voto.

#### VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Og Fernandes: Trata-se de recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, com base na alínea a do permissivo constitucional, com vistas à reforma do acórdão proferido pelo eg. Tribunal Regional Federal - 5ª Região, assim ementado:

Processual Civil. Execução fiscal. Matéria de ordem pública. Falência da empresa executada antes do ajuizamento da ação. Capacidade processual da parte. Ausência. Substituição do pólo passivo pela pessoa do síndico representante da massa falida. Impossibilidade. Apelação improvida e remessa necessária prejudicada. Art. 475 do CPC.

I. Decretada a falência da pessoa jurídica devedora ocorrida antes da propositura da ação não é caso de redirecionamento da execução, qual pretende a apelante, e sim de extinção do processo, qual determinou o juiz *a quo*.

II. Constatada a falência da pessoa jurídica devedora, antes do ajuizamento da execução fiscal, mostra-se hialina a impossibilidade de regularização do pólo passivo da demanda, não havendo que se falar em substituição da parte pelo representante da massa falida.

III. No presente caso, a empresa Executada *Eletrojulio Comercio e Representações Ltda* massa falida teve a sua falência decretada em 28.4.1997, antes do ajuizamento do executivo fiscal que, ocorreu 23.7.1998. Logo a ação executiva (deveria ser proposta contra a massa falida da empresa, na pessoal do seu representante legalmente instituído, que no caso, seria parte legítima para figurar no polo passivo da demanda e não em face da empresa falida. Não merece retoque a sentença proferida pelo juízo monocrático, que extinguiu o feito sem resolução do mérito, com fulcro no art. 267, IV e VI, do CPC.

V. Em relação à remessa oficial determinada pelo juízo monocrático, o presente caso não se enquadra em quaisquer das hipóteses do art. 475 do CPC, o qual, por estabelecer prerrogativa processual em favor da Fazenda Pública, deve ter sua interpretação fixada de modo restritivo. Dessa forma, apenas a sentença proferida contra a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como a que julgar procedentes embargos à execução fiscal, está sujeita ao duplo grau obrigatório.

VI. Negar provimento à apelação e julgar prejudicada à *remessa necessária*. (e-fl. 156)

Embargos de declaração rejeitados (e-fls. 160-161 e 163-167).

Nas razões do recurso especial, sustenta o ente fazendário a existência de violação do art. 535 do Código de Processo Civil, na medida em que a Corte de origem não teria emitido juízo de valor a respeito de questões fundamentais ao adequado julgamento da controvérsia.

Aduz, ainda, ofensa ao disposto nos arts. 267, incs. IV e VI, do Código de Processo Civil, 45 e 51 do Código Civil.

Nessa esteira, salienta:

Sendo assim, e como a empresa não deixa de existir pelo simples fato de ter tido sua falência decretada, o correto é o ajuizamento da ação executiva contra a mesma, sendo que, em tal tipo de situação, tanto o falido quanto o síndico terão interesse em opor embargos à execução.

O falido, por defender interesse próprio, ou seja, de que não deve as quantias em cobrança, e, assim, reduzir o passivo da massa falida, proporcionando ao mesmo a obtenção de uma concordata suspensiva.

O síndico, por defender interesse de terceiros, quais sejam, os demais credores, fazendo jus ao recebimento dos emolumentos que lhe são pagos pela defesa da massa falida.

A única diferença prática no que se refere à decretação da falência das empresas é que, a partir de então, toda e qualquer penhora deve ser realizada no rosto dos autos falimentares. (e-fl. 174)

Não há contrarrazões apresentadas (e-fls. 180-181).

Parecer do Ministério Público Federal pelo não provimento do recurso especial, tendo em vista a orientação fixada pela Súmula n. 392 deste Superior Tribunal de Justiça. O opinativo encontra-se assim ementado:

*Recurso especial.* Execução fiscal ajuizada pela União. Exceção de pré-executividade. Acórdão do Eg. TRF-5ª Região que deu negou provimento à apelação da União para manter sentença que extinguiu sem julgamento de mérito a execução em comento com base no art. 267 IV e VI do CPC. Recurso especial fundado no art. 105 III a da Constituição Federal. Arguição de afronta ao art. 535 do CPC. Descabimento. Acórdão regional que apreciou os pontos omissos indicados pela embargante todavia para adotar orientação contrária ao interesse da recorrente. Jurisprudência dessa Colenda Corte. Arguição de Violação aos arts. 267 IV e VI do CPC e arts. 45 e 51 do CC. Não demonstração. Empresa que teve sua falência decretada antes do ajuizamento da execução fiscal. Impossibilidade de alteração da certidão de dívida ativa para a substituição da parte executada pelo representante da massa falida. Inteligência da Súmula STJ n. 392. Precedentes. Parecer pelo não provimento do recurso especial ora *examinado*. (e-fl. 240)

O recurso especial foi submetido, inicialmente, a julgamento pela Col. Segunda Turma, altura em que foi acolhida questão de ordem para que o respectivo processamento passasse a adotar o procedimento estatuído no art. 543-C do Código de Processo Civil.

O Relator, em. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, vota pelo não provimento do recurso, concluindo seu julgamento nestes termos:

Diante o exposto, nega-se provimento ao Recurso Especial interposto pela *Fazenda Nacional*, mas sublinhando, com vivas cores, que, pelo meu voto, não proponho a extinção do crédito tributário, mas tão só reconheço que a sua execução se deve fazer pelo modo previsto nos arts. 186 e 187 do CTN, porquanto não me animo a subtrair ou a reduzir o alcance de qualquer privilégio da Fazenda Pública; ademais, a Súmula n. 392-STJ deve ser observada.

Pedi vista para melhor exame da matéria.

Em síntese, o voto do em. Relator está assim delineado (e destaco as seguintes passagens):

2. O exercício do direito de ação pressupõe o implemento cumulativo de três condições igualmente relevantes, quais sejam: (a) a possibilidade jurídica do pedido; (b) o interesse de agir; e (c) a legitimidade das partes; essas são as condições da ação do ponto de vista da sua ordinariedade, porquanto nas

ações especiais exige-se, ainda, o requisito da justa causa, como nas iniciativas sancionadoras em geral.

3. Na presente execução fiscal, ajuizada pela Fazenda Nacional, não foi preenchido o requisito da legitimidade passiva da parte acionada, haja vista que o processo foi movido contra a empresa devedora, quando deveria ter sido promovida em face da sua Massa Falida, porquanto a decretação da sua quebra foi anterior à propositura da execução.

4. A Massa Falida é a responsável pelo patrimônio remanescente e pelas dívidas da empresa, mas a jurisprudência do STJ - inclusive sumulada no Verbete n. 392 - não admite que a alteração do CDA, após ajuizada a execução fiscal, alcance o sujeito passivo da obrigação.

5. A Fazenda Pública pode substituir a Certidão de Dívida Ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada, porém, a modificação do sujeito passivo da execução (Súmula n. 392-STJ). Precedentes: AgRg no REsp n. 1.362.137-DF, Min. Rel. Humberto Martins, DJe 2.5.2013; REsp n. 1.299.078-PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 9.3.2012.

6. Recurso Especial da Fazenda Nacional a que se nega provimento, conforme parecer do douto MPF. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n. 8/2008.

Srs. Ministros, a questão ora submetida a esta Colenda Seção foi recentemente apreciada, por ocasião do julgamento do Recurso Especial n. 1.359.237-SE (também de relatoria do em. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho), cujo acórdão, proferido por unanimidade e publicado em 16 de setembro deste ano, encontra-se assim ementado:

Recurso especial. Tributário. Execução fiscal. A falência da empresa executada fora decretada antes do ajuizamento da execução. Ilegitimidade passiva da sociedade. Alegação de excesso de formalismo. Impossibilidade de alteração da CDA em relação ao sujeito passivo. Súmula n. 392-STJ. Recurso especial da Fazenda Nacional a que se nega provimento.

1. O exercício do direito de ação pressupõe o implemento de três condições, quais sejam: (a) a possibilidade jurídica do pedido; (b) o interesse de agir; e (c) a legitimidade das partes.

2. Não foi preenchido o requisito da legitimidade passiva da parte acionada, haja vista que o processo de execução fiscal foi ajuizado contra a empresa devedora, quando deveria ter sido promovida em face da sua Massa Falida, porquanto a sua decretação foi anterior à propositura da execução, e portanto, a Massa Falida é a responsável pelo patrimônio remanescente e dívidas da empresa.

3. A jurisprudência do STJ - inclusive sumulada - não admite que a alteração do CDA, após ajuizada a execução fiscal, alcance o sujeito passivo da obrigação: a Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução (Súmula n. 392-STJ).

4. Recurso Especial da *Fazenda Nacional* a que se nega provimento.

No aludido precedente (sobretudo a teor dos itens 2 e 3), é notório que o tema tratado naquela ocasião é, precisamente, o mesmo ora em exame, tendo esta Primeira Seção concluído pela impossibilidade de alteração da CDA (no que tange à indicação do sujeito passivo), após ajuizada a execução fiscal, sendo permitida, tão somente, a correção de erro material ou formal, em conformidade com a orientação da Súmula n. 392 do Superior Tribunal de Justiça.

Ocorre, todavia, que, examinando outros precedentes desta Corte, localizei julgado da relatoria do em. Ministro Herman Benjamin e proferido pela Segunda Turma para o Recurso Especial n. 1.192.210-RJ, em sentido diverso. Naquela assentada, a Colenda Segunda Turma assim ponderou (acórdão publicado em 4.2.2011):

Processual Civil. Execução fiscal. Empresa executada. Falência decretada antes da inscrição da dívida ativa. Alteração do sujeito passivo. Inexistência. Mera retificação. Possibilidade.

1. O Tribunal de origem extinguiu a Execução Fiscal, sob o fundamento de que a falência da empresa havia sido decretada antes da inscrição em dívida ativa, razão pela qual seria vedada a substituição da CDA, por implicar modificação do sujeito passivo.

2. *A mera decretação da quebra não implica extinção da personalidade jurídica do estabelecimento empresarial. Ademais, a massa falida tem exclusivamente personalidade judiciária, sucedendo a empresa em todos os seus direitos e obrigações.*

3. *Em conseqüência, o ajuizamento contra a pessoa jurídica, nessas condições, constitui mera irregularidade, sanável nos termos do art. 284 do CPC e do art. 2º, § 8º, da Lei n. 6.830/1980.*

4. *É equivocado o entendimento de que a singela retificação do pólo processual (para fazer constar a informação de que a parte devedora se encontra em estado falimentar) implique modificação ou substituição do sujeito passivo da obrigação fiscal.*

5. *Atenta contra os princípios da **celeridade** e da **economia processual** a imediata extinção do feito, sem que se dê, previamente, à Fazenda Pública oportunidade para que providencie as retificações necessárias na petição inicial e na CDA.*

6. Recurso Especial provido. - grifos acrescentados

Verifico, a partir da leitura do voto do Relator do feito sob julgamento, que o em. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho consignou, em seus fundamentos, que a modificação do polo passivo afrontaria a orientação firmada pela Súmula n. 392 do STJ.

Com a devida vênia, entretanto, quer me parecer que não estaríamos violando a orientação fixada pela referida Súmula, porquanto não alteraríamos, exatamente, o polo passivo da execução, mas, tão somente, como bem mencionou o em. Ministro Herman Benjamin ao relatar o Recurso Especial n. 1.192.210-RJ, “(...) *a corrigir a informação relativa à condição do sujeito passivo (isto é, em estado falimentar)*”.

Note-se, nesse mesmo sentido, que, a teor dos precedentes deste Tribunal, “a decretação da falência não implica extinção da personalidade jurídica da empresa. Por meio da ação falimentar, instaura-se processo judicial de concurso de credores, no qual será realizado o ativo e liquidado o passivo, para, ao final, em sendo o caso, promover-se a dissolução da pessoa jurídica, com a extinção da respectiva personalidade. A massa falida, como se sabe, não detém personalidade jurídica, mas apenas personalidade judiciária – isto é, atributo que permite a participação nos processos instaurados pela empresa, ou contra ela, no Poder Judiciário. *Trata-se de universalidade que sucede, em todos os direitos e obrigações, a pessoa jurídica*”.

Desse modo, a regularização ora proposta não implicaria alteração do sujeito passivo da relação processual – como ocorreria, por exemplo, se estivéssemos substituindo a pessoa jurídica executada por outra. Na realidade, a hipótese mais se aproximaria da retificação da denominação do sujeito passivo apontado como executado, sendo plenamente aplicável a regra do art. 284 do CPC.

Outro não é o entendimento que se extrai do disposto no art. 51 do Código Civil (também indicado nas razões do recurso especial como violado), segundo o qual: “*Nos casos de dissolução da pessoa jurídica ou cassada a autorização para seu funcionamento, ela subsistirá para os fins de liquidação, até que esta se conclua*”.

Em outras palavras, a sentença que decreta a falência apenas estabelece o início da fase do juízo concursal, ao fim do qual, então, ocorrerá a extinção da personalidade jurídica. Não há, portanto, no caso concreto, dois ou mais entes com personalidade jurídica a concorrerem à legitimidade passiva da execução, mas estamos diante de uma pessoa jurídica em estado falimentar.

Nesse sentido, trago à colação o seguinte precedente:

Processual Civil, Civil e Tributário. Recurso especial. Execução fiscal. Falência. Indicação do devedor sem a menção "massa falida". Vício sanável. Substituição da CDA. Desnecessidade.

(...)

3. *"A pessoa jurídica já dissolvida pela decretação da falência subsiste durante seu processo de liquidação, sendo extinta, apenas, depois de promovido o cancelamento de sua inscrição perante o ofício competente. Inteligência do art. 51 do Código Civil".* (REsp n. 1.359.273-SE, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 14.5.2013)

4. *O simples fato de não ter sido incluído ao lado do nome da empresa executada o complemento "massa falida" não gera nulidade nem impõe a extinção do feito por ilegitimidade passiva ad causam. A massa falida não é pessoa diversa da empresa contra a qual foi decretada a falência. Não há que se falar em redirecionamento nem mesmo em substituição da CDA. Trata-se de mera irregularidade formal, passível de saneamento até mesmo de ofício pelo juízo da execução.*

5. No caso dos autos, a impossibilidade de extinção do feito é ainda mais patente porque a execução fiscal foi ajuizada apenas 20 dias após o decreto de falência, ou seja, é possível, e mesmo provável, que a Fazenda Pública exequente nem tivesse ciência desse fato.

6. Recurso especial provido.

(REsp n. 1.359.041-SE, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 18.6.2013, DJe 28.6.2013)

Processual Civil. Embargos de declaração no recurso especial. Acórdão embargado assentado em premissa fática evidentemente equivocada. Execução fiscal. Empresa executada. Falência decretada antes do ajuizamento da execução. Alteração do sujeito passivo. Inexistência. Mera retificação. Possibilidade. Acolhimento dos embargos.

(...)

2. No caso, esta Turma decidiu com base em premissa fática evidentemente equivocada, na medida em que entendeu que a falência da empresa executada teria sido decretada em momento anterior à inscrição em dívida ativa dos créditos objeto desta execução fiscal, quando, na realidade, é fato incontroverso nos autos a decretação da falência da executada ocorreu antes do ajuizamento da execução fiscal, porém após as inscrições em dívida ativa.

3. *Esta Turma, ao julgar o REsp n. 1.192.210-RJ (Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 4.2.2011), deixou consignado que a mera decretação da falência não implica extinção da personalidade jurídica da empresa. Por meio da ação falimentar, instaura-se processo judicial de concurso de credores, onde será realizado o ativo e liquidado o passivo, para, ao final, em sendo o caso, promover-se a dissolução da*

*pessoa jurídica, com a extinção da respectiva personalidade. A massa falida não detém personalidade jurídica, mas apenas personalidade judiciária - isto é, atributo que permite a participação nos processos instaurados pela empresa, ou contra ela, no Poder Judiciário. Trata-se de universalidade que sucede, em todos os direitos e obrigações, a pessoa jurídica. Portanto, não se trata de alteração do sujeito passivo. Na realidade, a hipótese mais se aproxima da retificação do sujeito passivo apontado como réu, requerido ou executado, de modo que é plenamente aplicável a regra do art. 284 do CPC. Em outras palavras, há simples irregularidade na petição inicial, de modo que é vedada a decretação da extinção do feito sem que a parte seja intimada para providenciar a retificação.*

4. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para dar provimento ao recurso especial.

(EDcl no REsp n. 1.359.259-SE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 2.5.2013, DJe 7.5.2013) - grifos acrescidos

Como bem ponderado pelo em. Ministro Herman Benjamin, ao relatar o Recurso Especial n. 1.192.210-RJ, “em outras palavras, há simples irregularidade na petição inicial, de modo que é vedada a decretação da extinção do feito sem que a parte seja intimada para providenciar a retificação”.

Por outro lado, para além se promover a correção da petição inicial, é, igualmente, necessário retificar-se a CDA –, o que me parece autorizado, à luz do disposto no art. 2º, § 8º, da Lei da Execução Fiscal.

Desse modo, tenho que a extinção do processo sem resolução de mérito, no caso dos autos, sem que a Fazenda Pública fosse intimada para exercer a faculdade prevista no art. 2º, § 8º, da Lei n. 6.830/1980 não só viola o disposto no art. 267, incs. IV e VI, do CPC, assim também os princípios da celeridade e economia processual.

Por fim, oportuno lembrar que, ao assim decidir, não estaríamos a romper com a orientação firmada pela Súmula n. 392 desta Corte, mas tão somente inserir o equívoco ora debatido na extensão do que podemos compreender por “erro material ou formal”, e não como “modificação do sujeito passivo da execução”, expressões essas empregadas pelo referido precedente sumular.

Ante o exposto, pedindo vênias ao em. Relator, dou provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional, para, afastada, no caso concreto, a tese de ilegitimidade passiva *ad causam*, determinar o retorno dos autos ao Juízo de origem, a fim de que, facultada à exequente a oportunidade para emendar a inicial, com base no disposto no art. 284 do CPC, dê prosseguimento ao feito como entender de direito.

É como voto.

## VOTO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Discute-se neste recurso especial se a execução fiscal promovida contra pessoa jurídica com falência já decretada, sem mencionar a sua condição de massa falida, pode ensejar a extinção do feito por ilegitimidade passiva do devedor.

Entendo que não.

A decretação da falência, não obstante dissolva a sociedade empresária (art. 1.097 c.c. o art. 1.044 do Código Civil) e promova o afastamento do empresário de suas atividades (art. 75 da Lei n. 11.101/2005), não induz a imediata extinção da pessoa jurídica devedora.

Doutrinariamente, sabe-se que a massa falida possui, apenas, personalidade judiciária, para o fim de legitimar o síndico a promover, no interesse dos credores, a administração de universo de direitos e obrigações deixadas pelo falido. Essa legitimação, no entanto, não induz a extinção da personalidade jurídica do devedor.

Com efeito, a pessoa jurídica já dissolvida pela decretação da falência subsiste durante seu processo de liquidação, sendo extinta, apenas, depois de promovido o cancelamento de sua inscrição perante o ofício competente. É o que se retira da literalidade do art. 51 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 51. Nos casos de dissolução da pessoa jurídica ou cassada a autorização para seu funcionamento, ela subsistirá para os fins de liquidação, até que esta se conclua.

§ 1º Far-se-á, no registro onde a pessoa jurídica estiver inscrita, a averbação de sua dissolução.

§ 2º As disposições para a liquidação das sociedades aplicam-se, no que couber, às demais pessoas jurídicas de direito privado.

§ 3º Encerrada a liquidação, promover-se-á o cancelamento da inscrição da pessoa jurídica.

Frise-se que a adjetivação do devedor mediante o acréscimo da expressão “falido” decorre de efeito da sentença que tem por objetivo, tão somente, dar publicidade acerca do momento da quebra (art. 99, VIII, da Lei n. 11.101/2009).

Lado outro, o fato de a exequente não indicar a aludida expressão na peça exordial não infirma a obrigações do síndico de representar judicialmente a massa falida (art. 22, III, c, da Lei n. 11.101/2009).

Não se pode confundir legitimidade *ad causam* com representação processual. Assim, proposta a demanda contra pessoa falida, seus efeitos em relação a massa somente se produzirão se praticados na pessoa de seu representante legal (síndico).

Ponderados esses elementos, concluo que o ajuizamento de execução fiscal contra a pessoa jurídica devedora sem a menção da expressão “massa falida” não importa erro quanto à identificação do sujeito passivo, mas, apenas, mero equívoco que diz respeito à sua representação processual, que, como tal, pode ser sanado durante o processamento do feito. Outrossim, a extinção da execução por essa irregularidade constitui excesso de formalismo que atenta contra o princípio da instrumentalidade das formas.

Não se trata, pois, de substituição ou emenda da Certidão de Dívida Ativa ou de redirecionamento da execução fiscal, razão por que, salvo melhor juízo, entendo que não é caso de aplicação da Súmula n. 392-STJ, segundo a qual: ‘A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução’.

Ante o exposto, *dou provimento ao recurso especial*, acompanhando a divergência inaugurada pelo eminente Ministro Og Fernandes.

É o voto.



---

**Primeira Turma**



---

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 31.798-PE  
(2010/0055268-0)**

---

Relator: Ministro Sérgio Kukina

Recorrente: Álvaro Pereira de Souza

Advogado: Emerson Davis Leônidas Gomes

Recorrido: Estado de Pernambuco

Procurador: Henrique Luiz de Lucena Moura e outro(s)

---

**EMENTA**

Administrativo. Servidor público. Processo disciplinar. Excesso de prazo para conclusão. Falta de fundamentação da instrução. Inocorrência. Ampla defesa e contraditório. Adequada observação das garantias constitucionais.

1. A prorrogação dos trabalhos da comissão processante encontrou amparo no art. 220 do Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de Pernambuco (Lei n. 6.123/1968) que, embora disponha quanto à dissolução da comissão, não impõe nulidade aos atos já praticados. Ademais, a dilação temporal que o impetrante questiona se deu em seu próprio benefício, não sendo razoável – nem moralmente lícito – que queira obter proveito, inquinando de nulidade uma decisão que buscou apenas preservar suas garantias constitucionais.

2. O recorrente não cuidou de demonstrar, como seria de rigor, algum prejuízo que a prorrogação dos trabalhos tenha causado à sua defesa. Daí incidir sobre a espécie o princípio do *pas de nullité sans grief*. Ademais, esta Corte tem reiteradamente afirmado que o excesso de prazo no processo administrativo disciplinar não é, só por si, causa de nulidade.

3. Ao contrário de outras ações, que admitem a dilação probatória, a concessão da ordem no mandado de segurança reclama prévia e inequívoca demonstração do direito que a parte diz ter.

4. No caso ora apreciado, a argumentação do impetrante não foi corroborada pelas provas documentais carreadas aos autos. Ausente,

assim, a certeza quanto aos fatos alegados nas razões recursais, não se revelou o direito líquido e certo, apto a justificar a concessão da ordem.

Recurso ordinário a que se nega provimento.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Ari Pargendler, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ari Pargendler (voto-vista), Napoleão Nunes Maia Filho e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (RISTJ, art. 162, § 2º, primeira parte).

Brasília (DF), 15 de agosto de 2013 (data do julgamento).

Ministro Sérgio Kukina, Relator

---

DJe 12.9.2013

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina: Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança, interposto por Álvaro Pereira de Souza, com fundamento no art. 105, II, **b**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça de Pernambuco, assim ementado:

Direito Processual Civil. Mandado de segurança. Lei Estadual n. 6.425/1972 (Estatuto da Polícia Civil de Pernambuco). Preliminar de decadência. Rejeitada. Preliminar de inadequação da via eleita. Não conhecida. Processo administrativo disciplinar realizado sem mácula de ilegalidade ou irregularidades. Ausência de direito líquido e certo. Denegação da segurança por unanimidade.

1. Não há que se falar em decadência do direito de impetrar Mandado de Segurança, posto que não decorrido o prazo de 120 dias entre a publicação do ato demissional e a impetração do *writ*;

2. O Processo Administrativo Disciplinar, realizado por Órgão Colegiado, observou todos os comandos legais, de forma a não haver nulidade ou

irregularidades, culminando com a penalidade de demissão prevista na Lei n. 6.425/1972. Presentes os requisitos administrativos necessários à validade do ato;

3. Ausência de direito líquido e certo;
4. À unanimidade, denegou-se a segurança.

Consta dos autos, fls. 2.579 a 2.581, que o impetrante ocupou o cargo de agente de polícia civil do Estado de Pernambuco, do qual foi demitido após processo administrativo disciplinar, com origem em representação do Ministério Público Estadual, pela prática de atos ilícitos penais e administrativos.

Consta ainda, fl. 2.581, a existência de sentença penal condenatória, que impôs ao impetrante pena de reclusão e de perda do cargo público, embora ataque, neste feito, apenas a regularidade do procedimento administrativo.

As razões recursais, que basicamente reiteram as teses da impetração, insistem na invalidade do processo disciplinar, que estaria eivado das seguintes nulidades: (i) excesso de prazo para conclusão; (ii) falta de fundamentação da ata de instrução; e, (iii) violação do direito de defesa e do princípio do contraditório.

Contrarrazões ao recurso, apresentadas pela Procuradoria Geral do Estado, às fls. 2.576 a 2.592.

O Ministério Público Federal, nos termos do parecer às fls. 2.636 a 2.644, manifesta-se pela manutenção do acórdão recorrido.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina (Relator): Conforme se colhe dos autos, o suporte fático em que se deu a impetração de origem pode ser assim delineado: o impetrante foi demitido do cargo de agente da Polícia Civil do Estado de Pernambuco após processo administrativo, instaurado pelo Corregedor-Geral da Secretaria de Defesa Social, com origem em denúncia formulada pelo Ministério Público Estadual.

Pesam contra três policiais, militares e civis, dentre os quais o ora recorrente, acusações de crimes de concussão e de abuso de autoridade, inclusive já existindo sentença penal condenatória (fl. 2.581), na qual foi-lhe imposta reclusão e, também, a perda do cargo público.

Contra os fatos que lhe são imputados não se insurge o recorrente, nem tampouco contra a sentença penal condenatória que lhe impôs as penas

de reclusão e *de perda do cargo público*. O que ataca, neste feito, é apenas a regularidade do procedimento administrativo paralelamente instaurado e que, na esfera administrativa, resultou na sua demissão.

Com esse fim, reedita agora as mesmas teses brandidas na impetração, apontando, mais uma vez, nulidades supostamente verificadas na condução do referido processo disciplinar.

Assim, a argumentação que se examina, reprodução que é da peça exordial, já foi suficientemente repelida pelo bem fundamentado acórdão recorrido, pelo que, em tese, seria bastante para mantê-lo que se reproduzissem aqui seus sustentáculos de fato e direito.

Todavia, em homenagem à ampla devolutividade que caracteriza o recurso ordinário, passa-se ao (re)exame das *três* teses da impetração que, repita-se, são as mesmas apresentadas nas razões recursais.

### **I - Do excesso de prazo.**

A primeira das supostas nulidades apontadas pelo impetrante decorrido do excesso de prazo para conclusão dos trabalhos da comissão processante que, segundo alega, foi instaurada em 26 de julho de 2006 e deveria ter sido dissolvida em 26 de novembro daquele ano, por força do disposto no art. 221 da Lei Estadual n. 6.123/1968 (fl. 2.549 a 2.551).

Não há, só por isso, nulidade.

Primeiramente, porque a prorrogação dos trabalhos da comissão, como apontou o acórdão atacado, encontra amparo no art. 220 do Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de Pernambuco (Lei n. 6.123/1968), que dispõe:

*Art. 220 - O inquérito deverá estar concluído, e decidido, no prazo de noventa dias, a contar da data da publicação do ato ou portaria de designação da comissão, prorrogável por quinze dias, em caso de força maior.*

(Redação alterada pelo art. 1º da Lei Complementar n. 47, de 23 de janeiro de 2003 - informação obtida junto ao sítio da Assembleia Legislativa do Estado de Pernambuco na *Internet*).

Depois, o artigo que o impetrante invoca para sustentar a tese de nulidade, o art. 221, tem a seguinte redação:

*Art. 221 - Se, nos prazos estabelecidos no artigo anterior, não for concluído o inquérito, considerar-se-á automaticamente dissolvida a comissão, devendo a autoridade proceder a nova designação na forma do Art. 219.*

Como se verifica, embora o regramento disponha quanto à dissolução da comissão, *não impõe nulidade aos atos já atos praticados* que, como atos administrativos que são, conservam-se sob presunção de legalidade.

Acrescente-se, ainda, que os documentos juntados à inicial contêm, à fl. 1.891, a cópia da ata da reunião, realizada em 23 de outubro de 2006, na qual a comissão processante, *cujos trabalhos já haviam superado a fase instrutória*, deliberou pela necessidade de prorrogação “a fim de atender o prazo de defesa e, em seguida, a confecção do relatório conclusivo, observado o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa”. Com efeito, decidiu-se pela prorrogação dos trabalhos até 9.12.2006 (fl. 1.921). Essa prorrogação, entretanto, foi atacada pelo servidor sindicado (fls. 2.155 a 2.158) em 4 de dezembro de 2006, quando ainda não havia apresentado a defesa administrativa (fl. 2.156) cujo prazo final se esgotava.

Logo, a dilação temporal que o impetrante questiona se deu em seu próprio benefício, não sendo razoável – nem moralmente lícito – que queira obter proveito, inquinando de nulidade uma decisão que buscou apenas preservar suas garantias constitucionais.

Não bastasse isso, o recorrente não cuidou de demonstrar, como seria de rigor, algum prejuízo que a prorrogação dos trabalhos tenha causado à sua defesa. Daí incidir sobre a espécie o princípio do *pas de nullité sans grief*.

Por fim, esta Corte tem reiteradamente afirmado que o excesso de prazo no processo administrativo disciplinar não é, só por si, causa de nulidade.

A propósito:

Mandado de segurança. Processo administrativo disciplinar. Demissão. Policial rodoviário federal do quadro de pessoal do Departamento de Polícia Rodoviária Federal do Ministério da Justiça. Exigência de dinheiro a motoristas. Descabimento do mandado de segurança para confrontar provas e efetuar dilação probatória. Prova pré-constituída não caracterizada. Portaria inaugural. Requisitos. Excesso de prazo. Absolvição no processo criminal por falta de provas.

[...]

- O excesso de prazo para o encerramento do processo administrativo disciplinar, por si, não acarreta nulidade, cabendo ao interessado comprovar prejuízo ao direito de defesa, o que não ocorreu nestes autos.

[...]

Mandado de segurança denegado.

(MS n. 16.815-DF, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Primeira Seção, DJe 18.4.2012)

Por essas razões, não há como acolher a alegação de nulidade por excesso de prazo.

**II - Da alegação de falta de fundamentação, e;**

**III - Da alegação de violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório.**

Porque, no caso, apresentam-se sujeitas aos mesmos fundamentos, passa-se ao tratamento, *em conjunto*, das duas alegações restantes.

No que tange à alegação de nulidade, diz o impetrante, *verbis*:

E, por esta falta de fundamentação, e até por fundamentação contraditória e não revelada em fatos concretos, é que se arguiu, também, a nulidade da *instrução*, por não conceder ao funcionário o direito de saber, concretamente, em que base de fatos se apoiava a acusação os frutos de seus indiciamentos, considerando-se que não se articulam em que momentos, dos depoimentos colhidos, teriam se verificado as ocorrências que lhes foram imputada, mas tão somente limitando-se a mencionar folhas dos autos, sem indicação concreta da realidade típica. (fl. 2.554, *sic*)

E, mais adiante, arremata:

Inexistindo, portanto, a demonstração, fiel e cabal, de acurado exame e estudo das provas existente nos autos, que levem a conclusão chegada aos indiciamentos, até porque não demonstrados cabalmente, também por esse prisma, deve ser declarada a nulidade do processo, pois é evidente que, sem uma acusação formal e delineada, a defesa se fez forçadamente, restando frontalmente prejudicada. (fl. 2.555).

Porém, da farta documentação que o próprio impetrante juntou aos autos é possível concluir pela improcedência do que disse.

Dentre as muitas provas documentais que infirmam as teses da impetração, colhe-se, por exemplo, parecer emitido pela Procuradoria Consultiva do Estado, manifestando-se, ainda nos autos do processo administrativo disciplinar, pela regularidade do procedimento adotado, ocasião em que registrou:

Pois bem. Compulsando-se, detidamente, todos os 11 volumes dos autos administrativos em referência, constata-se que o Processo Administrativo Disciplinar foi regularmente instaurado, nos moldes da Portaria n. 249/2006-Cor. Ger./SDS, publicada no Diário Oficial do Estado na edição n. 140, de 26 de julho

de 2007, e que tramitou com a rigorosa observância das garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, sob o palio do soberano comando do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal e de acordo com as normas infraconstitucionais aplicáveis à espécie, destacando-se que:

(a) logo no início do processo administrativo, os suso-identificados Agentes de Polícia, destinatários das acusações, foram formalmente *notificados* da instauração do processo administrativo e dos seus termos, sendo instados, desde então (ou seja, desde o início processo) a acompanharem todos os atos processuais e a tomarem ciência de todos os documentos constantes dos autos;

(b) foram carreados aos autos cópia integral dos autos de prisão em flagrante, peças do Inquérito Policial, da denúncia do Ministério Público e do processo penal a que estão respondendo os retro-aludidos Agentes de Polícia, referentemente aos fatos objeto do Processo Administrativo em análise;

(c) na instrução do feito, há, ainda, vistorias, termos de entrega, laudos periciais, conferindo, inclusive, os devidos elementos concernentes à materialidade dos delitos noticiados, além do que foram colhidos, na devida forma, depoimentos e, também, informações oficiais;

(d) os Agentes de Polícia destinatários das acusações foram instados a acompanhar todos os atos do processo, sendo notificados previamente para tal fim, e se fizeram presentes, inclusive acompanhados de advogados, que lhes patrocinaram a ampla defesa, registrando-se, ainda, a presença de representante do SINPOL (sindicato dos policiais civis do Estado de Pernambuco) em audiências;

(e) o relatório de indiciamento examinou, detalhadamente, todos os elementos de prova trazidos aos autos e, após o relatório de indiciamento, foi oportunizada aos indiciados a apresentação de defesa escrita, diante dos termos do dito relatório e da instrução processual realizada;

(f) considerando, enfim, todos os elementos de prova e alegações constantes dos autos, eis que, então, a competente Comissão, mais uma vez fazendo uma exposição detalhada dos respectivos fundamentos, exarou o relatório final, mantendo o indiciamento pronunciado;

(g) o Exmo. Sr. Corregedor Geral da Secretaria de Defesa Social, recebendo o relatório final da competente Comissão, com os autos administrativos, não se limitou a laconicamente homologá-lo, mas sim, também examinando todos os elementos de prova e alegações coligidos aos autos, exarou sua decisão, robustamente fundamentada, no sentido de homologar as conclusões da Comissão de Inquérito, homologação que, enfim, também fora pronunciada pelo Exmo. Sr. Secretário de Defesa Social.

Afigura-se, dessarte, diante do rigoroso cumprimento de todas as etapas do devido processo legal, plenamente observadas as garantias do contraditório e da ampla defesa, e, enfim, cumprido um robusto procedimento instrutório, com a coleta de elementos de prova convincentes, conclui-se que, seguindo-

se as conclusões da competente Comissão de Inquérito, consoante foram homologadas pelo Exmo. Sr. Corregedor Geral da SDS e pelo Exmo. Sr. Secretário de Defesa Social, os autos administrativos em referência devem, sem retardo, ser encaminhados a Douta Procuradoria de Apoio Jurídico-Legislativo, a fim de elaborar os atos de demissão dos indiciados Agentes de Polícia Civil *Antônio Carlos da Silva Maciel* (QAPC I, matrícula n. 160.224-1), *José Maria da Silva* (QAPC I, matrícula n. 152.468-2) e *Álvaro Pereira de Souza* (QAPC I, matrícula n. 130.374-0), para que o Excelentíssimo Senhor Governador do Estado, por seu turno, subscreva tais atos, a serem devidamente publicados no Diário Oficial do Estado.

Recomenda-se que, adotada a providência suso- aludida, a Corregedoria Geral da Secretaria de Defesa Social, recebendo os autos administrativos já com a publicação dos atos de demissão, também sem retardo, requisite do Exmo. Sr. Comandante Geral da Polícia Militar de Pernambuco informações quanto ao processo administrativo afeto ao soldado PM PE *Marconde Ferreira de Brito*, matrícula n. 9.202-8, envolvido nos mesmos fatos, adotando-se as medidas necessárias à devida conclusão do referido processo.

Vale referir, por oportuno, que, independentemente de ainda estar em tramitação a ação penal, o ato de demissão há de ser - sim - exarado, sem retardo, ante a conclusão, nos moldes retro-aludidos, do Processo Administrativo Disciplinar, não havendo falar-se em aguardar a conclusão do processo penal, porquanto, por força do princípio da independência das instâncias, não há óbice algum, *in casu*, a que se aplique a sanção administrativa decorrente do devido processo legal administrativo, como assim já se pronunciou esta Procuradoria Consultiva, nos termos do Parecer n. 220/2007 (cópia anexa), da lavra do eminente Procurador Professor Flávio Germano de Sena Teixeira e devidamente homologado pela Douta Chefia desta Procuradoria Consultiva.

Recomenda-se, enfim, que a Corregedoria Geral da Secretaria de Defesa Social, cumpridas as providências retro-indicadas, envie cópia integral dos autos administrativos ao Exmo. Sr. Representante do Ministério Público responsável pela ação penal a que respondem os indiciados acima referidos. (fls. 2.382 a 2.385).

O teor desse documento – é de se registrar – rebate, também, as alegações de cerceamento de defesa e de violação do princípio do contraditório imputadas à comissão processante.

Pois bem, ao contrário de outras ações, que admitem a dilação probatória, a concessão da ordem no mandado de segurança reclama prévia e inequívoca demonstração do direito que a parte diz ter.

Nesse sentido:

Agravo regimental. Recurso ordinário em mandado de segurança. Administrativo. Servidor público estadual Sergipe. Direito a percepção e

incorporação de gratificação. Inexistência de direito líquido e certo. Ausência de prova pré-constituída e de argumentos relevantes. Decisão mantida por seus próprios fundamentos. Agravo regimental não provido.

[...]

5. Com efeito, ante a falta de demonstração de direito líquido e certo a tutelar a pretensão exposta no *mandamus*, deve ser obstada a presente irresignação, porquanto a via do mandado de segurança não admite dilação probatória, tendo em vista que não comporta fase instrutória, sendo necessária a juntada de prova pré-constituída apta a demonstrar, de plano, o direito alegado.

6. Agravo regimental não provido.

(*AgRg no RMS n. 38.448-SE*, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 6.11.2012)

No caso ora apreciado – e ainda que a tomasse por verossímil – a argumentação do impetrante não foi corroborada pelas provas documentais carreadas aos autos.

Ausente, portanto, a certeza quanto aos fatos alegados nas razões recursais, não se revelou o direito líquido e certo, apto a justificar a concessão da ordem.

Impõe-se, por isso, a denegação da segurança, tal como feita pelo acórdão recorrido, razão pela qual deve ser mantido, *negando-se provimento* ao presente recurso ordinário.

É como voto.

## VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Ari Pargendler: A espécie reprisa situação típica, em que alguém - detido - acusa policial pela prática de maus tratos (e-stj, fl. 400) e de extorsão (e-stj, fl. 700), enquanto este se diz vítima da acusação irresponsável de um delinquente já apenado criminalmente (e-stj, fl. 2.346). Ambas as versões são possíveis, tanto que se repetem no cotidiano, mas a veracidade de uma e de outra não estão em causa nesta via. O presente mandado de segurança, articulado em boa técnica, situa as questões deduzidas no âmbito formal do processo disciplinar que resultou na demissão do impetrante (e-stj, fl. 32), forte em que seria nulo (a) porque a comissão processante excedeu o prazo legal para ultimá-lo (e-stj, fl. 09-10), (b) porque deixou de indicar os fatos relacionados

às condutas punidas (e-stj, fl. 11-14) e (c) porque não observou o princípio que assegura a ampla defesa do indiciado (e-stj, fl. 15-24).

O excesso de prazo na conclusão do processo disciplinar não inibe a Administração Pública de punir infrações cometidas pelo servidor. O indeferimento da oitiva de testemunhas ou o fato de que deixaram de ser ouvidas, em razão da ausência do procurador do indiciado, aquelas que compareceram não abalam a conclusão do Tribunal *a quo* de que a defesa foi exercida com a maior amplitude; essas circunstâncias só constituiriam causa de anulação do processo disciplinar se fosse evidenciado que são testemunhas presenciais, e que nessas condições o depoimento delas teria força para alterar o respectivo desfecho. Finalmente, o que foi reconhecido pela comissão processante tem tudo a ver com a pena de demissão, *in verbis*:

“Restou provado dentro dos autos que os imputados supranominados no dia 29.5.2006, utilizando a viatura Gol branco de ‘placas frias’ KLB-1358-PE, abordaram o senhor José Rubens Aparecido de Siqueira, que naquele momento estava dirigindo o seu veículo Fiat Siena, de placa KKT-3027-PE, prenderam-no ilegalmente, apreenderam o seu veículo e uma certa quantidade de jóias avaliadas em torno de R\$ 75.000,00, levaram-no para a DPRR, colocaram-no numa cela, espancaram-no, lesões constatadas em laudo pericial, exigiram a quantia de quinze mil reais para soltá-lo e não dar andamento aos procedimentos legais, foram até a CEF-Cais do Apolo, para que José Rubens sacasse o dinheiro e o entregasse para SD Marconde que o repassaria para os imputados que estavam de frente daquela agência, fato que causou a prisão em flagrante do SD Marconde por oficiais desta Corregedoria e a fuga dos imputados daquele local da ocorrência. No percurso compreendido entre a DPRR até a Agência da CEF-Cais do Apolo, o imputado Alvaro foi pilotando o veículo Fiat Siena na companhia de José Rubens e do SD Marconde, escoltada pela viatura Gol branco dirigido por José Maria em companhia do outro imputado Maciel. O veículo Fiat Siena de José Rubens, após o ocorrido de frente a Caixa Econômica Federal do Cais do Apolo, nesta cidade, teve de ser rebocado da frente daquela agência bancária, em face de sua chave ter ficado em poder do imputado Alvaro. Fizeram uso indevido da viatura destinada à DPRR no horário do expediente com ‘placas frias’, causando transtorno à Administração Pública e denegrindo a imagem da Instituição Polícia Civil, em face, inclusive, da divulgação dos fatos em diversas oportunidades pela imprensa” (e-stj, fl. 2.216).

Voto, por isso, no sentido de negar provimento ao recurso ordinário.

---

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 32.322-SC  
(2010/0105547-4)**

---

Relator: Ministro Sérgio Kukina

Recorrente: Holdarina Antunes de Menezes

Advogado: Airton Cezar de Menezes e outro(s)

Recorrido: Estado de Santa Catarina

Procurador: Francisco Guilherme Laske e outro(s)

---

**EMENTA**

Recurso ordinário em mandado de segurança. Servidor estadual. Médico. Vencimento. Jornada. Direito não existente. Acórdão recorrido mantido. Recurso não provido.

1. Existindo fiel correspondência entre a remuneração prevista no edital do concurso, aquela prevista em lei e a efetivamente recebida pela recorrente, nada mais lhe é devido.

2. Apenas ao médico com regime de trabalho de quarenta horas – que não é o caso da recorrente – é devida a remuneração em dobro. Assim, a norma invocada pela impetrante, o art. 22, § 2º, da LC Estadual n. 323/2006, não apenas infirma o direito que disse ter, mas – e principalmente – impõe a imediata rejeição de sua pretensão, tal como o fez o Tribunal de origem, nos termos do acórdão recorrido.

3. Ainda que assim não fosse, e mesmo que o edital indicasse valores acima dos previstos em lei, não poderia a norma editalícia prevalecer sobre as disposições legais, como quer a recorrente. É que o edital, como ato administrativo normativo que é, deve se sujeitar ao ordenamento jurídico, de onde tira a sua validade. Se a disposição constante do instrumento convocatório contraria a lei, padece de vício de objeto e, portanto, é nula. Em outras palavras, não é lei que se curva ao ato administrativo, mas este é que se submete àquela. Inteligência do art. 2º, parágrafo único, alínea c da Lei n. 4.717/1965.

4. Recurso ordinário a que se nega provimento.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho (Presidente) e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ari Pargendler.

Brasília (DF), 13 de agosto de 2013 (data do julgamento).

Ministro Sérgio Kukina, Relator

---

DJe 19.8.2013

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina: Cuida-se, na origem, de mandado de segurança impetrado por Holdarina Antunes de Menezes, servidora estadual, apontando como autoridade coatora o Secretário de Saúde do Estado de Santa Catarina.

Diz que ingressou no serviço público estadual mediante concurso para ocupar o cargo de médica e que não está recebendo o vencimento básico que lhe seria devido, conforme fora estipulado no edital do respectivo certame.

A pretensão foi parcialmente acolhida, por maioria de votos, pelo Grupo de Câmaras de Direito Público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, nos termos do acórdão assim ementado:

Administrativo. Servidor público. Concurso. Edital que fixa valor de vencimentos e auxílio-alimentação. Jornada de vinte horas semanais. Vinculação dos candidatos e da Administração. Concessão parcial da segurança. Agravo regimental prejudicado. (fl. 227).

A segurança foi concedida apenas para retificar os valores pagos a título de auxílio-alimentação. Os Desembargadores vencidos votaram pela denegação da ordem.

A decisão foi embargada de declaração, mas os embargos foram rejeitados (fls. 278 a 285).

A recorrente, reeditando as teses da impetração, insiste no que acredita ser seu direito líquido e certo de ter dobrada a sua remuneração para equipará-la ao valor correspondente à carga de quarenta horas semanais, embora deva permanecer cumprindo apenas o equivalente a vinte horas.

O Estado de Santa Catarina apresentou contrarrazões ao recurso (fls. 330 a 341), nas quais defendeu a manutenção do acórdão recorrido, sustentando, em síntese, que “o valor recebido pela apelante é o que fixou a lei de regência para o Médico, com jornada de trabalho correspondente a 20 horas semanais. Inexiste lei atribuindo à recorrente o direito de receber o dobro do que está atualmente recebendo” e “em nenhum momento trouxe a recorrente a Lei que fixou a sua remuneração nos valores que pretende receber” (fls. 340 e 341).

O Ministério Público Federal, pelo parecer de fls. 353 a 358, manifesta-se pelo não provimento do recurso ordinário.

É o relatório.

#### VOTO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina (Relator): Em que pese a argumentação da recorrente, o acórdão recorrido não merece reparos.

Conforme apontou o Tribunal de origem, “a jornada de trabalho foi fixada em 20 horas semanais e o vencimento mensal em R\$ 770,81 (R\$ 638,81 a título de vencimentos e R\$ 132,00 de auxílio-alimentação) conforme Nível ONS 13, Referência A da tabela de unidade de vencimento dos cargos de provimento efetivo’ da Lei Complementar Estadual n. 81/1993” (fl. 229) e, adiante, acrescenta: “em momento posterior ao Edital, adveio a Lei Complementar Estadual n. 323/2006 que alterou a Lei Complementar Estadual n. 81/1993 e estabeleceu que os vencimentos do Nível ONS 13, referência A, passariam a ser de R\$ 1.200,00” (fl. 230).

Com efeito, são esses os valores fixados na cópia do instrumento convocatório (fl. 49) e nos contracheques (fls. 73 e seguintes) que a própria impetrante juntou à inicial. Portanto, existindo fiel correspondência entre a remuneração prevista no edital do concurso, aquela prevista em lei e a efetivamente recebida pela recorrente, nada mais lhe é devido.

Ademais, a norma local que invocou para abrigar sua pretensão, o art. 22, § 2º, da LC Estadual 323/2006 (fl. 11), norma hoje revogada, dispunha, *in verbis*:

Art. 22. A jornada de trabalho dos servidores da Secretaria de Estado da Saúde é de 30 (trinta) horas semanais, devendo ser cumprida em regime de 6 (seis) horas diárias ou em escalas ou turnos ininterruptos, de acordo com a necessidade de serviço, a ser determinada pela administração de cada unidade:

I - em escala de 6 (seis) horas diárias;

II - em escala contínua de 12 (doze) horas; e

III - em escala mista de 6 (seis) horas diárias e/ou escala de 12 (doze) horas diárias, de forma intercalada.

[...]

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica à competência de Médico, com regime de trabalho de 40 (quarenta) horas semanais, que perceberem 02 (dois) vencimentos de profissionais médicos de 20 (vinte) horas semanais, os quais serão extintos ao vagarem. (fl. 231).

Ora, apenas ao médico com regime de trabalho de quarenta horas – que não é o caso da recorrente – é devida a remuneração em dobro. Assim, a norma invocada pela impetrante, o referido art. 22, § 2º, da LC Estadual n. 323/2006, não apenas infirma o direito que disse ter, mas – e principalmente – impõe a imediata rejeição de sua pretensão, tal como o fez o Tribunal de origem, nos termos do acórdão recorrido.

Ainda que assim não fosse, e mesmo que o edital indicasse valores acima dos previstos em lei, não poderia a norma editalícia prevalecer sobre as disposições legais, como quer a recorrente.

É que o edital, como ato administrativo normativo que é, deve se sujeitar ao ordenamento jurídico, de onde tira a sua validade. Se a disposição constante do instrumento convocatório contraria a lei, padece de vício de objeto e, portanto, é nula. Em outras palavras, não é a lei que se curva ao ato administrativo, mas este é que se submete àquela.

É o que se extrai do art. 2º, parágrafo único, alínea c da Lei n. 4.717/1965, *verbis*:

“Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

(...) incompetência;

c) ilegalidade do objeto;

(...)

*Parágrafo único.* Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

(...)

c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;

Por fim, registro não existir diferença substancial entre a hipótese ora examinada e aquela recentemente julgada pela E. Segunda Turma desta Corte, cujo acórdão recebeu a seguinte ementa:

Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Servidor público aprovado para o cargo de médico. Vencimento e jornada de trabalho. Ausência de direito líquido e certo.

1. Trata-se na origem de mandado de segurança contra ato do Secretário de Estado da Saúde de Santa Catarina e do Diretor de Recursos Humanos desta Secretaria, almejando a concessão de ordem liminar que garanta a imediata majoração do seu vencimento básico, seus devidos reflexos e o auxílio alimentação, conforme previsto no edital e nas Leis Complementares n. 81/1993 e 323/2006, além da cominação de multa diária a ser convertida em seu benefício, em caso de descumprimento da ordem.

2. A parte recorrente-impetrante sustenta ser servidora pública, médica especialista em Psiquiatria, com carga horária de vinte horas semanais, recebendo vencimento básico de R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais), que corresponde a remuneração dos demais servidores de outros cargos públicos com carga horária de quarenta horas semanais. Irresignada com a decisão que concedeu apenas parcialmente a segurança pleiteada, requer o reconhecimento de que seu vencimento corresponde ao patamar de quarenta horas semanais, no valor de R\$ 2.400,00 (dois mil e quatrocentos reais).

3. Conforme consta dos autos, o edital no qual se baseou a contratação do recorrente previu o vencimento básico no valor de R\$ 770,81 (vencimento + auxílio-alimentação) para diversos tipos de cargos públicos da Secretaria de Saúde do Estado (fl. 45). No entanto, enquanto a maioria dos servidores possuía carga horária de 40 horas semanais, o cargo de médico possuía jornada de trabalho de 20 horas semanais - percebendo o mesmo vencimento dos demais (fl. 46).

4. Posteriormente, a Lei Complementar Estadual n. 323/2006 alterou a remuneração dos servidores civis, incluindo o cargo de médico, para R\$ 1.200,00.

5. Além disso, a LC n. 323/2006 estabeleceu que a jornada de trabalho dos servidores da Secretaria de Estado da Saúde seria de 30 (trinta) horas semanais, com exceção dos médicos, que possuiriam o regime de trabalho de 20 ou 40 horas semanais, sendo que, para os médicos com dupla jornada (40 horas), a lei previu o recebimento de dois vencimentos.

6. Dessa forma, a jornada de 20 horas semanais do servidor público médico equipara-se à jornada de 40 horas semanais dos outros profissionais. E, em

conseqüência disso, se servidores de outros cargos recebem R\$ 1.200,00 numa jornada de 40 horas, o médico recebe o mesmo vencimento numa jornada de 20 horas semanais.

7. Ausente o direito líquido e certo alegado pelo recorrente, pois equivocada a afirmação de que, tendo sido contratado para receber o vencimento equivalente ao cargo de quarenta horas, deveria receber R\$ 2.400,00 (ou seja, dois vencimentos do cargo de 20 horas).

8. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido.

(RMS n. 31.864-SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 2.2.2012)

Com essas considerações, impõe-se *negar provimento* ao presente recurso ordinário. Custas *ex lege*.

É como voto.

---

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 44.619-SC  
(2013/0411658-0)**

---

Relator: Ministro Benedito Gonçalves

Recorrente: José Ricardo da Silva Pacheco

Advogados: Tiago de Salles Oliveira

Rafael Dutra de Carvalho

Recorrido: Estado de Santa Catarina

Procurador: Kátia Simone Antunes Laske e outro(s)

---

**EMENTA**

Processual Civil e Administrativo. Recurso em mandado de segurança. Servidor público. Processo administrativo disciplinar. Pena de demissão. Inassiduidade permanente. Prazo prescricional. Termo *a quo*. Cessaçãõ da permanência.

1. O Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado de Santa Catarina (Lei n. 6.745/1985) enquadrõ, expressamente, a infraçãõ

disciplinar perpetrada pelo recorrente como de caráter permanente e estabeleceu que o prazo prescricional da ação disciplinar em se tratando de ilícitos permanentes punidos com demissão é de 5 (cinco) anos, tendo como termo *a quo* o dia em que cessar a permanência.

2. No caso concreto, a inassiduidade do recorrente iniciou-se com o fim do período de licença para tratar de interesses particulares que lhe fora concedido pela Administração (19.12.2000) e permaneceu até o seu efetivo retorno ao trabalho em 20.6.2007, sendo este o marco inicial da contagem do prazo prescricional. Não há falar, portanto, em prescrição do Processo Administrativo Disciplinar, haja vista que a Portaria que determinou a sua instauração foi publicada em 31.12.2007, antes do decurso do prazo prescricional, devendo, por conseguinte, ser mantida a sanção aplicada.

3. Recurso ordinário não provido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Ari Pargendler e Napoleão Nunes Maia Filho (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima.

Brasília (DF), 27 de março de 2014 (data do julgamento).

Ministro Benedito Gonçalves, Relator

---

DJe 7.4.2014

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Trata-se de recurso em mandado de segurança interposto por José Ricardo da Silva Pacheco contra acórdão oriundo do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, cuja ementa está consignada nos seguintes termos (fl. 489):

Mandado de segurança. Servidor público. Processo administrativo disciplinar. Licença sem remuneração concedida por prazo pré-determinado. Reapresentação do servidor mais de seis anos depois de encerrada a licença usufruída. Inassiduidade permanente. Aplicação do art. 137 da Lei n. 6.745/1985 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado). Contagem do prazo prescricional a contar do término da “permanência” infracional. Aplicação do art. 150, § 1º, **b**, da Lei n. 6.745/1985. Prescrição não-caracterizada. Ordem denegada.

O Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado (Lei n. 6.745/1985) contém previsão específica para o termo *a quo* da prescrição, em caso de infração disciplinar de caráter permanente, como o é a inassiduidade, iniciando tal prazo apenas no dia em que “cessar a permanência” (art. 150, inc. II, § 1º, alínea **b**), o que, em relação à moldura fática destes autos, descaracteriza a prescrição.

Nas razões recursais defende-se que é flagrante a incidência da prescrição da ação disciplinar, eis que o direito abstrato de punir da Administração convalesceu em concreto, pois o *ius puniendi* só poderia ter sido exercido dentro do prazo prescrito em lei, qual seja, até 5 anos depois do 31º dia de faltas injustificadas ao serviço por parte do recorrente, dia em que o ilícito se tornou conhecido da autoridade competente.

Contrarrazões às fls. 542-547.

Parecer do Ministério Público Federal pelo não provimento do recurso às fls. 565-566.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves (Relator): Cuida-se, na origem, de mandado de segurança com pedido de liminar impetrado contra ato do Governador do Estado de Santa Catarina que demitiu o recorrente por inassiduidade permanente.

No caso, o recorrente alega que obteve, em 19.12.1994, licença sem remuneração (período de seis anos) para tratar de assuntos particulares, afastando-se legalmente do seu cargo. Em 19.12.2000 expirou o prazo da licença pleiteada, sem, no entanto, ter recebido qualquer tipo de notificação comunicando o término do período da licença, de modo que em 20.6.2007 apresentou-se e requereu formalmente sua reintegração ao serviço público. Somente após ter demonstrado seu ânimo de voltar ao cargo, depois de

decorridos mais de 6 (seis) anos do fim do período da licença (sem remuneração) concedida, a Administração, em 31.12.2007, instaurou Processo Administrativo Disciplinar que resultou na aplicação da pena de demissão por inassiduidade permanente. Sustenta que, como a licença que lhe foi concedida findou-se em 19.12.2000, a contagem do prazo prescricional iniciou-se no dia 19.1.2001 e encerrou-se em 19.1.2006.

O cerne da controvérsia reside, então, em saber se, na situação em comento, ocorrera ou não a prescrição do Processo Administrativo Disciplinar.

De início, observa-se que o ato impugnado encontra amparo nas disposições da Lei Estadual n. 6.745/1985 - Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado de Santa Catarina.

Com efeito, os arts. 37 e 150 da citada Lei assim estabelecem:

*Art. 137 - São infrações disciplinares, entre outras definidas nesta Lei:*

[...]

*II - puníveis com demissão simples:*

[...]

*2 - inassiduidade permanente;*

*3 - inassiduidade intermitente;*

[...]

*Parágrafo único - Considera-se inassiduidade permanente a ausência ao serviço, sem justa causa, por mais de 30 (trinta) dias consecutivos; e inassiduidade intermitente, a ausência ao serviço sem justa causa, por 60 (sessenta) dias, intercaladamente, num período de 12 (doze) meses.*

[...]

*Art. 150 - Prescreve a ação disciplinar:*

*I - em 02 (dois) anos, quanto aos fatos punidos com repreensão, suspensão, ou destituição de encargo de confiança;*

*II - em 05 (cinco) anos, quanto aos fatos punidos com a pena de demissão, de cassação de aposentadoria ou de cassação de disponibilidade, ressalvada a hipótese do art. 152, deste Estatuto.*

*§ 1º - O prazo de prescrição começa a correr:*

*a) do dia em que o ilícito se tornou conhecido de autoridade competente para agir;*

*b) nos ilícitos permanentes ou continuados, do dia em que cessar a permanência ou a continuação.*

Da leitura dos dispositivos acima transcritos, infere-se que a legislação estadual, de forma expressa, enquadrou a infração disciplinar perpetrada pelo recorrente como de caráter permanente e estabeleceu que o prazo prescricional da ação disciplinar em se tratando de ilícitos permanentes punidos com demissão é de 5 (cinco) anos, tendo como termo *a quo* o dia em que cessar a permanência.

Assim, como o período de licença para tratamento de interesses particulares concedido pela Administração ao recorrente findou em 19.12.2000, a apontada permanência somente cessou com o seu retorno ao trabalho em 20.6.2007, sendo este o marco inicial da contagem do prazo prescricional.

Não há falar, portanto, em prescrição do Processo Administrativo Disciplinar, haja vista que a Portaria n. 749-PMSC, que determinou a sua instauração, foi publicada em 31.12.2007, antes do decurso do prazo prescricional, devendo, por conseguinte, ser mantida a sanção aplicada.

Isso posto, *nego provimento* ao recurso ordinário.

É como voto.

---

#### **RECURSO ESPECIAL N. 1.174.811-SP (2010/0005931-0)**

---

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima

Recorrente: Goodyear do Brasil Produtos de Borracha Ltda

Advogado: Marcelo Salles Annunziata e outro(s)

Recorrido: Fazenda Nacional

Procurador: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

---

#### **EMENTA**

Tributário. Recurso especial. Imposto de importação. Concessão de “ex tarifário”. Mercadoria sem similar nacional. Pedido de redução de alíquota. Reconhecimento posterior do benefício fiscal. Mora da Administração. Princípio da razoabilidade. Aplicação. Recurso especial conhecido e provido. Sentença restabelecida.

1. A concessão do benefício fiscal denominado “ex tarifário” consiste na isenção ou redução de alíquota do imposto de importação, a critério da administração fazendária, para o produto desprovido de similar nacional, sob a condição de comprovação dos requisitos pertinentes.

2. “O princípio da razoabilidade é uma norma a ser empregada pelo Poder Judiciário, a fim de permitir uma maior valoração dos atos expedidos pelo Poder Público, analisando-se a compatibilidade com o sistema de valores da Constituição e do ordenamento jurídico, sempre se pautando pela noção de Direito justo, ou justiça” (Fábio Pallaretti Calcini, *O princípio da razoabilidade: um limite à discricionariedade administrativa*. Campinas: Millennium Editora, 2003).

3. A injustificada demora da Administração na análise do pedido de concessão de “ex tarifário”, somente concluída mediante expedição da portaria correspondente logo após a internação do bem, não pode prejudicar o contribuinte que atuou com prudente antecedência, devendo ser assegurada, em consequência, a redução de alíquota do imposto de importação, nos termos da legislação de regência.

4. A concessão do “ex tarifário” equivale à uma espécie de isenção parcial. Em consequência, sobressai o caráter declaratório do pronunciamento da Administração. Com efeito, se o produto importado não contava com similar nacional desde a época do requerimento do contribuinte, que cumpriu os requisitos legais para a concessão do benefício fiscal, conforme preconiza o art. 179, *caput*, do CTN, deve-lhe ser assegurada a redução do imposto de importação, mormente quando a internação do produto estrangeiro ocorre antes da superveniência do ato formal de reconhecimento por demora decorrente de questões meramente burocráticas.

5. Recurso especial conhecido e provido. Sentença restabelecida.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho

(Presidente), Benedito Gonçalves e Sérgio Kukina votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Ari Pargendler.

Assistiu ao julgamento o Dr. Luis Augusto da Silva Gomes, pela parte recorrente: Goodyear do Brasil Produtos de Borracha Ltda.

Brasília (DF), 18 de fevereiro de 2014 (data do julgamento).

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

---

DJe 28.2.2014

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se de recurso especial interposto por *Goodyear do Brasil Produtos de Borracha Ltda* em desfavor da *Fazenda Nacional*, com fundamento no art. 105, inciso III, letras **a** e **c**, da Constituição Federal, em que se insurge contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região assim ementado (fl. 416e):

Tributário. Imposto de importação. Mercadoria abandonada. Início do despacho aduaneiro antes da pena de perdimento. Possibilidade. Aplicação do § único do artigo 18 da Lei n. 9.779/1999. Portaria Camex posterior ao fato gerador. Irretroatividade.

1. De acordo com as normas legais vigentes, a mercadoria importada que permanece noventa dias após a descarga sem início do procedimento de despacho aduaneiro, gera dano ao erário, punido com a perda de perdimento. Contudo, o importador pode, nessa hipótese, antes de aplicada a pena, iniciar o procedimento de despacho mediante o cumprimento das formalidades legais e o pagamento dos tributos incidentes na importação, além dos juros, multas e demais despesas. A lei, porém, considera ocorrido o fato gerador e devidos os tributos nada data do vencimento do prazo de permanência da mercadoria no recinto alfandegado (art. 18, parágrafo único da Lei n. 9.779/1999).

2. Na hipótese, havia lei expressa, válida e eficaz para o caso, ou seja, a impetrante importou mercadoria, não procedeu ao seu desembaraço e, antes de ser-lhe decretado o perdimento, pretendeu iniciar o despacho aduaneiro, inserindo-se na hipótese do parágrafo único do artigo 18 da Lei n. 9.779/1999.

3. A demora na apreciação do pedido de “ex-tarifário” e a inércia administrativa quanto ao pedido de prorrogação do prazo de permanência da mercadoria, não suspendem ou interrompem o prazo para o desembaraço aduaneiro.

4. A concessão do benefício pela Portaria Camex n. 8/2005 não tem efeitos retroativos para abarcar fatos geradores anteriores e que se submetiam a regra própria e expressa.

5. Não há que se falar na aplicação dos artigos 72 e 73 do Decreto n. 4.543/2002 (Regulamento Aduaneiro), que é regra geral para as importações regulares. No caso, não houve o desembaraço, a mercadoria se sujeitava à pena de perdimento, e foi iniciado o despacho nos termos do artigo 18 da Lei n. 9.779/1999. Afastar a sua aplicação seria criar regra de exceção que não encontra amparo legal, implicando em tratamento tributário diferenciado que viola os princípios da legalidade e da isonomia.

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (fls. 441-447e).

A recorrente alega que a rejeição dos embargos de declaração deu-se mediante ofensa ao disposto no art. 535, inciso II, do CPC e divergência em relação à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, porquanto não teriam sido sanadas omissões relevantes para o julgamento da causa, concernente à aplicação do disposto no art. 12 do Decreto-Lei n. 2.472/1988, de forma, ainda, a satisfazer o requisito do prequestionamento.

Narra que protocolou, em 23.6.2004, pedido de concessão de “ex tarifário”, para o equipamento denominado “Sistema Integrado de Alta Produção de Lâminas” para fabricação de pneumáticos radiais, a fim de obter redução da alíquota do imposto de importação de 14% (catorze por cento) para 2% (dois por cento), ao argumento de que o bem não teria similar nacional. Importou o produto em 18.12.2004, o qual permaneceu no recinto alfandegado pelo prazo de 90 (noventa) dias, até 18.3.2005. Em 30.3.2005, quando já superado o prazo, foi editado ato reconhecendo a concessão do benefício para o equipamento, de modo que a autoridade impetrada exige a alíquota sem a redução obtida.

Sustenta que a denegação da segurança pelo Tribunal de origem, que reformou a sentença que havia concedido a ordem, contrariou o disposto nos arts. 1º do Decreto-Lei n. 37/1966 e 72 e 73 do Decreto n. 4.543/2002 (Regulamento Aduaneiro), ao argumento de que a regra é a incidência dos tributos em vigor na data do registro da Declaração de Importação. Defende que não deve ser literal a interpretação do art. 18 da Lei n. 9.779/1999, o qual, antes da aplicação da pena de perdimento, concede o prazo de até 90 (noventa) dias para permanência da mercadoria importada no recinto alfandegado.

Defende, ainda, haver negativa de vigência ao disposto nos arts. 12 do Decreto-Lei n. 2.472/1988 e 116 e 117 do CTN, alegando que o registro da

Declaração de Importação - DI, que caracteriza o início do despacho aduaneiro, “estava a depender de expedição de ato administrativo do órgão competente para autorizar o tratamento tributário para o equipamento da espécie, de interesse para a economia do País, em consonância com a política aduaneira e de comércio exterior” (fl. 467e).

Segue afirmando que o fato gerador do tributo ficou na dependência da concessão do “ex tarifário”, “havendo, assim, condição suspensiva a determinar a ocorrência do fato tributável somente a partir do momento em que publicada a Resolução CAMEX n. 8/2005” (fl. 469e).

Argumenta, por fim, haver divergência em relação ao acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, nos autos do Apelação Cível n. 2003.04.01.014432-9, que se apresentaria totalmente contrário e divergente do acórdão recorrido.

Requer a anulação do acórdão recorrido, ou sua reforma, a fim de que seja julgado procedente o pedido formulado na inicial.

A Fazenda Nacional, embora intimada, não apresentou contrarrazões (fl. 526e).

O recurso especial não foi admitido e subiu por força de decisão proferida pela eminente Ministra *Denise Arruda* nos autos do Ag n. 1.105.742-SP (fls. 559-561e).

O Ministério Público Federal, pelo Subprocurador-Geral da República *Washington Bolívar Júnior*, opina pelo não provimento do recurso (fls. 580-584e).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator): Inicialmente, tendo o Tribunal de origem se pronunciado de forma clara e precisa sobre as questões postas nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão, não há falar em afronta ao art. 535 do CPC, não se devendo confundir “fundamentação sucinta com ausência de fundamentação (REsp n. 763.983-RJ, Rel. Min. *Nancy Andrigbi*, Terceira Turma, DJ 28.11.2005).

A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça já decidiu que a particularidade de cada caso afasta, em regra, a possibilidade de configuração da similitude fática para demonstração de divergência interpretativa no tocante ao disposto no art. 535 do CPC. Nesse sentido, refiro-me ao seguinte julgado:

Processual Civil. Embargos de divergência. Agravo regimental. Paradigmas originários de Turma da mesma Seção e de Seção diversa. Cisão do julgamento dos embargos de divergência com primazia da Corte Especial. Art. 266 (segunda parte) do RISTJ. Hipótese de uma mesma questão. Competência do órgão superior. Ofensa ao art. 535 do CPC no contexto de admissibilidade do recurso especial. Inviabilidade. Inexistência de similitude fático-jurídica entre os arestos confrontados.

1. Mantém-se na íntegra a decisão recorrida cujos fundamentos não foram infirmados.

2. Quando suscitada a divergência entre paradigmas de Turmas da mesma Seção e de Seção diversa daquela de que provém o aresto embargado, ocorre a cisão do julgamento com primazia da Corte Especial (art. 266, segunda parte, do RISTJ). Todavia, em se tratando de uma mesma questão, ainda que tenha sido indicado paradigma de Turma da mesma Seção, além daqueles oriundos de Turmas de Seções diversas, a competência para o julgamento será do colegiado mais amplo.

3. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que, em sede de embargos de divergência, a apreciação de dissenso quanto ao art. 535 do CPC requer que as questões tratadas nos arestos confrontados sejam as mesmas, visto que as particularidades de cada caso afastam a existência de dissídio.

4. Em embargos de divergência, é vedada a alteração das premissas que levaram a decisão embargada a concluir pela inexistência de ofensa ao art. 535 do CPC.

5. Não se caracteriza o dissenso interpretativo ante a dessemelhança entre os arestos em confronto.

6. Agravo regimental desprovido. (EAg n. 901.062-SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Corte Especial, DJe 26.9.2011)

Desse modo, rejeito o pedido de nulidade do acórdão recorrido por ofensa ao disposto no art. 535, inciso II, do CPC.

Narram os autos que a recorrente protocolou, em 16.6.2004, na Secretaria de Desenvolvimento da Produção, do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, pedido de concessão de “ex tarifário” para o equipamento denominado “Sistema Integrado de Alta Produção de Lâminas” (fl. 110e) para fabricação de pneumáticos radiais, visando obter redução da alíquota do imposto de importação de 14% (catorze por cento) para 2% (dois por cento), à asserção de que o bem não teria similar nacional.

É oportuno registrar que a concessão do benefício fiscal denominado “ex tarifário” consiste na isenção ou redução de alíquota do imposto de importação,

a critério da administração fazendária, para o produto desprovido de similar nacional, sob a condição de comprovação dos requisitos pertinentes.

Em 8.10.2004, a recorrente recebeu atestado de inexistência de similar nacional, conferido pela Associação Brasileira de Indústria de Máquinas e Equipamentos - ABMAQ e pelo Sindicato Nacional da Indústria de Máquinas - SINDMAQ, instruiu o pedido com referido atestado e procedeu à compra do bem em referência em dezembro daquele ano.

O produto importado, conforme consta da sentença, composto por diversos componentes, custou o equivalente a US\$ 13.976.233,00 (treze milhões, novecentos e setenta e seis mil, duzentos e trinta e três dólares americanos) (fl. 111e).

A mercadoria atracou no Porto de Santos em 18.12.2004 e permaneceu no recinto alfandegado pelo prazo máximo de 90 (noventa) dias, antes que fosse aplicada a pena de perdimento, conforme a Lei n. 9.779/1999 e o Decreto-Lei n. 1.455/1976, *verbis*:

Dispõe a Lei n. 9.779/1999:

Art. 18. O importador, antes de aplicada a pena de perdimento da mercadoria na hipótese a que se refere o inciso II do art. 23 do Decreto-Lei n. 1.455, de 7 de abril de 1976, poderá iniciar o respectivo despacho aduaneiro, mediante o cumprimento das formalidades exigidas e o pagamento dos tributos incidentes na importação, acrescidos dos juros e da multa de que trata o art. 61 da Lei n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e das despesas decorrentes da permanência da mercadoria em recente alfandegado.

Parágrafo único. Para efeito do disposto neste artigo, *considera-se ocorrido o fato gerador, e devidos os tributos incidentes na importação, na data do vencimento do prazo de permanência da mercadoria no recinto alfandegado* (grifos nossos).

Preconiza, por sua vez, o Decreto-Lei n. 1.455/1976:

Art. 23 Consideram-se dano ao erário as infrações relativas às mercadorias:

(...)

II – importadas e que forem consideradas abandonadas pelo decurso do prazo de permanência em recinto alfandegados nas seguintes condições:

a) 90 (noventa) dias após a descarga, sem que tenha sido iniciado o seu despacho;

(...)

§ 1º O dano ao erário decorrente das infrações previstas no *caput* deste artigo será punido com a pena de perdimento das mercadorias.

Antes do transcurso do prazo de 90 (noventa) dias, que se daria em 18.3.2005, a recorrente solicitou, em 7.3.2005, prazo adicional de permanência da mercadoria, de modo a evitar a caracterização do abandono. No entanto, além de ter obtido resposta da autoridade tributária, foi expedida em seguida, em 28.3.2005, a denominada “Ficha de Mercadoria Abandonada”, para fins do disposto no parágrafo único do art. 18 da Lei n. 9.779/1999, quer dizer, com a finalidade de caracterizar como ocorrido o fato gerador do imposto de importação no término do prazo de 90 (noventa) dias, qual seja, 18.3.2005.

Logo após, em 24.3.2005, foi, finalmente, concedido o “ex tarifário”, mediante expedição da Resolução CAMEX n. 8, publicada em 30.3.2005, que reduziu a alíquota do bem em referência de 14% (catorze por cento) para 2% (dois por cento) (fl. 151e). Em 4.4.2005, buscou a ora recorrente dar início ao despacho aduaneiro da mercadoria, sem êxito, no entanto (fl. 157e), sendo-lhe exigidas a alíquota sem a redução, bem como multas decorrentes do abandono da mercadoria por prazo superior ao permitido. Daí a impetração do *mandamus*.

Para o Tribunal de origem, em resumo, de acordo com o art. 18, parágrafo único, da Lei n. 9.779/1999, o fato gerador teria ocorrido em 18.3.2005, após o transcurso do prazo de 90 (noventa) dias de permanência do bem importado no recinto alfandegado, de modo que não teria como incidir a alíquota reduzida de 2% (dois por cento), que entrou em vigor posteriormente, em 30.3.2005, data da publicação da Resolução CAMEX n. 8/2005.

No entanto, pelas peculiaridades do caso em exame, divirjo do entendimento adotado pelo acórdão recorrido, por entender cabíveis interpretação sistemática dos dispositivos de regência e incidência do princípio da razoabilidade, de modo que devem ser restabelecidos os efeitos da sentença concessiva da segurança, prolatada pela Juíza Federal Alessandra Nuyes Aguiar Aranha, que bem delineou (fls. 294-295e):

Examinando acuradamente as provas juntadas, verifico que a Impetrante não concorreu para o atraso na aprovação do ex-tarifário, mantendo-se no aguardo da solução final a cargo dos órgãos públicos competentes. Malgrado tenha se concretizado após esgotado o prazo legal de permanência de mercadoria importada em recinto alfandegado, além de já ter que suportar os altos custos da armazenagem, não se mostra razoável impor ao beneficiário do regime, antes de pronunciamento formal quanto à dilação de prazo, que o retardamento deva,

ainda, sujeitá-lo à alíquota mais elevada, tornando, aliás, inútil todo o processo desenvolvimento até a concessão do “ex” referente ao bem já depositado, e cujo procedimento foi deflagrado de maneira diligente pelo importador mais de seis meses antes da chegada do equipamento no País.

Contemplando hipótese como a que ora se apresenta, tratando-se de situação jurídica, o próprio Código Tributário Nacional reputa ocorrido o fato gerador desde o momento em que esteja definitivamente constituída (inc. II, art. 116), a qual, *in casu*, aperfeiçoa-se como o registro da declaração de importação (art. 73, I, do Decreto n. 4.543/2002), quando já em vigor a Resolução CAMEX n. 8/2005.

Nesse sentido, mostra-se oportuna a menção à regra do art. 12 do Decreto-Lei n. 2.472, de 1º.9.1988. Embora dirigida à autoridade fazendária, traz balizamentos referentes ao seu poder discricionário de autorizar o desembaraço aduaneiro, com suspensão de tributos, de mercadoria objeto de isenção ou redução do imposto de importação concedida por órgão governamental ou decorrente de acordo internacional, quando o benefício estiver pendente de aprovação ou de publicação do respectivo ato.

É oportuno registrar que a regra geral é a da ocorrência do fato gerador dos tributos federais incidentes sobre a operação de importação na data do registro da Declaração de Importação - DI, nos termos do art. 73, inciso I, do Decreto n. 4.543/2002 (Regulamento Aduaneiro), vigente à época dos fatos em discussão nos presentes autos.

Ressalto, ainda, que esse entendimento não se alterou com a superveniência do Decreto n. 6.759/2009, que revogou o Decreto n. 4.543/2002, consoante atesta a seguinte ementa:

Processual Civil e Tributário. ICMS. Importação. Fato gerador. Súmula n. 661-STF. Exigibilidade do tributo. Emissão do comprovante de importação. Ocorrência de vícios no julgado. Aclaratórios acolhidos, com efeitos infringentes.

(...)

3. O “*despacho aduaneiro*”, que se inicia na data do registro da Declaração de Importação, é o procedimento pelo o qual é verificada a exatidão dos dados declarados pelo importador em relação a mercadorias importadas, com vistas ao desembaraço aduaneiro, que é o ato pelo qual é registrada a conclusão da conferência aduaneira, nos termos do art. 51 do Decreto-Lei n. 37, de 1966, com a redação dada pelo Decreto-Lei n. 2.472, de 1988.

4. *Os tributos federais incidentes na operação de importação devem ser pagos no momento do registro da declaração de importação - DI no SISCOMEX (Sistema Integrado de Comercio Exterior), nos termos do Regulamento Aduaneiro (Decreto n. 6.759, de 2009).*

(...)

Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para conhecer em parte do recurso especial, e nessa parte dar-lhe provimento. (EDcl no AgRg no REsp n. 1.051.791-RJ, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 17.5.2011).

Na hipótese, a declaração de registro deu-se, conforme exposto na sentença, posteriormente à publicação da Resolução CAMEX n. 8/2005. Essa é a regra a ser observada na hipótese, diante das peculiaridades do caso.

Outrossim, o entendimento adotado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ao examinar caso análogo, no acórdão apontado como paradigma, conferiu interpretação aos dispositivos infraconstitucionais de regência que deve prevalecer na hipótese. Transcrevo a ementa do referido acórdão:

Tributário. Imposto de importação. Importação de mercadoria sem similar nacional. Pedido de redução de alíquota. Posterior reconhecimento do benefício por meio de portaria. Alegação de impossibilidade de retroatividade. Descabimento.

1. Não há falar, na peculiar hipótese dos autos, em retroatividade da Portaria n. 153/96, do Ministério da Fazenda, que albergou a redução de alíquota da máquina importada pela embargante. Irretroatividade haveria se, após importação da mercadoria sobre a qual se pretendesse a redução tarifária, ingressasse o importador com o pedido, pretendendo que o seu deferimento também alcançasse a anterior importação.

2. Acrescenta-se *in casu* o fato de ter o importador tomado todas as providências a fim de obter o "EX" tarifário anteriormente à importação, sendo que somente após cerca de um ano obteve a resposta de seu pleito na via administrativa, ou melhor, obteve êxito em seu pedido isencional através da citada Portaria, a qual, em relação à demandante, que havia protocolado o pedido do benefício fiscal, apenas reconheceu o preenchimento dos requisitos materiais para a sua concessão.

3. Reconhecimento da inexigibilidade dos valores relativos ao Imposto de Importação. (TRF - 4ª Região, AC n. 2003.04.01.014432-9-RS, Rel. Desembargadora Federal Maria Lúcia Luz Leiria, Primeira Turma, DJe de 16.2.2005)

Do voto condutor do julgado, transcrevo o seguinte excerto, que bem demonstra a interpretação que deve prevalecer a respeito dos dispositivos infraconstitucionais que regem a matéria (fl. 495e):

Inadmissível, no atual dinamismo nas transações do comércio internacional, o entendimento de que a importação de um bem sem similar nacional, passível

do benefício da redução de alíquota do II, somente viabilizar-se-ia após o moroso trâmite do procedimento administrativo que culminou com a edição de portaria reconhecendo o pleito isencional do imposto, rentando desemparrada a importação que serviu para o próprio reconhecimento da redução de alíquota do tributo, em total afronta aos princípios informadores de nosso ordenamento jurídico, como os da proporcionalidade e da razoabilidade. Evidentemente, se houvesse ocorrido o indeferimento do benefício fiscal, seriam exigíveis os valores relativos ao II, sem que fosse possível invocar, a favor do contribuinte, a impossibilidade de retroação dos efeitos da decisão, a qual, também nesta hipótese, inexistiria.

Em suma, cabível a aplicação da redução de alíquota do II sobre a mercadoria importada, consoante reconhecida pela Portaria mencionada, porquanto o encaminhamento do pedido do benefício isencional foi realizado em data anterior àquela da importação do bem. Restam, pois, inexigíveis os valores relativos ao II, ora executados.

De fato, o contribuinte não pode ser prejudicado pela demora na análise de seu pedido de concessão do “ex tarifário”, porquanto agiu de forma diligente. As autoridades administrativas é que assim não atuaram. O próprio acórdão recorrido reconhece a demora da Administração, mas culpa o contribuinte por não ter se utilizado dos meios e recursos à sua disposição para reverter a situação, consoante atesta o seguinte trecho do acórdão (fl. 415e):

Frente às duas situações, à demora na apreciação do pedido de “ex tarifário” e à inércia administrativa quanto ao pedido de prorrogação do prazo de permanência da mercadoria, a impetrante não buscou a atribuição de efeitos suspensivos, seja administrativamente, seja judicialmente, não se podendo presumir a produção de efeitos que não encontram amparo legal.

O contribuinte não teve qualquer culpa e estava aguardando um ato proveniente da própria Administração Pública. Formulou requerimento para a concessão do benefício “ex tarifário” com prudente antecedência, em 16.6.2004. Quase 1 (um) ano depois, em 30.3.2005, foi atendido seu pleito, mediante a publicação da Resolução CAMEX n. 8/2005, que reduziu a alíquota do equipamento de 14% (catorze por cento) para 2% (dois por cento). Restou na dependência exclusiva da manifestação final. Não havia mais nenhum ato que estivesse sob sua responsabilidade para a conclusão do procedimento.

Com efeito, a recorrente deu início à importação da mercadoria antes da concessão, em definitivo, do benefício fiscal requerido. Todavia, a Administração, por questões eminentemente burocráticas, considerando a atuação do Ministério

da Fazenda e do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, além da Câmara do Comércio Exterior, retardou de forma indevida ao concedê-lo.

O art. 18 da Lei n. 9.779/1999, em que fundado o acórdão recorrido, certamente dirige-se às importações ordinárias, de modo a reconhecer, na própria lei, a necessidade de concessão de tempo extra em determinadas circunstâncias, certamente com a finalidade de não punir o contribuinte, muitas vezes pela corriqueira demora para o levantamento de toda a documentação demandada para o desembaraço aduaneiro.

No entanto, em casos de mercadoria objeto de isenção ou redução de alíquota ou base de cálculo do imposto de importação concedida por órgão governamental, o Decreto-Lei n. 2.472/1988 prevê a possibilidade de autorização, pelo Ministro da Fazenda, do desembaraço aduaneiro com suspensão de tributos, consoante atesta o seguinte dispositivo:

Art. 12. Nos casos e na forma prevista em regulamento, o Ministro da Fazenda poderá autorizar o desembaraço aduaneiro, com suspensão de tributos, de mercadoria objeto de isenção ou de redução do II concedida por órgão governamental ou decorrente de acordo internacional, quando o benefício estiver pendente de aprovação ou de publicação do respectivo ato.

É certo que a autorização de desembaraço aduaneiro com suspensão de tributos constitui ato discricionário do Ministro de Estado Fazenda. Sujeito, portanto, a juízo de oportunidade e conveniência. Porém, a injustificada demora da Administração na análise do pedido de concessão de regime “ex tarifário”, por se tratar de importação de mercadoria sem similar nacional, somente concluída após a internação do bem, não pode prejudicar o contribuinte que atuou com prudente antecedência, sob pena de flagrante e direta ofensa ao princípio da razoabilidade.

Ensina Fábio Pallaretti Calcini (*O princípio da razoabilidade: um limite à discricionariedade administrativa*. Campinas: Millennium Editora, 2003, p. 146):

O princípio da razoabilidade é uma norma a ser empregada pelo Poder Judiciário, a fim de permitir uma maior valoração dos atos expedidos pelo Poder Público, analisando-se a compatibilidade com o sistema de valores da Constituição e do ordenamento jurídico, sempre se pautando pela noção de Direito justo, ou justiça.

No tocante ao que seja razoável, leciona Fábio Corrêa Souza de Oliveira (*Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2003, p. 92):

O razoável é conforme a razão, racional. Apresenta moderação, lógica, aceitação, sensatez. A razão enseja conhecer e julgar. Expõe o bom senso, a justiça, o equilíbrio. Promove a explicação, isto é, a conexão entre um efeito e uma causa. É contraposto ao capricho, à arbitrariedade. Tem a ver com a prudência, com as virtudes morais, com o senso comum, com valores superiores propugnado em data comunidade.

Com efeito, razoabilidade compreende a faculdade que tem o homem de elaborar proposições lógicas. O termo evoca o sentido do bom senso, da prudência. Relaciona-se ao que é moderado, cometido, aceitável, desprovido de excessos.

No caso, não há como desconsiderar o pedido formulado pelo contribuinte, assim como o êxito obtido perante as autoridade competentes. Não se pode equiparar a situação do recorrente àquele de quem tem seu pleito indeferido.

O contribuinte dá início ao procedimento para concessão do benefício fiscal, apresenta os documentos exigidos, preenche todos os requisitos necessários. Entretanto, por demora da Administração, a portaria que o reconhece é publicada posteriormente à importação. O requerente não se beneficia, mas abre portas para que seus concorrentes paguem o imposto de importação com a alíquota reduzida. Não há lógica. Não há razoabilidade na conduta da Administração.

Por fim, guardadas as devidas peculiaridades, a concessão do “ex tarifário” equivale à uma espécie de isenção parcial. Em consequência, sobressai o caráter declaratório do pronunciamento da Administração. Com efeito, se o produto importado não contava com similar nacional desde a época do requerimento do contribuinte, que cumpriu os requisitos legais para a concessão do benefício fiscal, conforme preconiza o art. 179, *caput*, do CTN, deve lhe ser assegurada a redução do imposto de importação, mormente quando a internação do produto estrangeiro ocorre antes da superveniência do ato formal de reconhecimento por demora decorrente de questões meramente burocráticas.

Ante o exposto, *conheço* do recurso especial e *dou-lhe provimento* a fim de restabelecer os efeitos da sentença.

É o voto.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.192.332-RS (2010/0080667-3)**

---

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Recorrente: Élbio de Mendonça Senna

Advogado: José Alexandre Barboza Junqueira e outro(s)

Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

---

**EMENTA**

Administrativo e Processual Civil. Improbidade administrativa. Contratação de serviços advocatícios com dispensa de licitação. Art. 17 da LIA. Art. 295, V do CPC. Art. 178 do CC/1916. Ausência de prequestionamento. Súmulas n. 282 e 356 do STF. Arts. 13 e 25 da Lei n. 8.666/1993. Requisitos da inexigibilidade de licitação. Singularidade do serviço. Inviabilidade de competição. Notória especialização. Discricionariedade do administrador na escolha do melhor profissional, desde que presente o interesse público e incorrente o desvio de poder, afilhadismo ou compadrio. Recurso especial provido.

1. Quanto à alegada violação ao 17, §§ 7º, 8º, 9º e 10 da Lei n. 8.429/1992, art. 295, V do CPC e art. 178, § 9º, V, **b** do CC/1916, constata-se que tal matéria não restou debatida no acórdão recorrido, carecendo de prequestionamento, requisito indispensável ao acesso às instâncias excepcionais. Aplicáveis, assim, as Súmulas n. 282 e 356 do STF.

2. Em que pese a natureza de ordem pública das questões suscitadas, a Corte Especial deste Tribunal já firmou entendimento de que até mesmo as matérias de ordem pública devem estar prequestionadas. Precedentes: AgRg nos EREsp n. 1.253.389-SP, Rel. Min. *Humberto Martins*, DJe 2.5.2013; AgRg nos EAg n. 1.330.346-RJ, Rel. Min. *Eliana Calmon*, DJe 20.2.2013; AgRg nos EREsp n. 947.231-SC, Rel. Min. *João Otávio de Noronha*, DJe 10.5.2012.

3. Depreende-se, da leitura dos arts. 13 e 25 da Lei n. 8.666/1993 que, para a contratação dos serviços técnicos enumerados no art. 13, com inexigibilidade de licitação, imprescindível a presença dos

requisitos de natureza singular do serviço prestado, inviabilidade de competição e notória especialização.

4. É impossível aferir, mediante processo licitatório, o trabalho intelectual do Advogado, pois trata-se de prestação de serviços de natureza personalíssima e singular, mostrando-se patente a inviabilidade de competição.

5. A singularidade dos serviços prestados pelo Advogado consiste em seus conhecimentos individuais, estando ligada à sua capacitação profissional, sendo, dessa forma, inviável escolher o melhor profissional, para prestar serviço de natureza intelectual, por meio de licitação, pois tal mensuração não se funda em critérios objetivos (como o menor preço).

6. Diante da natureza intelectual e singular dos serviços de assessoria jurídica, fincados, principalmente, na relação de confiança, é lícito ao administrador, desde que movido pelo interesse público, utilizar da discricionariedade, que lhe foi conferida pela lei, para a escolha do melhor profissional.

7. Recurso Especial a que se dá provimento para julgar improcedentes os pedidos da inicial, em razão da inexistência de improbidade administrativa.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, vencido o Sr. Ministro Sérgio Kukina, dar provimento ao recurso especial para julgar improcedentes os pedidos da inicial, em razão da inexistência de improbidade administrativa, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Ari Pargendler e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 12 de novembro de 2013 (data do julgamento).

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator

---

DJe 19.12.2013

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Trata-se de Recurso Especial interposto por *Élbio de Mendonça Senna*, com fundamento na alínea **a** do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, no qual se insurge contra o acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ementado nos seguintes termos:

Apelação cível. Direito público não especificado. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Município de Santa Vitória do Palmar. Contratação direta de advogado pelo Sr. Prefeito municipal, com malferimento à regra constitucional da licitação, com conseqüente violação aos princípios de legalidade, moralidade e impessoalidade.

Preliminar de coisa julgada material afastada, visto que o processo criminal, julgado improcedente por falta de provas, não impede o julgamento na esfera civil.

Impõe-se a sua responsabilização por ato de improbidade administrativa, na medida de sua culpa, aplicando-se a penalidade de ressarcir o erário dos valores pagos a título de diárias pagas indevidamente, suspendendo os direitos políticos e proibindo-o de contratar com o Poder Público pelo prazo de 05 anos.

*Apelação desprovida* (fls. 638).

2. Em suas razões de Apelo Especial, alega violação aos arts. 17, §§ 7º, 8º, 9º e 10 da Lei n. 8.429/1992; 295, V do CPC; 178, § 9º, V, **b** do CC/1916; 10, V, VIII e IX e 12, II da Lei n. 8.429/1992, sob os seguintes fundamentos: (a) inadequação da via eleita, por ser a Ação Civil Pública incompatível com a Ação de Improbidade; (b) a pretensão punitiva do Estado estaria prescrita; (c) inexistência de ilícito e de ato de improbidade.

3. Contrarrazões às fls. 710-716.

4. Parecer de lavra do douto Subprocurador-Geral da República, Dr. *Aurélio Virgílio Veiga Rios*, opinando pelo, desprovimento do Recurso Especial, nos termos da seguinte ementa:

Recurso especial. Ação civil pública. Improbidade. Incidência da Súmula n. 7-STJ. Contratação de serviço de assessoria jurídica. Inexigibilidade de licitação. Ausência dos pressupostos para a contratação direta. Nulidade do ato. Não observância da Lei n. 8.666/1993. Reparação ao erário. Não ocorrência de prescrição.

I. O recurso especial só merece ser conhecido em relação à matéria enfrentada pelo Tribunal *a quo*.

II. O reexame da matéria fático-probatória dos autos é vedado pela Súmula n. 7 do STJ.

III. No caso, é patente a ilegalidade da contratação do recorrente, uma vez que não se encontram presentes os requisitos que autorizariam a inexigibilidade do certame, impondo-lhe a nulidade do contrato celebrado.

IV. O ressarcimento ao erário não é considerado sanção e a ação de reparação do dano causado ao Erário é imprescritível, conforme interpretação sistemática do art. 37, § 5º, da Constituição Federal.

V. Parecer pelo conhecimento parcial do recurso e, no mérito, pelo seu não provimento (fls. 760).

5. É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. Desume-se dos autos que o *Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul* ajuizou, em face do recorrente, Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa, imputando-lhe a conduta de ter prestado serviços advocatícios ao então Prefeito do Município de Chuí-RS, mediante dispensa irregular de licitação, tipificada no art. 10, incisos V, VIII e IX da Lei n. 8.429/1992, assim descrita na inicial acusatória:

No dia 3 de fevereiro de 1997, o Município de Chuí, representado pelo requerido Mohamed Kassem Jomaa, firmou contrato com o requerido Élbio de Mendonça Senna, para que este prestasse, conforme a cláusula segunda, serviços de assessoramento jurídico, planejamento e acompanhamento institucional (fls. 35-37).

O contrato retroagiu a 1º de janeiro de 1997 e estabeleceu a remuneração mensal de R\$ 4.300,00; perdurou, por meio de sucessivos aditamentos, até o final de outubro daquele ano, mas a partir de junho a remuneração foi revista para R\$ 3.000,00 (fls. 40-42).

Ocorre que a contratação revelou diversas ilegalidades praticadas no âmbito da Prefeitura Municipal, e que acabaram por beneficiar indevidamente o segundo demandado.

Em primeiro lugar, o contrato não foi precedido de licitação, pois, segundo previsto na cláusula sexta, esta não seria exigível no caso, pela incidência do artigo 25, inciso 11, da Lei de Licitações.

Todavia, é ilegal o dispositivo.

Veja-se que o artigo 25 da Lei n. 8.666/1993 permite a inexigibilidade de licitação para contratação dos serviços técnicos enumerados no artigo 13 do

mesmo diploma legal, apenas nos casos em que o profissional ostentar notória especialização (fls. 05).

2. Inicialmente, no tocante às alegações de ofensa aos arts. 17, §§ 7º, 8º, 9º e 10 da Lei n. 8.429/1992, art. 295, V do CPC e art. 178, § 9º, V, **b** do CC/1916, constata-se que tais matérias não restaram debatidas no acórdão recorrido. Aplicáveis, portanto, as Súmulas n. 282 e 356 do STF, pois ausente o prequestionamento, requisito indispensável ao acesso às instâncias excepcionais.

3. Ademais, em que pese a natureza de ordem pública das questões suscitadas (inadequação da via eleita e prescrição), a Corte Especial deste Tribunal já firmou entendimento de que até mesmo as matérias de ordem pública devem estar prequestionadas. Precedentes: AgRg nos EREsp n. 1.253.389-SP, Rel. Min. *Humberto Martins*, DJe 2.5.2013; AgRg nos EAg n. 1.330.346-RJ, Rel. Min. *Eliana Calmon*, DJe 20.2.2013; AgRg nos EREsp n. 947.231-SC, Rel. Min. *João Otávio de Noronha*, DJe 10.5.2012.

4. Quanto à alegada violação ao art. 10, incisos V, VIII e IX Lei n. 8.429/1992, ao argumento de inexistência de ilícito, sustenta o recorrente que a contratação se funda nas hipóteses excepcionais de inexigibilidade do processo licitatório, conforme fixado nos arts. 13 e 25 da Lei n. 8.666/1993, *in verbis*:

Art. 25 - É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

Art. 13 - Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;

II - pareceres, perícias e avaliações em geral;

III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;

IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;

V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

5. Depreende-se, da leitura dos citados dispositivos, portanto, que para contratação dos serviços técnicos enumerados no art. 13 da Lei n. 8.666/1993, com inexigibilidade de licitação, imprescindível a presença dos requisitos de natureza singular do serviço prestado, inviabilidade de competição e notória especialização.

6. Da análise dos autos, especialmente, dos fundamentos da Sentença, conclui-se, sobre a experiência profissional e conhecimentos individuais do recorrente que (a) exerceu a função de Procurador do Município de Santa Vitória do Palmar por sete ou oito anos, (b) acompanhou a comissão que elaborou os levantamentos para a prestação de contas para o Município que se instalava, (c) prestou serviços de assessoria jurídica para algumas empresas, (d) participou de congressos de curta duração, e (e) cursou especialização em Direito Municipal Comparado Brasil-Alemanha vinculado ao Mestrado de Direito Público na Faculdade de Direito da UFRGS.

7. Na percepção do Juiz de Primeiro Grau, em que pese ter destacado as qualificações e experiências profissionais anteriores do advogado, ora recorrente, não haveria restado demonstrado o requisito da notória especialização e inviabilidade de competição:

No caso em análise, está-se discutindo sobre a regularidade do contrato firmado em 3.2.1997 entre o Município do Chuí, representado pelo então Prefeito, Mohamed, e Élbio para que este prestasse serviços de assessoramento jurídico planejamento e acompanhamento institucional (fls. 43-45).

A primeira irregularidade apontada pelo autor consiste na inexistência de prévia licitação. Segundo a peça portal, a realização das atividades enfrentadas por Élbio não está marcada pela singularidade ou notória especialização.

Os réus justificaram a contratação em análise sem a realização de prévia licitação na singularidade dos serviços que seriam prestados por Élbio e na vasta experiência que este tem na área do Direito Público Municipal.

(...).

Como visto, para que seja inexigível o certame licitatório é necessária a presença de quatro requisitos: inviabilidade de competição, previsão do serviço no artigo 13, singularidade do serviço, e notória especialização.

Os fatos de Élbio ter desempenhado a função de Procurador do Município de Santa Vitória do Palmar por sete ou oito anos e ter acompanhado a comissão que

elaborou os levantamentos para a prestação de contas para o município que se instalava (não impugnados pelo autor), por si só, não autorizam que se afirme que era inviável a competição para executar o objeto do contrato entabulado com ele.

Isso porque os serviços contratados (previstos na cláusula segunda do Contrato n. 005/97, fl. 43) são comuns à Administração Pública.

Nesse sentido foi o relatório do Tribunal de Contas (fls. 109-129), no qual constou: ao se examinar o objeto da contratação, depara-se com um elenco de temas que praticamente afeta, de forma permanente, toda a Administração, descaracterizando a inviabilidade de competição como causa da incidência da regra exceptiva de dever de licitar com base no art. 25, II, da Lei n. 8.666/1993.

Ainda que tenha existido a necessidade de um trabalho diferenciado com relação ao de um Procurador de Município já instalado, como referiu o réu Mohamed (pois era necessário organizar a estrutura administrativa e funcional, formar o arcabouço jurídico e tratar sobre a partilha de bens), é obrigatório que se reconheça que se trata de um trabalho comum a qualquer Município que esteja sendo instalado.

Por outro lado, segundo os informes do processo, Élbio nunca participou da organização de um novo município. Dessa forma, se foi entendido que ele tinha condições de realizar o trabalho porque foi Procurador do Município-Mãe, é imperioso que, aplicando-se o mesmo raciocínio, entenda-se que qualquer outro Procurador de Município teria condições de exercer o encargo.

Tendo em vista que, consoante o site [www.cultura.gov.br](http://www.cultura.gov.br), o estado do Rio Grande do Sul tem 496 municípios, conclui-se ser grande o número de pessoas, em tese, aptas para o serviço almejado.

O *curriculum vitae* de Élbio (fl. 306), de outra banda, não demonstra a “notória especialização” mencionada na Lei de Licitações. Da análise de tal documento, depreende-se que, além de ter exercido a função de Procurador do Município, já prestou serviços de assessoria jurídica para algumas empresas e participou de alguns congressos de curta duração, grande parte na época da faculdade. O que mais chama a atenção é a informação de que cursou parte da Especialização em Economia na Universidade Federal de Pelotas e, integralmente a Especialização em Direito Municipal Comparado Brasil-Alemanha vinculado ao Mestrado de Direito Público da Faculdade de Direito da UFRGS.

Saliente-se que, com essa análise, não se afirma que Élbio não seja um bom e competente profissional. Aliás, ainda que esta Julgadora pudesse emitir opinião sobre o trabalho desenvolvido por advogados, não poderia fazê-lo com relação ao analisado porque conhece muito pouco o seu desempenho, até porque é um advogado pouco atuante nesta Comarca.

Por outro lado, é possível que o currículo de Élbio seja o da pessoa mais indicada para atender ao objeto do contrato. No entanto, e inviável que se chegue a tal conclusão sem a possibilidade de comparar com outros currículos, como aconteceu.

Vale lembrar que, segundo dos dispositivos legais acima transcritos, considera-se de notória especialização o profissional cujo conceito no campo de sua especialidade (em virtude de desempenho anterior, estudos, experiências, publicação, organização, aparelhamento, equipe técnica e outros requisitos relacionados com suas atividades) permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

Registre-se que a Lei não menciona que essa análise deve ser feita no âmbito municipal. Aliás, a Lei não fala em questão territorial.

Dessa forma, pouco importa o argumento sustentado por Mohamed de que, nos municípios do Chuí e Santa Vitória do Palmar, Élbio era o advogado mais experiente e apto à função.

A realidade é que, se tivesse acontecido a licitação, haveria a possibilidade de eventuais interessados concorrerem à vaga, sendo que inclusive seria possível o interesse por parte de profissionais de outros municípios, uma vez que o salário oferecido (R\$ 4.300,00) é muito bom, inclusive para a nossa realidade atual. Lembre-se que tal valor foi pago por serviços prestados há dez anos!

Ainda, não se pode deixar de comentar acerca da prova testemunhal produzida, que deixou claro que havia outros advogados que, assim como Élbio, trabalhavam para o Município de Santa Vitória do Palmar.

E é certo que havia outros profissionais aptos a exercer as funções que foram desempenhadas por Élbio, tanto é que a testemunha Ruiteer Canabarro é atualmente o Procurador do Município do Chui.

#### 8. Sobre o tema, manifestou-se o Tribunal de origem, nos seguintes termos:

No caso concreto, restou plenamente demonstrado nos autos que o Sr. Prefeito Municipal contratou o Sr. Élbio para prestação de serviço de assessoramento jurídico sem que houvesse a necessária licitação, e tampouco caracterizando a hipótese de incidência de qualquer uma das causas expressamente previstas na Lei de Licitações.

Em que pese terem os réus justificado a contratação sem análise da realização do processo licitatório por ter o Sr. Élbio vasta experiência jurídica na área de Direito Público, e assim possibilitando a dispensa de licitação (fl. 137), tais fatos não restaram devidamente demonstrados nos autos, bem como não foi reconhecido pelo Tribunal de Contas estes aspectos, conforme relatório de fls. 109-129.

(...)

Assim, encontrando-se os serviços prestados não justificados, bem como a remuneração do advogado sendo, inclusive, excessiva (R\$ 4.300,00), é de ser reconhecida a irregularidade da contratação direta do advogado pelo Sr. Prefeito Municipal, com a caracterização do ato de improbidade inscrito no artigo 10, inciso VIII, da Lei n. 8.429/1992: (...) (fls. 642-644).

9. Em que pese os argumentos esposados pelo Juiz de Primeiro Grau e pelo Tribunal de origem, entende-se, na verdade, ser impossível aferir, mediante processo licitatório, o trabalho intelectual do advogado, pois trata-se de prestação de serviços de natureza personalíssima e singular, mostrando-se patente a inviabilidade de competição.

10. No caso concreto, pactuou-se, no contrato celebrado, a remuneração de R\$ 4.300 (quatro mil e trezentos reais), valor que, notoriamente, não se mostra excessivo para remuneração de um advogado. Ademais, não há elementos nos autos que atestem o suposto excesso e discrepância na remuneração pactuada, ressaltando-se, ainda, ser inviável valorar se aludida remuneração encontra-se discrepante do valor de mercado; e assim é porque, a aferição do valor pago ao advogado para prestação de serviços de assessoria jurídica ao Município pauta-se em critérios subjetivos - confiança, singularidade dos serviços -, não havendo como extrair critérios objetivos para quantificar a remuneração por esses serviços, de natureza intelectual.

11. Sobre o assunto, cumpre destacar as lições do ilustre professor MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS:

O advogado desempenha um trabalho singular, onde a sua criação intelectual retira do administrador público a necessidade de promover o certame licitatório para, através do menor preço, escolher qual seria a melhor opção para o serviço público contratar: "A singularidade dessa prestação de serviços está fincada nos conhecimentos individuais de cada profissional da advocacia, impedindo, portanto, que a aferição da competição seja plena, pois não se licitam coisas desiguais, só se licitam coisas homogêneas. (...) Vamos mais além por entender que a singularidade do advogado está obviamente interligada à sua capacitação profissional, o que de certa forma inviabiliza o certame licitatório pelo fato de não ser aferido o melhor serviço pelo preço ofertado. Ou, em outras palavras, os profissionais que se destacam nos vários ramos do direito geralmente não competem em processo licitatório por ser totalmente inviável a sua cotação de honorários em face de outras formalizadas por jovens advogados em início de carreira. Não vai nessa afirmação nenhum demérito aos jovens advogados, pois, como sabiamente afirmado por Calamandrei, 'a juventude nunca é melancólica porque tem o futuro diante dela'.

A singularidade (capacidade intelectual) da prestação do serviço do advogado, por si só, justifica a ausência de competição, bem como da pré-qualificação também, pois o preço da contratação não é fator crucial que direciona a melhor contratação para o ente público.

Contratando diretamente o advogado, não estará a autoridade administrativa cometendo infrações e nem agindo no vácuo da lei, visto que a Lei n. 8.666/1993

não impede a aludida tomada de posição, devendo apenas o administrador justificar a escolha dentro de uma razoabilidade.

(...).

Por outra vertente, como já enaltecido, o art. 25 da Lei n. 8.666/1993, ao enumerar os casos de inexigibilidade, pela inviabilidade de competição, deixou assente que os trabalhos intelectuais, como o declinado no presente caso, ficam fora da regra geral de competição, sendo lícito ao administrador agir movido pela discricionariedade, visando, única e exclusivamente, ao interesse público (O Limite da Improbidade Administrativa, Rio de Janeiro, Forense, 2010, p. 91-92).

12. Conforme destacou o nobre Autor, a singularidade dos serviços prestados pelo advogado consiste em seus conhecimentos individuais, estando ligada à sua capacitação profissional, sendo, dessa forma, inviável escolher o melhor profissional, para prestar serviço de natureza intelectual, por meio de licitação, pois tal mensuração não se funda em critérios objetivos (como o menor preço). Destaca-se, ainda, nesse caso, que o fator preço não é crucial para se determinar a melhor contratação para o ente público.

13. Com efeito, diante da natureza intelectual e singular dos serviços de assessoria jurídica, fincados, principalmente, na relação de confiança, é lícito ao administrador, desde que movido pelo interesse público, utilizar da discricionariedade, que lhe foi conferida pela lei, para a escolha do melhor profissional.

14. Destaca, ainda, o ilustre autor MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS, *in verbis*:

Após a análise da Lei de Licitação, pode-se afirmar, com certeza, de que os serviços técnicos profissionais especializados relativos a patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas dos advogados, independentemente de suas qualificações pessoais, possuem natureza singular, pelo fato da notória especialização que a profissão em questão exige.

A intelectualidade do advogado independe da sua inscrição na OAB, não se vincula a qualquer rótulo, tendo em vista que a advocacia é um estado permanente de criação intelectual.

Mais uma vez abrimos parênteses para registrar nossa ótica proferida em outro trabalho que se encaixa perfeitamente no presente contexto: "Neste último aspecto, entendemos que a notória especialização, para efeito de exonerar a Administração de prévia licitação para a contratação dos serviços, tem como critério básico o perfil da profissão da advocacia e a intelectualidade do prestador de serviços, na forma do § 1º do art. 25 da Lei n. 8.666/1993. É humanamente

impossível dimensionar-se qual é o melhor advogado do Brasil (se é que é possível tal rótulo) em virtude da complexidade jurídica que o caso comporta, bastando o advogado possuir alto grau de especialização (*op. cit.*, p. 93).

15. Nesse sentido já se manifestou este egrégio Superior Tribunal de Justiça:

Administrativo. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Art. 535, II, do CPC. Alegações genéricas. Súmula n. 284-STF. Contratação de escritório de advocacia. Licitação. Inexigibilidade. Expressa previsão legal. Serviço singular e notória especialização. Reexame de cláusulas contratuais e de provas. Impossibilidade. Súmulas n. 5 e 7 do STJ.

1. Alegações genéricas quanto à violação do artigo 535 do CPC não bastam à abertura da via especial, com base no art. 105, inciso III, alínea **a**, da CF. Incidência da Súmula n. 284-STF.

2. A contratação de serviços de advogado por inexigibilidade de licitação está expressamente prevista na Lei n. 8.666/1993, art. 25, II c.c. o art. 13, V.

3. A conclusão firmada pelo acórdão objurgado decorreu da análise de cláusulas contratuais e do conjunto fático-probatório dos autos. Dessarte, o acolhimento da pretensão recursal, no sentido da ausência dos requisitos exigidos para a contratação de escritório de advocacia por meio da inexigibilidade de licitação, esbarra no óbice das Súmulas n. 5 e 7-STJ. Precedentes.

4. Recurso especial não conhecido (REsp n. 1.285.378-MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 28.3.2012).

16. Confira-se também o precedente do Supremo Tribunal Federal:

Penal. Processual Penal. Ação penal: trancamento. Advogado: contratação: dispensa de licitação.

I. - Contratação de advogado para defesa de interesses do Estado nos Tribunais Superiores: dispensa de licitação, tendo em vista a natureza do trabalho a ser prestado. Inocorrência, no caso, de dolo de apropriação do patrimônio público.

II. - Concessão de *habeas corpus* de ofício para o fim de ser trancada a ação penal (RHC n. 72.830, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 16.2.1996).

17. Na hipótese em análise, restou incontroverso que os serviços foram prestados, não havendo que se falar, portanto, em restituição dos valores recebidos pelo recorrente, sob pena de enriquecimento ilícito do Estado.

18. Diante de todo exposto, conhece-se e dá-se provimento ao Recurso Especial para julgar improcedentes os pedidos da inicial, em razão da ausência de ato tipificado como ímprobo. É como voto.

## VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina: Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, aqui, lendo, consultando o acórdão recorrido, vejo uma dificuldade até que antecede a discussão de fundo, na medida em que assentou o tribunal gaúcho, fls. 642 do acórdão, o seguinte:

Em que pese terem os réus justificado a contratação sem análise da realização do processo licitatório por ter o Sr. Élbio vasta experiência jurídica na área de Direito Público, e assim possibilitando a dispensa de licitação (fl. 137), tais fatos não restaram devidamente demonstrados nos autos, bem como não foi reconhecido pelo Tribunal de Contas estes aspectos, conforme relatório de fls. 109-129.

Cumpra transcrever o que o art. 25, da Lei n. 8.666/1993, que expõe as possibilidades de inexigibilidade de licitação:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no artigo 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

§ 1º - Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

A questão fática restou bem apanhada pela Sra. Cristina Nozari Garcia, Juíza *a quo*, cujos termos reproduzo, a fim de evitar tautologia:

Os fatos de Élbio ter desempenhado a função de Procurador do Município de Santa Vitória do Palmar por sete ou oito anos e ter acompanhado a comissão que elaborou os levantamentos para a prestação de contas para o município que se instalava (não impugnados pelo autor), por si só não autorizam que se afirme que era inviável a competição para executar o objeto do contrato entabulado com ele.

Ainda que tenha existido a necessidade de um trabalho diferenciado com relação ao de um Procurador de Município de um município já

instalado, como referiu o réu Mohamed (pois era necessário organizar a estrutura administrativa e funcional, formar o arcabouço jurídico e tratar sobre a partilha de bens), é obrigatório que se reconheça que se trata de um trabalho comum a qualquer Município que esteja sendo instalado.

Por outro lado, segundo os informes do processo, Élbio nunca participou da organização de um novo município. Dessa forma, se foi entendido que ele tinha condições de realizar o trabalho porque foi Procurador do Município-Mãe, é imperioso que, aplicando-se o mesmo raciocínio, entenda-se que qualquer outro Procurador de Município teria condições de exercer o encargo.

Tendo em vista que, consoante o site [www.cultura.gov.br](http://www.cultura.gov.br), o Estado do Rio Grande do Sul tem 496 municípios, conclui-se ser grande o número de pessoas, em tese, aptas para o serviço almejado.

Por outro lado, é possível que o currículo de Élbio seja o da pessoa mais indicada para atender ao objeto do contrato. No entanto, é inviável que se chegue a tal conclusão sem a possibilidade de com parar com outros currículos, como aconteceu.

Pautado nesse acertamento, em torno do contexto fático levado em estima pelo Tribunal de origem, que, como eu disse, incorporou também essa avaliação, levada a efeito pela juíza, visualizo aqui, nessa medida, um óbice intransponível para o próprio conhecimento do recurso especial. Tenho, com todo respeito ao eminente Ministro Relator, que esse recurso especial, tal como colocada a questão, não encontra possibilidade de alcançar juízo de admissibilidade positivo, por força do óbice da Súmula n. 7.

Em outro ver, também chamo atenção, (e isso não está nos autos, é uma elucubração absolutamente pessoal), em nossa terra nós costumamos conhecer os nossos causídicos de maior projeção e, aqui, é interessante porque, afinal, houve a intervenção de um promotor de justiça e de uma juíza da comarca. Pode-se até dizer que, quem sabe, eles tiveram pouco tempo de exercício na região, mas o fato é que nem isso foi suficiente para fazer com que o Ministério Público, e a autoridade judiciária local detectassem essa alegada e notória especialização do advogado, nesse caso concreto, em ordem a tornar inexigível a licitação.

Com base nessas considerações, eminente Ministro Relator, é que, sem avançar para a questão de fundo, ousou discordar de V.Exa. para não conhecer do recurso especial, por força do óbice da Súmula n. 7. É assim que encaminho meu voto divergente, adiantando-o desde já.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.235.220-PR (2011/0026325-0)**

---

Relator: Ministro Benedito Gonçalves

Recorrente: Vivo S/A

Advogada: Cristiane Romano Farhat Ferraz e outro(s)

Recorrido: Fazenda Nacional

Advogado: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

---

**EMENTA**

Processual Civil e Tributário. Recurso especial. Violação do art. 535 do CPC. Não ocorrência. PIS. Tributação pela Lei n. 10.637/2002. Acórdão recorrido respaldado em fundamentação constitucional. Revisão. Impossibilidade pela via do recurso especial. Variações cambiais de direitos de crédito e operação de *swap* com finalidade de *hedge*. Regime de apuração (art. 30, *caput* e § 1º, da MP n. 2.158-35/2001).

1. Constatado que a Corte *a quo* empregou fundamentação suficiente para dirimir a controvérsia, é de se afastar a alegada violação do art. 535 do CPC.

2. A questão relativa à validade da tributação da contribuição ao PIS pela Lei n. 10.637/2002 foi decidida pela instância *a quo* mediante fundamentação eminentemente constitucional, insuscetível de revisão pela via do recurso especial.

3. A opção pelo regime de competência de que trata o § 1º do art. 30 da MP n. 2.158-35/2001 implica a dispensa da fruição do regime de caixa facultado no *caput* desse mesmo artigo, relativo à apuração e ao pagamento da exação incidente sobre as variações cambiais de direito de crédito no momento da liquidação da operação.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido.

---

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça

prossequindo o julgamento, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, negar-lhe provimento, nos termos do voto-vista do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Ari Pargendler e Napoleão Nunes Maia Filho (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (RISTJ, art. 162, § 2º, primeira parte).

Brasília (DF), 22 de abril de 2014 (data do julgamento).

Ministro Benedito Gonçalves, Relator

---

DJe 6.5.2014

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Trata-se de recurso especial interposto por Vivo S/A, com fulcro nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da Quarta Região, assim ementado (fls. 295):

Processual Civil. Apelação. Matéria acobertada pela coisa julgada. Conhecimento parcial. Tributário. PIS. Lei n. 10.637/2002. Ilegalidade. Inconstitucionalidade. Não ocorrência.

1. Não se conhece da apelação na parte em que a impetrante se insurge quanto a matéria discutida em ação mandamental por ela intentada anteriormente, acobertada pela coisa julgada.

2. Segundo jurisprudência pacífica do egrégio STF, a recepção da contribuição ao PIS, instituída pela Lei Complementar n. 7/1970, pelo art. 239 da Constituição Federal de 1988 não importou na exigência de emenda constitucional ou de lei complementar para a veiculação de qualquer alteração na referida exação, a qual pode ser feita por meio de lei ordinária e, por via de consequência, por medida provisória.

3. A Medida Provisória n. 66/2002, posteriormente convertida na Lei n. 10.637/2002, não ofende o disposto no art. 246 da Constituição Federal, uma vez que não pretendeu regulamentar o art. 195, inciso I, alínea **b**, da Constituição Federal, alterado pela Emenda Constitucional n. 20/1998, mas instituir o regime não-cumulativo para a contribuição ao PIS, cuja previsão constitucional somente foi acrescentada pela Emenda Constitucional n. 42/2003.

4. A base de cálculo da contribuição ao PIS, prevista no art. 1º da Lei n. 10.637/2002, é a receita auferida pela pessoa jurídica, encontrando fundamento

na nova redação dada ao art. 195, inciso I, alínea **b**, da Constituição Federal, pela Emenda Constitucional n. 20/1998, plenamente vigente à data da edição do aludido diploma legal, tratando-se apenas de impropriedade a utilização, pelo legislador, da expressão “faturamento”.

5. A previsão contida no art. 8º, inciso VIII, da Lei n. 10.637/2002, de submissão das receitas decorrentes da prestação de serviços de telecomunicação ao regime cumulativo da contribuição ao PIS, previsto da Lei n. 9.718/1998, ao passo que as demais receitas da impetrante devem ser submetidas ao regime não cumulativo, previsto naquele diploma legal, não implicou na exigência de dois tributos sobre a mesma base de cálculo, mas na exigência da mesma contribuição, em relação ao mesmo contribuinte, porém por sistemas ao recolhimento diferentes, não havendo qualquer inconstitucionalidade em tal procedimento, o qual atende ao disposto no art. 195, §§ 9º e 12, da Constituição Federal.

6. Segundo jurisprudência pacífica do egrégio STF, a anterioridade nonagesimal conta-se da data da edição da medida provisória. Sendo a Lei n. 10.637/2002 fruto da conversão em lei da Medida Provisória n. 66/2002, deve o termo inicial da anterioridade nonagesimal ser contado da data da publicação desta e não da data da sua conversão em lei.

7. Não há impedimento a que o legislador determine o pagamento de tributo antes da ocorrência de fato gerador que, se ainda não ocorrido, é iminente.

8. A incidência da contribuição ao PIS sobre as operações em moeda estrangeira e as operações de *swap* com finalidade de *hedge* antes da sua liquidação não ofende o conceito de renda, bem como o princípio da capacidade contributiva.

9. Apelação não provida.

Os embargos de declaração foram rejeitados, conforme ementa de fl. 312.

No apelo especial (fls. 316-353), a parte recorrente, além de divergência jurisprudencial, aponta violação dos arts. 165 e 535 do CPC; 110, 116 e 117 do CTN; 30 da MP n. 2.158-35/2001 e 18 do DL n. 1.598/1977. Alega, preliminarmente, que a Corte local não se manifestou sobre pontos importantes para o deslinde da controvérsia. No mérito, sustenta que: (a) o acórdão recorrido permitiu que o legislador modificasse a definição de faturamento, previsto na Constituição, admitindo, assim, a majoração da base de cálculo da contribuição para o PIS pela Lei n. 10.637/2002; (b) a tributação sobre operações em moeda estrangeira e sobre operações de *swap* com finalidade de *hedge* deve ocorrer no momento de sua liquidação, quando ocorre o fato gerador, uma vez que “sob o ponto de vista jurídico-tributário, não há como o valor correspondente à variação cambial ativa possa ser submetido à tributação pelo PIS antes da

liquidação da operação contratada em moeda estrangeira, pois, no caso, não se trata de *substituição tributária para frente* conforme entendimento manifestado no v. acórdão, mas sim mera expectativa de direito, não havendo ao contribuinte qualquer tipo de disponibilidade daqueles valores” (fl. 341); e (c) o contribuinte tem o direito de optar pelo regime de caixa quanto às operações de *hedge*.

Contrarrazões às fls. 419-427.

Juízo positivo de admissibilidade às fls. 437-439.

O Ministério Público opina pelo não provimento do recurso, em parecer assim ementado (fl. 474):

Tributário e Constitucional. Recurso especial. Contribuição ao PIS. EC n. 20/1998. Base de cálculo. Faturamento e receita. Lei n. 10.637/2002. Ausente alteração de conteúdo, alcance ou definição. Necessidade de lei complementar. Matéria de índole estritamente constitucional. Operações em moeda estrangeira e operações de *swap* com finalidade de *hedge*. Opção pelo regime de competência. Aplicação do art. 30 da MP n. 2.158-35/2001. Impossibilidade. Antecipação do pagamento. Ausência de vedação legal. Divergência jurisprudencial não demonstrada. Similitude fática inexistente. Parecer pelo desprovimento do recurso especial.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves (Relator): Conforme relatado, a recorrente busca eximir-se da tributação da contribuição ao PIS nos moldes da Lei n. 10.637/2002, pugnando que a ela seja aplicada o regime anterior, disposto na Lei n. 9.715/1998. Subsidiariamente, pugna para que as variações monetárias oriundas de direitos de crédito e os ganhos obtidos em operações de *swap* com finalidade de *hedge* sejam apuradas por ocasião da liquidação dessas transações, nos termos do art. 30 da MP n. 2.158-35/2001, ainda que a contribuinte tenha optado pelo regime de competência para o registro dessas operações, na forma do § 1º do citado artigo.

Inicialmente, no que tange às matérias aduzidas neste apelo nobre, verifico que a Corte *a quo* empregou fundamentação suficiente para dirimir a controvérsia, dispensando, portanto, qualquer integração à compreensão do que fora por ela decidido.

Nessa esteira, depreende-se que o acórdão recorrido entendeu que é constitucional a Lei n. 10.637/2002, para concluir legítima a cobrança do PIS com base no conceito de receita, conforme a alteração constitucional promovida pela EC n. 20/1998, ainda que a aludida lei tenha utilizado o termo faturamento. Decidiu, também, que, na espécie, não é possível condicionar a cobrança do tributo em face das variações monetárias e dos contratos de *swap/hedge* à liquidação dessas operações, uma vez que a contribuinte não optou pelo regime de caixa em relação a tais receitas, de que trata o art. 30, *caput*, da MP n. 2.158-35/2001, mas pelo regime de competência, nos moldes do § 1º desse mesmo artigo, consignando, inclusive, que é legítima a tributação antes da ocorrência efetiva do fato gerador (liquidação), tal como ocorre nos casos de substituição tributária. É o que se retira do julgamento dos aclaratórios (fls. 153-154):

Consoante se pode depreender, em nenhum momento restou afirmado no julgado que os conceitos de faturamento e receita seriam equivalentes, mas apenas que o fato de a Emenda Constitucional n. 20/1998 ter acrescentado ao art. 195, inciso I, alínea **b**, da Constituição Federal a previsão de incidência das contribuições PIS e COFINS também sobre a receita não implicou em violação ao art. 246 da Constituição Federal, visto que dita alteração não foi substancial, uma vez que “faturamento” e “receita” são conceitos afetos, embora distintos.

[...]

De fato, confrontando-se os referidos trechos do julgado, extrai-se que, no primeiro, este afirma que houve alteração da redação do art. 195, inciso I, alínea **b**, da Constituição Federal, mas que tal alteração não foi substancial, ao passo que, no segundo, reconhece que, ainda que o art. 1º da Lei n. 10.637/2002 tenha utilizado o termo “faturamento”, na verdade está se referindo ao conceito de receita, encontrando respaldo na nova redação do aludido dispositivo constitucional.

Não há falar, pois, em contradição.

Sustenta, por fim, a existência de contradição no que diz respeito à fundamentação adotada para confirmar a tributação dos ganhos auferidos com nas operações de *swap* com finalidade de *hedge* porquanto esta não teria enfrentado os argumentos aduzidos nas razões de apelação, especialmente no que pertine à aplicação do disposto no art. 30 da Medida Provisória n. 2.158-35/2001.

Da mesma forma, sem razão a embargante.

Primeiro, porque de contradição não se trata e, em segundo, porque a matéria foi devidamente analisada no voto condutor do julgado, o qual concluiu que, não obstante a previsão legal de incidência das contribuições PIS e COFINS sobre

as operações em moeda estrangeira pelo regime de caixa (art. 30 da Medida Provisória n. 2.158-35/2001), optou a impetrante pelo regime de competência, ressaltando, ademais, ser este o regime imposto pela legislação para as operações de *swap*.

Afasto, pois, a alegada infringência aos arts. 165 e 535 do CPC.

Quanto ao juízo de reforma, melhor sorte não socorre à recorrente.

No que diz respeito à validade da tributação na forma da Lei n. 10.637/2002, observa-se que o acórdão recorrido decidiu a controvérsia mediante fundamentação de índole constitucional, que é insuscetível de revisão pela via do recurso especial.

Por outro lado, *a irresignação recursal tem por escopo afastar a tributação do PIS com base na Lei n. 10.637/2002, isto é, afastar a incidência dessa norma*, ao entendimento de que a hipótese de incidência por ela eleita, faturamento, difere do conceito de receita e, por isso, deve ser repristinado o regime anterior. No entanto, conforme já sedimentado pela Corte Especial, por ocasião do julgamento do Incidente de Inconstitucionalidade no REsp n. 1.135.354, DJ 28.2.2013, “embora questões constitucionais possam ser invocadas pela parte recorrida, no sistema brasileiro não cabe ao autor do recurso especial invocar tais questões como fundamento para reforma do julgado” (Min. Cesar Asfor Rocha), pois “o recurso próprio, para essa finalidade, é o extraordinário para o Supremo Tribunal Federal” (Min. Teori Albino Zavascki).

Examino, a seguir, o reclamo relativo ao regime de escrituração e à apuração da contribuição incidente sobre as variações cambiais dos direitos de crédito e os resultados positivos das operações de *swap* com finalidade de *hedge*.

Com efeito, sustenta a recorrente que a apuração do tributo nesses casos deverá ocorrer pelo regime de caixa, ou seja, no momento da liquidação das respectivas operações, nos termos do art. 30 da MP n. 2.158-35/2001, que assim dispõe:

*A partir de 1º de janeiro de 2000, as variações monetárias dos direitos de crédito e das obrigações do contribuinte, em função da taxa de câmbio, serão consideradas, para efeito de determinação da base de cálculo do imposto de renda, da contribuição social sobre o lucro líquido, da contribuição para o PIS/PASEP e COFINS, bem assim da determinação do lucro da exploração, quando da liquidação da correspondente operação.*

Pois bem, a legislação federal, via de regra, determina a utilização do regime de competência para registrar e apurar os tributos incidentes sobre

as operações realizadas pelas empresas. A esse respeito, reza o art. 177 da Lei n. 6.404/1976: “A escrituração da companhia será mantida em registros permanentes, com obediência aos preceitos da legislação comercial e desta Lei e aos princípios de contabilidade aceitos, devendo observar métodos ou critérios contábeis uniformes no tempo e registrar as mutações patrimoniais segundo o regime de competência”.

O regime de competência, por definição, pressupõe a escrituração das variações patrimoniais da empresa em determinado período, ainda que elas sejam efetivadas em momento posterior. É o que dispõe o art. 9º da Resolução n. 1.282/2010 do Conselho Federal de Contabilidade: “*O Princípio da Competência determina que os efeitos das transações e outros eventos sejam reconhecidos nos períodos a que se referem, independentemente do recebimento ou pagamento*”.

O art. 30 da MP n. 2.158-35/2001, entretanto, excepciona essa regra geral, ao permitir que as variações monetárias dos direitos de crédito e das obrigações do contribuinte, em função da taxa de câmbio, possam integrar a base de cálculo do IRPJ, da CSLL, do PIS/PASEP e da COFINS apenas quando da liquidação da operação. Todavia, esse excepcional regime de caixa não decorre de imposição legal, mas do exercício de uma faculdade assegurada ao contribuinte, na medida em que o § 1º desse mesmo artigo garante à pessoa jurídica a opção de continuar a adotar o regime de competência, inclusive para as receitas em questão.

Doravante, para prosseguir na análise acerca da existência, ou não, do direito invocado, tenho por necessário esclarecer as operações financeiras aventadas pela recorrente.

De plano, não vislumbro dificuldade de identificar que o citado art. 30 da MP n. 2.158-35/2001 se aplica às variações monetárias de direito de crédito decorrente de contratos celebradas com empresas, financeiras ou não, sediadas no exterior e fixados em moeda estrangeira.

Analisando, agora, se é possível aplicar tal dispositivo também para os eventuais ganhos auferidos nas operações de *swap* com finalidade de *hedge*, assim entendida como aquelas “*destinadas, exclusivamente, à proteção contra riscos inerentes às oscilações de preço ou de taxas, quando o objeto do contrato negociado: (a) estiver relacionado com as atividades operacionais da pessoa jurídica; (b) destinar-se à proteção de direitos ou obrigações da pessoa jurídica*” (art. 77, § 1º, da Lei n. 8.981/1995).

Para ilustrar esse tipo de operação, apoio-me em artigo de autoria do Professor Adjunto de Direito Tributário da UFMG, Dr. André Mendes

Moreira, publicado na Revista Dialética de Direito Tributário n. 111, p. 9-11, gentilmente por ele encaminhado ao meu gabinete para subsidiar o presente julgamento.

Eis o exemplo contido no aludido trabalho acadêmico: Na prática usual, esse tipo de operação, que envolve troca de ativos/indexadores (*swap*), CDI por dólar americano, *v.g.*, é celebrado com uma instituição financeira com o escopo de resguardar o contratante do risco cambial (*hedge*) inerente a obrigação contratual por ele assumida com terceiro no exterior e em moeda estrangeira (normalmente empréstimo). Se o real desvaloriza-se em relação à moeda estrangeira estabelecida no contrato com o terceiro e não é compensado com a atualização do investimento pelo CDI, a instituição financeira que assumiu o risco da flutuação cambial (*hedger*) obriga-se a realizar essa cobertura. Caso contrário, se o real permanecer estável ou valorizar-se e a atualização pelo CDI superar o valor do contrato estabelecido com o terceiro, essa diferença deverá ser paga pelo contratante ao *hedger*.

Nesse caso, considerando que o contrato de *swap* como finalidade de *hedge* pode gerar à empresa direito de crédito junto *hedger* e que esse direito é variável em face da taxa de câmbio da moeda estrangeira que está atrelada ao contrato que se busca garantir, a meu sentir, tenho que os ganhos dele decorrentes também podem, em tese, sujeitarem-se ao regime de caixa previsto no art. 30 da MP n. 2.158-35/2001. Já em relação às operações de *swap/hedge* que não estejam atreladas à variação cambial não se mostra possível a aplicação do regime de caixa pretendido, porquanto extrapola a previsão normativa contida nesse dispositivo legal.

Nada obstante, tenho que, na hipótese dos autos, o acórdão recorrido deve ser mantido.

Com efeito, conforme assentado pelo Tribunal de origem, a contribuinte optou pelo regime de competência para a apuração do PIS sobre essas receitas, nos moldes do parágrafo primeiro do art. 30 da MP n. 2.158-35/2001, segundo o qual: “[à] opção da pessoa jurídica, as variações monetárias poderão ser consideradas na determinação da base de cálculo de todos os tributos e contribuições referidos no caput deste artigo, **segundo o regime de competência**”.

Assim, pela lógica do sistema, a opção pelo regime de competência, de que trata o § 1º, implica a dispensa da fruição do regime de caixa previsto no *caput* do art. 30, o qual, como visto, estabelece a apuração e o pagamento da exação no momento do efetivo recebimento dessa receita financeira.

Por outro lado, embora sedutora, a tese de que, na espécie, não é possível a tributação pelo regime de competência, ao argumento de que tais variações monetárias registradas na contabilidade seriam meras receitas fictícias, pois não representariam efetiva entrada de capital na empresa e, por isso, não configurariam o elemento material do PIS e da COFINS, conflita com legislação de regência.

Digo isso porque, consoante dispõe o art. 9º da Lei n. 9.718/1998, *as variações monetárias dos direitos de crédito e das obrigações do contribuinte são consideradas como receitas ou despesas financeiras*, e como tais, devem ser computadas no final do período abrangido pelo regime de competência para fins de apuração da base de cálculo da exação em comento.

Logo, percebe-se que o acolhimento dessa tese recursal exige, necessariamente, o afastamento do conceito normativo inserido no aludido artigo 9º, o qual caracteriza como receita financeira a mera variação cambial do direito de crédito (elemento material), não condicionando a sua configuração ao resultado final obtido por ocasião da liquidação do respectivo contrato. A propósito, reitero que o recurso especial não é via processual adequada para questionar a validade da lei federal.

Especificamente quanto ao contrato *swap/hedge*, consoante acima ilustrado, observa-se que tal avença produz seus efeitos jurídicos desde a sua celebração, sendo que o encontro de contas que ocorre no seu termo final apenas exaure o objeto do negócio jurídico. Logo, diversamente do sustentado pela recorrente, tem-se que a liquidação do contrato não se caracteriza como condição suspensiva para o adimplemento das obrigação assumidas para só então permitir a tributação da receita financeira, mas, apenas, encerra a avença que fez repercutir seus efeitos desde o momento em que foi pactuada.

Importa salientar que o que aqui se discute é o elemento temporal do fato gerador e que está relacionado com os regimes de apuração elencados no art. 30, *caput* e § 1º, da MP n. 2.158-35/2001, regimes de competência e de caixa, sendo eles excludentes entre si. Acerca disso, está bem claro que a pretensão da recorrente é a de obter o melhor dos dois mundos, pois pretende apurar seus ganhos cambiais pela sistemática usual do regime de competência, conforme sua opção, mas recolher a exação incidente sobre as variações ocorridas no período apenas por ocasião da liquidação dos contratos (regime de caixa).

E, em que pese entenda que o caso dos autos não diga respeito à cobrança antecipada de tributo, mas ao elemento temporal do fato gerador, em face das razões recursais, registro ainda, a título de consideração extravagante, que,

diversamente do assentado pelo recorrente, esta Corte Superior já decidiu que é legítima a cobrança antecipada do tributo não só nas hipóteses de substituição tributária, mas, também, no regime de normal de tributação. A esse respeito:

Processual Civil e Tributário. ICMS. Antecipação do prazo de recolhimento. Decreto estadual. Possibilidade. Ausência de prequestionamento. Matéria ventilada apenas no voto-vencido. Súmula n. 320-STJ.

1. É legítima a cobrança antecipada do ICMS pelo regime normal de tributação – ou seja, sem substituição tributária –, conforme disposto na Lei Estadual n. 8.820/1989 e no Decreto Estadual n. 39.820/1999, *porquanto a antecipação do prazo de recolhimento do tributo não modifica o fato gerador do imposto*. Precedentes do STJ.

2. Impossível conhecer do Recurso Especial quanto à legalidade da extinção do período de apuração do ICMS por meio de decreto, uma vez que a matéria foi ventilada apenas no voto vencido. Aplicação do enunciado da Súmula n. 320-STJ: “A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento”.

3. Agravo Regimental não provido (AgRg no REsp 713.520-RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 13.3.2009).

Na mesma esteira: REsp n. 998.668-RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 5.6.2008.

Por fim, consoante bem lançado pelo *Parquet*, a divergência jurisprudencial aventada não foi satisfatoriamente demonstrada, pois, “nos acórdãos trazidos à divergência, além de não ter sido realizado o devido cotejo, as circunstâncias fáticas e as peculiaridades da cada caso (opção ou não pelo regime de competência) diferem do aresto recorrido” (fl. 479).

Ante o exposto, *conheço parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, nego-lhe provimento*.

É o voto.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.377.781-MG (2013/0090305-7)**

---

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Recorrente: Estado de Minas Gerais

Procurador: Amélia Josefina Alves Nogueira da Fonseca e outro(s)  
Recorrido: Telemar Norte Leste S/A  
Advogado: Sacha Calmon Navarro Coelho e outro(s)

---

### EMENTA

Recurso especial. Processual Civil e Tributário. Inexistência de ofensa ao art. 535 do CPC. ICMS incidente sobre serviços preparatórios ao de comunicação. Segurança concedida a favor da recorrida. Decisão transitada em julgado. Ofensa aos arts. 162, § 2º, 471 e 473 do CPC não caracterizada. Acórdão *a quo* que determinou o levantamento de depósito administrativo realizado pela empresa de telefonia com supedâneo em lei estadual para suspensão da exigibilidade do crédito tributário (Lei Mineira n.6.763/1975, art.212). Negativa do Fisco Estadual em devolver o valor depositado calcada na necessidade de prova do não repasse do tributo ao contribuinte de fato. Inaplicabilidade do art. 166 do CTN. Hipótese que não se confunde com a de repetição de indébito. Depósito vinculado ao teor da decisão judicial transitada em julgado, que, no caso, foi favorável à recorrida. Discussão sobre a titularidade do dinheiro depositado a ser travada em outra sede. Dissídio jurisprudencial não caracterizado. Ausência de similitude fática entre os casos confrontados. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

1. Ausentes quaisquer omissões ou contradições no aresto recorrido, que solucionou adequadamente a controvérsia, utilizando-se de fundamento suficiente e esclarecedor; os Embargos Declaratórios, embora sejam um importante instrumento de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, não se prestam para forçar o Tribunal a se manifestar sobre uma questão jurídica sob uma determinada ótica, se já se optou por outra igualmente válida e pertinente.

2. Inexiste ofensa à coisa julgada, porque a decisão indeferindo o depósito judicial não impede o depósito administrativo; ademais, é consequência lógica e imediata do resultado positivo da demanda para o contribuinte a liberação da garantia ofertada, como do contrário se faria se a Fazenda Pública lograsse êxito na manutenção da higidez do crédito.

3. A tese suscitada pelo Estado de Minas Gerais é de que o dinheiro depositado pela recorrida não lhe pertence, já que há o repasse do tributo recolhido pelo consumidor de direito aos consumidores de fato; assim, o levantamento pretendido acabaria por beneficiar indevidamente quem não sofreu o encargo, importando em enriquecimento ilícito, razão pela qual teria incidência, no caso, o disposto no art. 166 do CTN.

4. O ICMS é destacado nas contas telefônicas e repassado aos tomadores dos serviços de telefonia (contribuintes de fato), que são aqueles que efetivamente suportam o encargo financeiro do tributo.

5. Todavia, é inadmissível subsumir o caso concreto à norma do art. 166 do CTN, expressamente endereçada à situação de restituição ou repetição do indébito tributário, isto é, quando há pagamento indevido de tributo.

6. Na hipótese, ocorreu o depósito administrativo, fundado em Lei Estadual e autorizado pela Fazenda Estadual como forma de suspensão da cobrança do crédito tributário, enquanto discutia-se judicialmente a legalidade da incidência do tributo. Há uma decisão transitada em julgado afirmando exatamente a ilegalidade dessa cobrança, e a mesma Legislação Estadual, como frisou o acórdão impugnado, impõe a devolução do dinheiro depositado nestes casos.

7. A discussão sobre a titularidade do dinheiro depositado deve ser travada entre contribuintes de direito e de fato, se for o caso, em outra sede, porquanto assentado, definitivamente, ser indevida a cobrança do tributo, não pertencendo o montante, portanto, ao ente Estatal Estadual, que não pode sujeitar a devolução à prova do não repasse, uma vez que essa condicionante não constava da Legislação Estadual e não foi objeto de prévio acerto entre as partes, surgindo como empecilho apenas na hora do levantamento pretendido.

8. A decisão proferida no *mandamus*, entendendo indevidos os valores relativos ao ICMS sobre a instalação de linhas telefônicas e serviços similares, possui eficácia plena, independente, portanto, de qualquer outra providência, impondo a Fazenda Pública, mormente em razão do teor da Legislação Estadual e do princípio da boa-fé objetiva, devolver o depósito efetuado apenas para a suspensão da cobrança do crédito tributário durante a discussão judicial.

9. A função do depósito é instrumental, de garantia do pagamento do tributo; ele está vinculado, portanto, à decisão que vier a transitar em julgado e, no caso, essa decisão foi favorável ao contribuinte (REsp n. 547.706-DF, Rel. Min. *Luiz Fux*, DJ 22.3.2004).

10. Dissídio não comprovado eis que diversas as bases fáticas das hipótese confrontadas.

11. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo o julgamento, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Sérgio Kukina (voto-vista) e Ari Pargendler (voto-vista), conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 10 de dezembro de 2013 (data do julgamento).

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator

---

DJe 4.2.2014

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. A *Telemar Norte Leste S/A*, ora recorrida, impetrou Mandado de Segurança contra ato do Sr. Superintendente da Receita Estadual de Minas Gerais questionando a exigência de ICMS sobre valores cobrados a título de instalação de linhas telefônicas. No curso da ação, peticionou nos autos requerendo autorização para depositar judicialmente os valores do ICMS discutido, o que foi indeferido pelo MM. Juiz de Direito e, posteriormente, pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais em sede de Agravo de Instrumento, com decisão transitada em julgado.

2. A segurança foi parcialmente concedida em primeiro grau, e confirmada pelo TJMG, para se vedar cobrança do ICMS a quaisquer fatos geradores anteriores a 30.6.1998.

3. A TELEMAR, então, interpôs Recursos Especial e Extraordinário, ocasião em que peticionou ao Exmo. Presidente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e juntou aos autos a guia de depósito do valor do ICMS relativo às instalações realizadas no período de apuração de setembro/1998 a março/2000, efetuado nos termos em que autorizado pelos arts. 212 c.c. 215 da Lei n. 6.763/1975 e 151 da C.L.T.A (Decreto n. 23.780/1984), exclusivamente para os fins do art. 151, II, do Código Tributário Nacional.

4. Esse primeiro Recurso Especial foi provido para se reconhecer a inexigibilidade do ICMS, mesmo em relação a período posterior ao Convênio n. 69/98, ocorrendo o trânsito em julgado do correspondente acórdão em 13.1.2009.

5. Retornando os autos à instância originária, postulou-se a restituição dos valores depositados, o que, porém, foi indeferido pelo MM. Juiz de Direito, ao argumento de que os depósitos foram efetuados administrativamente, e não em conta judicial à disposição do juízo, e, também, por se tratar de Mandado de Segurança já findo, salientando o Magistrando, ainda, restar incabível a discussão acerca do direito do impetrante ao levantamento de depósitos administrativos em face das exigências feitas pelo órgão fazendário.

6. O Tribunal Mineiro deu provimento ao Agravo de Instrumento interposto contra o referido *decisum*, em aresto assim ementado:

*Agravo de instrumento. Mandado de segurança visando a afastar a exigibilidade do crédito tributário. Depósito administrativo para a suspensão desta. Decisão concessiva da segurança já transitada em julgado. Pedido de levantamento dos valores depositados indeferido na via administrativa. Novo pedido no bojo do mandado de segurança. Via judicial. Possibilidade. Art. 213 da Lei n. 6.763/1975. Conforme disposição legal contida no art. 213 da Lei n. 6.763/1975, se obtida a segurança e ocorrido o trânsito em julgado da decisão que a concedeu, deve ser garantida a restituição das quantias depositadas administrativamente ao depositante, por não se tratar das hipóteses que ensejaram óbice ao deferimento na esfera administrativa, cujas disposições estão contidas no art. 166 do Código Tributário Nacional (fls. 359).*

7. Neste Recurso Especial, aduz o Estado de Minas Gerais ofensa ao art. 535, II do CPC, porque o acórdão impugnado teria quedado silente quanto ao objeto do Mandado de Segurança, que se limitava a questionar a incidência do IMCS sobre o serviço de instalação de linhas telefônicas fixas, assim como não se manifestou quanto ao trânsito em julgado da decisão que indeferiu

a realização de depósito judicial do ICMS objeto de discussão no referido *mandamus*, restando, portanto, preclusa, nos termos dos arts. 471 e 473 do CPC.

8. Afirma, ademais, que a questão referente a real titularidade dos referidos depósitos administrativos também deixou de ser apreciada, não obstante suscitada nas contrarrazões do Agravo de Instrumento interposto pela recorrida.

9. Insiste na ocorrência da preclusão, porque teria transitado em julgado a decisão que indeferiu o pedido de depósito nos autos do Mandado de Segurança, suscitando ofensa aos arts. 162, § 2º, 471 e 473 do CPC.

10. No mais, aponta contrariedade ao art. 166 do CTN, uma vez que a recorrida teria repassado o valor do ICMS aos tomadores dos serviços de telefonia. Alega que, embora o art. 166 do CTN não se refira diretamente aos casos de depósitos voltados para a suspensão da exigibilidade do crédito tributário discutido, é evidente a necessidade de sua aplicação para se evitar o enriquecimento ilícito do contribuinte de direito (em se tratando de impostos indiretos como o ICMS), quando este, como no caso dos autos, repassa integralmente o encargo em questão a terceiros e depois pleiteia, em nome próprio, sua devolução.

11. Com contrarrazões (fls. 421-438), o recurso foi inadmitido (fls. 440-442), o que motivou a interposição do Ag n. 1.365.536-MG, Relator originário o ilustre Ministro *Benedito Gonçalves*, que lhe negou provimento.

12. Por ocasião do julgamento do Agravo Regimental, ousei divergir do ilustre Relator, entendendo que, dada a relevância e o ineditismo da matéria, era o caso de determinar a subida do Recurso Especial apenas para melhor exame da matéria, no que fui acompanhado pelos demais.

13. Foi proferida decisão na MC n. 17.653-MG conferindo efeito suspensivo ao acórdão prolatado nos autos do Agravo de Instrumento originário até o julgamento do presente Recurso Especial por esta Primeira Turma.

14. É o que havia de relevante para relatar.

## VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. Inicialmente, ressalto não estarem presentes quaisquer omissões ou contradições no aresto recorrido, que solucionou adequadamente a controvérsia, utilizando-se de fundamento suficiente e esclarecedor; os Embargos Declaratórios, embora sejam

um importante instrumento de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, não se prestam para forçar o Tribunal a se manifestar sobre uma questão jurídica sob uma determinada ótica, se já se optou por outra igualmente válida e pertinente.

2. Verifica-se dos autos que foi concedida a segurança reconhecendo a inexigibilidade do ICMS sobre as operações listadas pela ora recorrida (instalações de linhas telefônicas e outras), por não se tratar de *serviço de telecomunicação*.

3. Muito embora negado judicialmente o pedido de depósito naqueles autos de *mandamus*, com supedâneo na Lei Estadual n. 6.763/1975, art. 212, foi permitido o depósito administrativo dos valores questionados, com a finalidade de suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

4. Transitada em julgado a decisão reconhecendo o direito ao não pagamento do tributo sobre os referidos serviços, foi obstado o levantamento do referido depósito pela Administração Fazendária, porquanto impostas as condições previstas no art. 166 do CTN, ou seja, a prova do não repasse aos consumidores.

5. O Tribunal *a quo* entendeu inaplicável referido instituto, pelos seguintes fundamentos:

Isto porque não se trata aqui de restituição de tributo, o que deveria ser pleiteado na via própria de repetição de indébito, mas, sim, de devolução de depósito efetuado na seara administrativa, cujo permissivo legal é encontrado no art. 213 da Lei n. 6.763/1975, que dispõe:

Art. 213 - Após a decisão irrecorrível na esfera administrativa, poderá o contribuinte optar pela compensação entre o valor depositado, se indevido, ou a diferença, se excessiva, e o valor de tributo da mesma espécie, ou pelo pedido de restituição.

Parágrafo único - Em ambas as hipóteses, a devolução ocorrerá no prazo máximo de trinta dias úteis, contado da data do requerimento de restituição, e sobre o valor a ser devolvido incidirão juros, à mesma taxa incidente sobre os créditos tributários em atraso, calculados data do depósito até o mês anterior ao da efetiva devolução.

Ora, há de ser salientado, ainda, que se a decisão administrativa irrecorrível, que reconhece por indevida a exigência tributária, tem o condão de autorizar a devolução dos depósitos efetuados, não há como deixar de atribuir tal qualidade à decisão judicial que também assim o faz, merecendo, pelo menos neste ponto, consideração e efeitos semelhantes.

(...).

Por fim, repita-se que - não obstante tenha sido realizado o depósito na esfera administrativa - nada obsta, quer por disposição legal expressa, quer pela consideração dos princípios da celeridade e instrumentalidade processuais, o pedido de expedição de ofício à autoridade fazendária, para o levantamento dos depósitos realizado, seja deferido (fls. 362-367).

6. Chamou-se a atenção, desde o início - e por isso a insistência para que o recurso fosse examinado por esta Turma com maior vagar - a tese suscitada pelo Estado de Minas Gerais de que, em verdade, o dinheiro depositado não pertenceria a empresa recorrida, já que há o repasse do tributo recolhido pelo consumidor de direito aos consumidores de fato; assim, o levantamento pretendido acabaria por beneficiar indevidamente quem não sofreu o encargo, importando em enriquecimento ilícito, razão pela qual teria incidência, no caso, o disposto no art. 166 do CTN.

7. É certo que o ICMS é destacado nas contas telefônicas e repassado aos tomadores dos serviços de telefonia (contribuintes de fato), que são aqueles que efetivamente suportam o encargo financeiro do tributo.

8. Todavia, após melhor refletir, verifico a inadmissibilidade de subsumir o caso concreto à norma do art. 166 do CTN, expressamente endereçada à situação de *restituição ou repetição do indébito tributário*, isto é, quando há *pagamento indevido de tributo*.

9. O que ocorreu foi um depósito administrativo, autorizado por Lei Estadual como forma de suspensão da cobrança do crédito tributário, enquanto discutia-se a legalidade da incidência do tributo. Há uma decisão judicial transitada em julgado afirmando exatamente a ilegalidade dessa cobrança, e a mesma legislação Estadual, como frisou o acórdão impugnado, impõe a devolução do dinheiro depositado nestes casos, como não poderia deixar de ser, em razão da norma do art. 151, II do CTN.

10. A discussão sobre a titularidade do dinheiro depositado deve ser travada entre contribuintes de direito e de fato, se for o caso, em outra sede, porquanto assentado, definitivamente, ser indevida a cobrança do tributo, não pertencendo o montante, portanto, ao ente Estatal Estadual; assim, este não pode sujeitar a devolução desse *quantum* à prova do não repasse, uma vez que essa condicionante não constava da Legislação Estadual regente do depósito e não foi objeto de prévia discussão entre as partes, surgindo como empecilho apenas na hora do levantamento pretendido.

11. Anote-se, ainda, não haver ofensa aos arts. 162, § 2º, 471 e 473 do CPC, porquanto o depósito foi feito *administrativamente*, mediante autorização da Fazenda Estadual, pouco importando a existência de decisão negando essa pretensão (de depósito) nos autos do Mandado de Segurança.

12. É desnecessária a autorização judicial para o depósito administrativo, mas inexistente dúvida de que *este fica vinculado ao resultado da demanda ajuizada para discutir aquele débito*, no caso, ao resultado do mandado de segurança; tanto assim, que o Fisco está impedido de executar aquele crédito, mas caso seja vencedor na ação correspondente, aquele numerário é automaticamente convertido em renda; dessa forma, ao contrário, havendo ganho de causa do contribuinte, a consequência lógica é o levantamento da quantia depositada, ainda que este depósito tenha sido feito administrativamente. A propósito, confira-se a seguinte lição do professor HUGO DE BRITO MACHADO:

Destino do valor depositado

Julgada a ação procedente, o valor depositado deve ser devolvido ao contribuinte. Julgada a ação improcedente, o valor depositado deve ser convertido em renda da Fazenda Pública. Essa conversão do depósito em renda deve dar-se somente depois do trânsito em julgado da sentença de mérito que o determinar.

(...)

Tem pretendido a Fazenda Nacional, em vários casos, a permanência do depósito para garantir outras dívidas do contribuinte, e alguns juízes federais têm acolhido essa pretensão. Erraram, data vênia.

Acertou a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça decidindo *que o depósito inibitório da ação fiscal de que trata o art. 151 do Código Tributário Nacional tem que ser devolvido ao contribuinte vitorioso na respectiva demanda. Em respeito à coisa julgada, o fisco não pode apropriar-se do depósito a pretexto de existirem outras dívidas do mesmo contribuinte, não discutidas no processo. (...)*. (Comentários ao Código Tributário Nacional, Vol. III, São Paulo: Ed. Atlas, 2009, p. 210-214).

13. Em conclusão, não há que se falar em ofensa à coisa julgada, porque a decisão indeferindo o depósito judicial não impede o depósito administrativo; ademais, é consequência lógica e imediata do resultado positivo da demanda para o contribuinte a liberação da garantia ofertada, como do contrário se faria se a Fazenda Pública lograsse êxito na manutenção da higidez do crédito.

14. A decisão proferida no *mandamus*, entendendo indevidos os valores relativos ao ICMS sobre a instalação de linhas telefônicas e serviços similares,

possui eficácia plena, independente, portanto, de qualquer outra providência, impondo a Fazenda Pública, mormente em razão do teor da legislação estadual e do princípio da boa-fé objetiva, devolver o depósito efetuado apenas para a suspensão da cobrança do crédito tributário durante a discussão judicial.

15. A função do depósito é instrumental, de garantia do pagamento do tributo; ele está vinculado, portanto, à decisão que vier a transitar em julgado e, no caso, essa decisão foi favorável ao contribuinte; entender em sentido contrário é negar o provimento judicial, uma vez que, mesmo tendo vencido a demanda, e possuindo uma sentença que afirma a ilegalidade da cobrança de ICMS sobre os citados serviços, acabará por via transversa, efetuando o referido pagamento.

16. Confira-se, a propósito, o seguinte julgado desta Corte:

Processual Civil e Tributário. Recurso especial. Admissibilidade. Art. 166 do CTN. Aplicabilidade. ICMS. Deslocamento de mercadoria entre estabelecimentos do mesmo contribuinte. Súmula n. 166-STJ.

(...).

3. Inexistindo pleito de repetição de indébito, afigura-se impertinente a alegação de vulneração ao disposto no art. 166 do Código Tributário Nacional, que respeita a legitimidade para a restituição do indébito em se tratando de tributos que, por sua natureza, comportem repercussão do respectivo encargo financeiro.

(...).

5. Recurso interposto pela Empresa não conhecido. Recurso interposto pelo Distrito Federal conhecido em parte, em nesta parte, desprovido. (REsp n. 547.706-DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 22.3.2004)

17. Da mesma forma que afirma o Estado recorrente que tomará as providências para a devolução do montante aos consumidores de fato, também a empresa recorrida assim diz que procederá; também o Ministério Público poderá atuar na defesa dos interesses desses consumidores, tomando as medidas administrativas ou judiciais cabíveis, se for o caso.

18. Com relação à alínea **c**, observa-se que não há similitude fática entre o acórdão recorrido e os paradigmas, razão por que não caracterizado o dissenso jurisprudencial invocado.

19. Ante o exposto, conheço parcialmente do recurso, e, nessa parte, nego-lhe provimento.

20. É o voto.

## VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Sérgio Kukina: A hipótese é de recurso especial interposto pelo Estado de Minas Gerais contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim ementado (fl. 359):

Ementa: Agravo de instrumento. Mandado de segurança visando a afastar a exigibilidade do crédito tributário. Depósito administrativo para a suspensão desta. Decisão concessiva da segurança já transitada em julgado. Pedido de levantamento dos valores depositados indeferido na via administrativa. Novo pedido no bojo do mandado de segurança. Via judicial. Possibilidade. Art. 213 da Lei n. 6.763/1975. - Conforme disposição legal contida no art. 213 da Lei n. 6.763/1975, se obtida a segurança e ocorrido o trânsito em julgado da decisão que a concedeu, deve ser garantida a restituição das quantias depositadas administrativamente ao depositante, por não se tratar das hipóteses que ensejaram óbice ao deferimento na esfera administrativa, cujas disposições estão contidas no art. 166 do Código Tributário Nacional.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados, nos termos do acórdão de fls. 380-383. A respeito das omissões suscitadas, o Tribunal de origem assim se manifestou (fls. 381-382):

Com efeito, a questão foi clara e extensamente analisada no acórdão, ao entendimento de que, uma vez obtida a segurança por sentença irrecurável, deve ser garantida a restituição das quantias depositadas administrativamente ao depositante, por não se tratar das hipóteses que ensejam óbice ao deferimento na esfera administrativa, cujas disposições estão contidas no art. 166 do Código Tributário Nacional.

No especial apelo, manejado com fundamento no art. 105, III, **a e c**, da CF, o ente federativo aponta violação aos arts. 162, § 2º, 471, 473, 535, II, do CPC e 166 do CTN, aos seguintes argumentos: *(I)* o acórdão recorrido foi omissivo, pois, mesmo após a oposição dos embargos de declaração, não houve manifestação sobre as alegações postas; *(II)* é incabível a interposição de agravo de instrumento em face de despacho proferido em sede de mandado de segurança já findo; *(III)* não seria possível a restituição de depósitos administrativos no mandado de segurança em que se negou a possibilidade de realização desses depósitos; *(IV)* o deferimento do depósito à parte agravada significa o enriquecimento ilícito de um contribuinte que não assumiu efetivamente os encargos tributários.

Contrarrrazões da Telemar apresentadas às fls. 421-438, postulando o desprovimento do recurso.

Na decisão presidencial local de fls. 440-442, foi proferido juízo negativo de admissibilidade do apelo especial.

Já neste STJ, o Relator originário, Ministro Benedito Gonçalves, em decisão monocrática, ao amparo da Súmula n. 280-STF, negou provimento ao agravo de instrumento ativado pelo Estado (*Ag n. 1.356.535-MG*). Por ocasião do julgamento do respectivo regimental, o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho divergiu do Relator, entendendo pela subida do recurso para melhor exame da matéria, no que foi acompanhado pelos demais pares.

Então, na sessão da Primeira Turma de 10.9.2013, o agora Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho apresentou voto conhecendo parcialmente do especial apelo e, nessa parte, negando-lhe provimento, aos seguintes fundamentos: *(I)* inexistiu violação ao art. 535 do CPC; *(II)* “A discussão sobre a titularidade do dinheiro depositado deve ser travada entre contribuintes de direito e de fato, se for o caso, em outra sede, porquanto assentado, definitivamente, ser indevida a cobrança do tributo, não pertencendo o montante, portanto, ao ente Estatal Estadual, que não pode sujeitar a devolução à prova do não repasse, uma vez que essa condicionante não constava da Legislação Estadual e não foi objeto de prévio acerto entre as partes, surgindo como empecilho apenas na hora do levantamento pretendido”; *(III)* “A decisão proferida no *mandamus*, entendendo indevidos os valores devidos ao ICMS sobre a instalação de linhas telefônicas e serviços similares, possui eficácia plena, independente, portanto, de qualquer outra providência, impondo a Fazenda Pública, mormente em razão do teor da Legislação Estadual e do princípio da boa fé-objetiva, devolver o depósito efetuado apenas para a suspensão da cobrança do crédito tributário durante a discussão judicial”; *(IV)* o dissídio jurisprudencial não foi comprovado, dada a ausência de similitude fática entre o acórdão recorrido e os paradigmas.

Após o voto do Relator, no que foi acompanhado pelo Ministro Benedito Gonçalves, pedi vista dos autos para melhor exame da matéria.

É o breve relato.

*Passo a decidir.*

Consta dos autos que *Telemar Norte Leste S/A* impetrou mandado de segurança questionando a exigência de ICMS sobre valores cobrados a título de instalação de linhas telefônicas. No curso do *writ*, o juiz de direito indeferiu pedido formulado pela autora, em que postulava o depósito judicial do montante em discussão.

Em vista dessa negativa, a impetrante deliberou, *sponte propria*, em realizar os depósitos na via administrativa, ou seja, perante a própria Fazenda Estadual, com o intuito de assegurar a suspensão da exigibilidade do indigitado tributo.

Sobreveio a concessão da segurança, com ganho de causa para a contribuinte, mediante o reconhecimento da inexigibilidade do ICMS.

Passada em julgado a decisão, a TELEMAR pleiteou, então, o levantamento dos depósitos administrativos que antes realizara, cuja solicitação, no entanto, quedou rejeitada pelo magistrado de piso, forte nos seguintes argumentos (fl. 251):

Indefiro o requerimento de fls. 598-603, visto que os depósitos foram efetuados administrativamente, e não em conta judicial à disposição do juízo.

Ademais, em se tratando de mandado de segurança já findo, incabível é a discussão, nessa seara, acerca do direito do impetrante no levantamento de depósitos administrativos em face das exigências feitas pelo órgão fazendário, conforme fl. 676.

Dessa decisão, sobreveio o manejo de agravo de instrumento, a final provido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, possibilitando a que a impetrante, ora recorrida, promova o levantamento dos valores depositados na instância administrativa.

Essa orientação foi confirmada no julgamento dos subsequentes embargos de declaração, motivando a que o Estado interpusse o especial agora apreciado.

Verifica-se, inicialmente, não ter havido ofensa ao art. 535 do CPC, na medida em que o Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos autos. Ressalte-se que não se pode confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional.

No mais, tenho que, pela franquia da letra “a”, merece prosperar a insurgência do Estado de Minas Gerais, devendo-se restaurar a pretérita decisão interlocutória que indeferiu o levantamento do depósito administrativo.

Com efeito, é importante destacar que o depósito dos valores não foi realizado em juízo, mas sim na seara administrativa. Por isso mesmo, ainda que as somas se referissem, como de fato se referem, aos créditos tributários discutidos nesta ação mandamental, reitera-se ter sido opção da parte contribuinte efetuar os depósitos fora do ambiente judicial, vale dizer, à margem

de qualquer intervenção do juízo da causa. Logo, é curial que não se poderia exigir, dessa mesma autoridade judiciária, a emissão de provimento direcionado ao levantamento do montante administrativamente depositado, que em nenhum instante esteve sob sua custódia.

O caminho mais apropriado para o desate da *quaestio*, salvo melhor juízo, será o ajuizamento de ação própria e autônoma, pela parte interessada, visando ao levantamento dos valores espontaneamente depositados junto ao erário mineiro.

Inexistindo, pois, no curso do subjacente *mandamus*, qualquer resquício de intermediação judicial na efetivação do reclamado depósito “administrativo” (ao contrário, houve o explícito indeferimento desse mesmo depósito no âmbito judicial), não havia espaço legal para que se se ordenasse o seu levantamento no bojo da presente ação mandamental. Daí que, ao deferir o levantamento postulado pela Telemar, o tribunal de origem, indevidamente, comportou-se como se estivesse frente a modalidade de depósito judicial ocorrido dentro dos autos (situação jamais configurada), quando a hipótese, em verdade, versava sobre depósito administrativo.

Nessa medida, o acórdão local, ao deferir o levantamento de valores depositados administrativamente, ignorando anterior e já preclusa decisão monocrática que havia recusado o depósito em juízo, fez por violar, mesmo que obliquamente, os regramentos previstos no art. 471 (*Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide (...)*) e no art. 473 (*É defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão*), ambos do Código de Processo Civil.

Em tal cenário, fica prejudicada a análise das demais questões suscitadas.

*Por todo o exposto, com as mais respeitosas vênias ao Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, dou parcial provimento ao recurso especial do Estado de Minas Gerais, nos termos da fundamentação, restabelecendo a decisão monocrática de primeiro grau (fl. 251), no que havia indeferido o levantamento dos depósitos realizados pela impetrante na via administrativa.*

É como voto.

#### VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Ari Pargendler: 1. Os autos dão conta de que Telecomunicações de Minas Gerais S/A impetrou *mandado de segurança* contra

ato do Superintendente da Receita do Estado de Minas Gerais, visando a inexigibilidade do “ICMS sobre as parcelas cobradas a título de instalação, tanto no período anterior como posterior ao Convênio ICMS n. 69/1998” (e-stj, fl. 82-94).

O MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte, MG, Dr. Antonio Sérvulo dos Santos, julgou o pedido procedente em parte “para determinar que a autoridade impetrada abstenha-se de cobrar ou aplicar, a quaisquer fatos geradores anteriores a 30.6.1998, o ICMS previsto no Convênio Confaz n. 69/98, a respeito dos serviços de instalação de linhas de telefonia fixa” (e-stj, fl. 104-105) - sentença confirmada pelo Tribunal *a quo* (e-stj, fl. 110-113).

Seguiu-se recurso especial interposto por Telecomunicações de Minas Gerais S/A (e-stj, fl. 115-130), que foi provido pela 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, relator o Ministro Herman Benjamin, “para reconhecer a inexigibilidade do ICMS sobre os atos preparatórios de comunicação, mesmo em período posterior ao Convênio n. 69/98” (e-stj, fl. 136).

O Estado de Minas Gerais interpôs recurso extraordinário, não admitido porque “o recorrente deixou de demonstrar a existência de repercussão geral” (e-stj, fl. 151).

Após o trânsito em julgado, Telemar Norte Leste S/A requereu ao Subsecretário da Receita do Estado de Minas Gerais a devolução dos valores depositados administrativamente (e-stj, fl. 237-241); não atendido, dirigiu petição ao Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública de Belo Horizonte, pleiteando “o levantamento integral, em favor da impetrante, dos depósitos administrativos vinculados ao presente feito” (e-stj, fl. 249).

O pedido foi indeferido à base da seguinte motivação:

“Indefiro o requerimento de fls. 598-603, visto que os depósitos foram efetuados administrativamente, e não em conta judicial à disposição do juízo.

Ademais, em se tratando de mandado de segurança já findo, incabível é a discussão, nessa seara, acerca do direito do impetrante no levantamento de depósitos administrativos em face das exigências feitas pelo órgão fazendário, conforme fl. 676.

Nada mais havendo a ser provido, archive-se o feito com baixa na distribuição” (e-stj, fl. 251).

Telemar Norte Leste S/A interpôs agravo de instrumento, provido nos termos do acórdão assim ementado:

*“Agravo de instrumento. Mandado de segurança visando a afastar a exigibilidade do crédito tributário. Depósito administrativo para a suspensão desta. Decisão concessiva da segurança já transitada em julgado. Pedido de levantamento dos valores depositados indeferido na via administrativa. Novo pedido no bojo do mandado de segurança. Via judicial. Possibilidade. Art. 213 da Lei n. 6.763/1975. - Conforme disposição legal contida no art. 213 da Lei n. 6.763/1975, se obtida a segurança e ocorrido o trânsito em julgado da decisão que a concedeu, deve ser garantida a restituição das quantias depositadas administrativamente ao depositante, por não se tratar das hipóteses que ensejaram óbice ao deferimento na esfera administrativa, cujas disposições estão contidas no art. 166 do Código Tributário Nacional” (e-stj, fl. 359).*

Sobreveio o presente recurso especial interposto com fundamento no art. 105, III, **a** e **c**, da Constituição Federal, alegando violação dos arts. 162, § 2º, 471, 473, 535 do Código de Processo Civil e do art. 166 do Código Tributário Nacional (e-stj, fl. 389-496).

2. Há um fato incontroverso nos autos, o de que, mal sucedida na tentativa de depositar judicialmente o montante do tributo exigido pelo Estado de Minas Gerais, Telemar Norte Leste S/A levou a efeito o depósito na via administrativa como lhe facultava a legislação local.

Transitada em julgado a sentença que reconheceu a inexigibilidade do tributo, o MM. Juiz de Direito indeferiu o pedido de liberação da quantia tutelada, “visto que os depósitos foram efetuados administrativamente, e não em conta judicial à disposição do juízo” (e-stj, fl. 251).

O tribunal *a quo* reformou a decisão, destacando-se no acórdão o seguinte trecho:

“(…) não obstante tenha sido realizado o depósito na esfera administrativa - nada obsta, quer por disposição legal expressa, quer pela consideração dos princípios da celeridade e instrumentalidade processuais, o pedido de expedição de ofício à autoridade fazendária, para o levantamento dos depósitos realizados, seja deferido” (e-stj, fl. 367).

Salvo melhor juízo, não é assim. A decisão do MM. Juiz de Direito é incensurável. O processo estava findo, o depósito judicial não fora deferido e, para além da preclusão que se operara, qualquer discussão a respeito estava prejudicada pela circunstância de que o depósito fora feito na via administrativa. Ilegal que fosse a negativa de liberação da quantia depositada, este ato era da autoridade fazendária, e não do MM. Juiz de Direito. Portanto, era tal ato que deveria ter sido atacado. Não se trata de questão incidente no processo, mas, sim, de questão alheia ao processo, já decidida como tal anteriormente.

Nessas condições, tendo o acórdão recorrido contrariado o art. 162, § 2º, e o art. 473 do Código de Processo Civil, voto no sentido de conhecer do recurso especial dando-lhe provimento para restabelecer a autoridade da decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito Dr. Maurício Pinto Coelho Filho.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.415.108-RJ (2012/0070461-7)**

---

Relator: Ministro Ari Pargendler  
Recorrente: Organização Ted de Serviços Ltda  
Advogado: Ítalo José Mannarino e outro(s)  
Recorrido: Município do Rio de Janeiro  
Procurador: Flávio Rondon dos Santos e outro(s)

---

**EMENTA**

Processo Civil. Exceção de pré-executividade oposta após a arrematação do bem penhorado.

A exigência de citação constitui pressuposto do contraditório, que é garantia constitucional.

A citação não se confunde com a intimação da penhora e sua falta é causa de nulidade do processo, que se projeta além da sentença, podendo a invalidade ser proclamada independentemente de ação rescisória (CPC, art. 741, I).

Acontece que a exceção de pré-executividade supõe execução ainda não aparelhada, e na espécie ela foi oposta após a arrematação, já decorrido o prazo dos respectivos embargos.

Recurso especial conhecido, mas desprovido.

---

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por

unanimidade, conhecer do recurso especial, mas negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho (Presidente), Benedito Gonçalves e Sérgio Kukina votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 4 de fevereiro de 2014 (data do julgamento).

Ministro Ari Pargendler, Relator

---

DJe 13.2.2014

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ari Pargendler: Os autos dão conta de que, na execução fiscal proposta pelo Município do Rio de Janeiro, Organização Ted de Serviços Ltda. opôs exceção de pré-executividade alegando a nulidade do processo por ausência de prova da citação e de intimação pessoal para o leilão do bem penhorado (e-stj, fl. 120-127).

A exceção de pré-executividade foi liminarmente rejeitada (e-stj, fl. 133 e fl. 202).

Seguiu-se agravo regimental (e-stj, fl. 210-214), ao qual a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro negou provimento nos termos do acórdão assim ementado:

*“Agravo legal em agravo de instrumento. Execução fiscal. Manutenção do indeferimento da exceção de pré-executividade. Mera ratificação dos argumentos da peça inaugural do agravo de instrumento. Não foi trazido ao feito qualquer motivo ensejador de modificação do julgado monocrático. Recurso desprovido”* (e-stj, fl. 218).

Daí o recurso especial interposto pela Organização Ted De Serviços Ltda. com base no art. 105, III, a, da Constituição Federal, alegando violação do art. 214 do Código de Processo Civil (e-stj, fl. 229-234).

### VOTO

O Sr. Ministro Ari Pargendler (Relator): A recorrente alega que o Tribunal *a quo* “desconsiderou a manifesta nulidade/ausência da citação da ré, ora recorrente, que, inclusive, encontra-se expressamente certificada pela Serventia do douto Juízo de 1º Grau” (e-stj, fl. 230).

Com efeito, consta dos autos certidão nos seguintes termos:

“Certifico e dou fé que procedi em buscas na Serventia e não logrei localizar o comprovante (AR) de citação deste feito.

Certifico ainda que diligenciei junto ao sistema IPLAN-Rio e ali não identifiquei ter sido realizada citação válida por estes autos” (e-stj, fl. 201).

A esse respeito, o Tribunal *a quo* assim decidiu:

“Certo é que a exceção de pré-executividade deve ser argüida para apontar matérias passíveis de serem reconhecidas de ofício, como é no presente caso. Entretanto, conforme bem demonstrado na decisão vergastada, a qual se encontra devidamente fundamentada e dispõe com clareza que a agravante foi intimada da penhora realizada (fls. 16) e ficou-se inerte e silente. Passados quatro anos, quando já ocorrida inclusive a imissão na posse do imóvel em questão, apresenta a tese de que não houve adequada citação. Ocorre que fora regular e pessoalmente intimada da penhora realizada nos autos (fls. 16). (...) Ocorre que, como já dito acima, a matéria poderia ser conhecida, se, e somente se a agravante não tivesse se mantido silente por quatro anos e depois de todo o desenrolar da ação, pretender a declaração de nulidade de todos os atos processuais. Afinal, ainda está em vigor a máxima, segunda a qual o direito não socorre a quem dorme” (e-stj, fl. 218-219).

Foram opostos embargos de declaração, rejeitados nos seguintes termos:

“No caso concreto, a demanda refere-se à ação de execução fiscal, na qual foi deferida a penhora do imóvel da Embargante, tendo a mesma conhecimento da demanda, bem como pessoalmente intimada da referida penhora, nos idos de 2006, conforme data e assinatura opostas no mandado intimatório de fls. 14-16 e 27-28” (e-stj, fl. 227).

Salvo melhor juízo, a exigência de citação constitui pressuposto do contraditório, que é garantia constitucional.

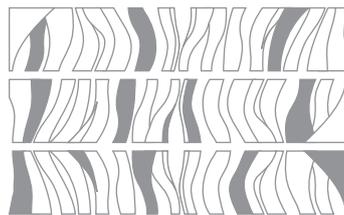
A citação não se confunde com a intimação da penhora e sua falta é causa de nulidade do processo, que se projeta além da sentença, podendo a invalidade ser proclamada independentemente de ação rescisória (CPC, art. 741, I).

Acontece que a exceção de pré-executividade supõe execução ainda não aparelhada, e na espécie ela foi oposta após a arrematação, já decorrido o prazo dos embargos.

Nesta altura, se alguma pretensão a Recorrente pode ter, não vai além da reparação do dano causado pelo Município do Rio de Janeiro, que requereu

o prosseguimento da execução a despeito da falta de citação da Recorrida, e pelo Estado do Rio de Janeiro, cujo Poder Judiciário incorreu em má prestação jurisdicional.

Voto, por isso, no sentido de conhecer do recurso especial, negando-lhe provimento.



---

**Segunda Turma**



---

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N.  
359.300-PR (2013/0222356-4)**

---

Relatora: Ministra Eliana Calmon  
Relator para o acórdão: Ministro Og Fernandes  
Agravante: Edi Siliprandi - Espólio e outro  
Representado por: Carlos Alberto Siliprandi - Inventariante  
Advogados: Carlos Alberto Siliprandi e outro(s)  
Francieli Dias  
Agravado: Município de Cascavel  
Advogado: Milton Alves Cardoso Júnior e outro(s)

---

**EMENTA**

Processual Civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Ação rescisória. Sentença de extinção do processo sem resolução do mérito. Cabimento em tese. Hipótese na qual a sentença não transitou em julgado. Ausência de interesse processual. Súmula n. 7-STJ.

1. É incabível ação rescisória contra sentença ou decisão que não decide o mérito da demanda.

2. A jurisprudência majoritária do STJ também entende por “sentença de mérito” rescindível nos termos do art. 485, *caput*, do CPC, a sentença extintiva do processo sem resolução do mérito, que se enquadra em qualquer hipótese dos incisos do sobredito art. 458 do CPC. Precedentes: REsp n. 1.217.321-SC, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, Rel. p/ Acórdão Ministro *Mauro Campbell Marques*, *Segunda Turma*, DJe 18.3.2013; AgRg no REsp n. 1.352.015-BA, Rel. Ministro *Humberto Martins*, *Segunda Turma*, DJe 18.10.2013.

3. Na espécie, colhe-se do acórdão em avilte que o julgado rescindendo anulou sentença proferida em ação de desapropriação indireta por ausência de intervenção do Ministério Público.

4. Há, na sentença que ingressou nos aspectos de nulidade do processo, uma decisão de mérito que, em linha de princípio, é

rescindível, conforme a jurisprudência firmada pela Segunda Turma nos precedentes acima colacionados.

5. O aresto impugnado (e-STJ, fl. 618), entretanto, consigna que a decisão rescindenda não transitou em julgado, reconhecendo a ausência de interesse processual dos autores da ação.

6. Rever tal conclusões, na via eleita, é medida que implica reexame de provas, o que é defeso a teor da Súmula n. 7-STJ.

7. Agravo regimental ao qual se nega provimento.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, “Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Og Fernandes, a Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Og Fernandes, que lavrará o acórdão. Vencidos, quanto ao fundamento, a Sra. Ministra Eliana Calmon e o Sr. Ministro Herman Benjamin. Votaram com o Sr. Ministro Og Fernandes os Srs. Ministros Humberto Martins e Mauro Campbell Marques (Presidente).

Brasília (DF), 11 de março de 2014 (data do julgamento).

Ministro Og Fernandes, Relator

---

DJe 19.3.2014

### RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão monocrática assim ementada:

Processual Civil. Agravo em recurso especial. Ação rescisória. Descabimento contra decisão que não decide o mérito da demanda. Acórdão em consonância com a jurisprudência desta Corte. Súmula n. 83-STJ.

Aduzem os agravantes, em síntese, que: a) há consenso, tanto na doutrina como na jurisprudência, de que decisões que se constituam em pressuposto de validade de uma sentença de mérito, ainda que versem questões meramente

processuais, podem ser objeto de ação rescisória; b) no caso, a decisão que desafiou a ação rescisória se relacionou efetivamente com o mérito da demanda, alusivo à nulidade da sentença em razão da ausência de intervenção do Ministério Público; c) a ação rescisória se mostra cabível em hipóteses em que a questão que lhe dá azo tenha se tornado preclusa por qualquer razão, inobstante não se refira ao mérito da causa.

Requerem, ao final, o provimento do presente agravo regimental para o fim de reformar a decisão do Tribunal *a quo* e determinar, por conseguinte, o processamento do recurso especial indevidamente vetado na origem.

É o relatório.

## VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): A despeito das alegações da parte agravante, razão não lhe assiste, devendo a decisão agravada ser mantida por seus próprios fundamentos.

Conquanto admita esta Corte o ajuizamento de ação rescisória contra decisões interlocutórias, assim o faz somente se versarem sobre matéria de mérito, a exemplos dos seguintes julgados:

Agravo regimental. Agravo de instrumento em recurso especial. Ação rescisória. Requisitos. Dissídio jurisprudencial não demonstrado. Incidência da Súmula n. 83-STJ.

1.- Não tendo a parte apresentado argumentos novos capazes de alterar o julgamento anterior, deve-se manter a decisão recorrida.

2.- A decisão interlocutória só é passível de impugnação por meio de ação rescisória quando houver abordado questão de mérito da ação.

3.- Agravo Regimental improvido. (AgRg no AREsp n. 203.279-MG, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 23.10.2012, DJe de 8.11.2012)

Processual Civil. Ação rescisória. Acórdão proferido em agravo de instrumento. Juízo sobre a relação de direito material. Rescindibilidade.

1. "Sentença de mérito" a que se refere o art. 485 do CPC, sujeita a ação rescisória, é toda a decisão judicial (= sentença em sentido estrito, acórdão ou decisão interlocutória) que faça juízo sobre a existência ou a inexistência ou o modo de ser da relação de direito material objeto da demanda.

2. Está sujeito a ação rescisória, portanto, o acórdão que indefere pedido de redirecionamento da execução fiscal contra sócio por entender inexistente a sua responsabilidade tributária.

3. Recurso especial provido. (REsp n. 784.799-PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 17.12.2009, DJe de 2.2.2010)

Recurso especial. Descabimento de ação rescisória ajuizada objetivando a desconstituição de decisão interlocutória proferida em execução de título extrajudicial, a despeito de decisão sobre a correção monetária e início de sua fluência.

1.- A jurisprudência desta Corte admite a Ação Rescisória no caso de falsa decisão interlocutória, isto é, de sentenças substancialmente de mérito, entendido como o núcleo da pretensão deduzida em Juízo, o que se evidencia em situações como a de rejeição de pedidos cumulados ou julgamento incidental de reconvenção (REsp n. 628.464-GO, Rel. Min. Nancy Andrighi).

2.- A decisão que fixa termo inicial de correção monetária, entretanto, não julga mérito, configurando, pois, decisão propriamente interlocutória e não de mérito travestida de interlocutória.

3.- Recurso Especial não conhecido. (REsp n. 685.738-PR, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 24.11.2009, DJe de 3.12.2009)

Processo Civil. Ação rescisória. Pressupostos específicos. Sentença de mérito. Inocorrência. Impossibilidade jurídica. Carência.

I - São pressupostos específicos da ação rescisória o enquadramento em uma das hipóteses legais, a observância do prazo decadencial e a impugnação dirigida-se contra decisão de mérito transitada em julgado.

II - Manifesta é a inadmissibilidade da via excepcional da rescisória se ausente pelo menos um desses requisitos, a ensejar a carência da ação por impossibilidade jurídica. (AR n. 17-MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Segunda Seção, DJ de 22.6.1992)

Neste último precedente, o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira fez consignar em seu voto:

Como cediço, três são os pressupostos específicos da ação rescisória:

a - enquadramento em uma das hipóteses legais (CPC, arts. 485 e 1.030);

b - observância do prazo bial; e

c - impugnação de decisão de mérito com trânsito em julgado.

*In casu*, vê-se que o inconformismo se dá em relação a uma decisão interlocutória, que, em fase "executiva", autorizou o levantamento, pelo réu, do valor depositado na consignatória, tanto assim que tal decisão recebeu impugnação recursal pela via do agravo (CPC, arts. 162, § 2º, e 522).

Como igualmente se sabe, a rescisória pressupõe coisa julgada material (*res iudicata*), o que somente ocorre em relação às sentenças de mérito (chamadas

também de “definitivas” por derivarem do verbo definir), que põem fim ao processo, apreciando o mérito (CPC, arts. 162, § 1º e 485, *caput*).

Como se vê, imprópria a via da rescisória para o objetivo colimado pelo autor, pelo que o tenho por carecedor da ação rescisória, que se me apresenta inadmissível no caso que se aprecia.

No caso, limitou-se o julgado rescindendo a anular a sentença proferida em ação de indenização por desapropriação indireta por ausência de intervenção do Ministério Público, não se colocando fim à demanda em relação a qualquer das partes do processo.

Estando o acórdão recorrido perfeitamente adequado à jurisprudência desta Corte, incide o óbice da Súmula n. 83-STJ – “*Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida*” – também aplicável aos recursos interpostos com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional.

Com estas considerações, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.

#### **VOTO-VENCEDOR**

O Sr. Ministro Og Fernandes: Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão proferida pela em. Ministra Eliana Calmon, que negou provimento ao agravo em recurso especial, à consideração de que é incabível ação rescisória contra sentença ou decisão que não decide o mérito da demanda.

Invocou a em. Relatora diversos julgados desta Corte Superior, findando por aplicar a Súmula n. 83-STJ, segundo a qual “*não se conhece de recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida*”, o que se igualmente incide nos recursos fundados na alínea **a** do permissivo constitucional.

É o breve relatório da demanda.

A questão, todavia, é controversa no Superior Tribunal de Justiça.

Cito, por exemplo, acórdão majoritário desta Turma, vencedor o em. Ministro Mauro Campbell Marques, que, na linha de pensamento de Pontes de Miranda, também entende por “sentença de mérito” rescindível nos termos do art. 485, *caput*, do CPC, a sentença extintiva do processo sem resolução do

mérito, que se enquadra em qualquer hipótese dos incisos do sobredito art. 458 do CPC. Eis a ementa:

Processual Civil. Recurso especial. Ação rescisória para discutir verba honorária excessiva ou irrisória fixada pela sentença/acórdão rescindendo. Art. 20, § 3º e § 4º, CPC. Não cabimento (impossibilidade jurídica do pedido). Ausência de violação literal a disposição de lei. Art. 485, V, CPC.

1. O objeto do recurso especial é o cabimento da ação rescisória para discutir verba honorária excessiva (discussão sobre a possibilidade jurídica do pedido da ação rescisória). Não está prequestionada a tese de violação ao art. 20, § 4º, do CPC, sob a ótica de que o quantum fixado a título de honorários efetivamente extrapola o critério de equidade (o que se confunde com o mérito da rescisória). Nesse ponto incide a Súmula n. 282-STF.

2. Quanto à alegação de ilegitimidade passiva. Se a coisa julgada no processo a ser rescindido foi capaz de produzir efeitos na esfera patrimonial dos advogados a título de fixação de honorários advocatícios, certamente a ação rescisória onde figurem as mesmas partes também o será. Principalmente se verificado, como no caso concreto, que são advogados pertencentes ao mesmo escritório de advocacia que estão a representar a parte ré na rescisória. O litisconsórcio aí, acaso existente, seria facultativo, ainda que unitário.

3. Há interesse de agir da Fazenda Nacional na rescisória, já que a concordância na expedição de precatório no curso da execução pelo art. 730, do CPC, movida contra si não implica em renúncia ou guarda qualquer relação com a rescisória que ajuizou justamente para impedir o prosseguimento do feito executivo.

4. A redação do art. 485, *caput*, do CPC, ao mencionar “sentença de mérito” o fez com impropriedade técnica, referindo-se, na verdade, a “sentença definitiva”, não excluindo os casos onde se extingue o processo sem resolução de mérito. Conforme lição de Pontes de Miranda: “A despeito de no art. 485, do Código de Processo Civil se falar de ‘sentença de mérito’, qualquer sentença que extinga o processo sem julgamento do mérito (art. 267) e dê ensejo a algum dos pressupostos do art. 485, I-IX, pode ser rescindida” (“Tratado da ação rescisória”. Campinas: Bookseller, 1998, p. 171).

5. É cabível ação rescisória exclusivamente para discutir verba honorária, pois: “A sentença pode ser rescindida, ou dela só se pedir a rescisão, em determinado ponto ou em determinados pontos.

Por exemplo: somente no tocante à condenação às despesas” (cf. Giuseppe Chiovenda, *La Condanna nelle spese giudiziali*, n. 400 e 404), (Pontes de Miranda, *op. cit.*, p. 174). Precedentes nesse sentido: REsp n. 886.178-RS, Corte Especial, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 2.12.2009; AR n. 977-RS, Terceira Seção, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 12.3.2003; REsp n. 894.750-PR, Primeira Turma, Rel. Min. Denise Arruda, julgado em 23.9.2008. Precedentes em sentido contrário: AR n.

3.542-MG, Segunda Seção, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 14.4.2010; REsp n. 489.073-SC, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 6.3.2007.

6. A ação rescisória fulcrada no art. 485, V, do CPC, é cabível somente para discutir violação a direito objetivo. Em matéria de honorários, é possível somente discutir a violação ao art. 20 e §§ 3º e 4º, do CPC, como regras que dizem respeito à disciplina geral dos honorários, v.g.: a inexistência de avaliação segundo os critérios previstos nas alíneas **a**, **b** e **c**, do § 3º, do art. 20, do CPC.

Por outro lado, se houve a avaliação segundo os critérios estabelecidos e a parte simplesmente discorda do resultado dessa avaliação, incabível é a ação rescisória, pois implicaria em discussão de direito subjetivo decorrente da má apreciação dos fatos ocorridos no processo pelo juiz e do juízo de equidade daí originado. Nestes casos, o autor é carecedor da ação por impossibilidade jurídica do pedido.

7. Não cabe ação rescisória para discutir a irrisoriedade ou a exorbitância de verba honorária. Apesar de ser permitido o conhecimento de recurso especial para discutir o *quantum* fixado a título de verba honorária quando exorbitante ou irrisório, na ação rescisória essa excepcionalidade não é possível já que nem mesmo a injustiça manifesta pode ensejá-la se não houver violação ao direito objetivo. Interpretação que prestigia o caráter excepcionalíssimo da ação rescisória e os valores constitucionais a que visa proteger (efetividade da prestação jurisdicional, segurança jurídica e estabilidade da coisa julgada - art. 5º, XXXVI, da CF/1988).

Precedentes nesse sentido: AR n. 3.754-RS, Primeira Seção, Rel. Min. José Delgado, julgado em 28 de maio de 2008; REsp n. 937.488-RS, Segunda Turma, julgado em 13.11.2007; REsp n. 827.288-RO, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 18 de maio de 2010.

Precedentes em sentido contrário: REsp n. 802.548-CE, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 15.12.2009; REsp n. 845.910-RS, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, julgado em 3.10.2006.

8. No caso concreto a Fazenda Nacional ajuizou ação rescisória para discutir a exorbitância de verba honorária, o que considero incabível (pedido juridicamente impossível). Sendo assim, *divirjo do relator para conhecer parcialmente e, nessa parte, negar provimento ao recurso especial.*

(REsp n. 1.217.321-SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Rel. p/ Acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 18.3.2013) - grifos acrescidos

No mesmo sentido afirmou o em. Ministro Humberto Martins no julgamento do AgRg no REsp n. 1.352.015-BA, DJe 18.10.2013, do qual foi Relator:

Nos termos do art. 485 do CPC, são rescindíveis as sentenças de mérito transitadas em julgado. De acordo com o art. 162, § 1º, do CPC, são considerados sentenças os pronunciamentos descritos nos arts. 267 e 269 do CPC, este elencando as hipóteses de sentença com resolução de mérito.

Todavia, o único meio de poder se identificar uma sentença é analisando o seu conteúdo.

Nas palavras da doutrinadora Teresa Arruda Alvim Wambier “dizer poder distinguir-se a sentença das demais manifestações judiciais a partir do critério topológico - como se costumava fazer, antes da reforma da Lei n. 11.232/2005 - significava, a nosso ver, endossar a tautologia a que se chegava pela anterior redação do texto legal: o lugar em que se a sentença se encontra é o fim do procedimento em primeiro grau. Assim, pronunciamentos judiciais como de indeferimento liminar da reconvenção, da oposição e de outras tantas ações incidentais, ainda que não encerrem a atividade cognitiva realizada pelo juiz de primeiro grau, têm natureza jurídica de sentença. Não é efetivamente, a circunstância de, ocasionalmente, impor a Lei o agravo como recurso cabível contra determinado pronunciamento judicial que determinaria que, no caso, se estaria diante de pronunciamento diverso de sentença. Nada impede, portanto, seja cabível ação rescisória contra pronunciamentos agraváveis” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 483-484).

Na espécie, colhe-se do acórdão em avilte que o julgado rescindendo anulou sentença proferida em ação de desapropriação indireta por ausência de intervenção do Ministério Público (e-STJ, fl. 615).

Com a devida vênia, entendo haver, na sentença que ingressou nos aspectos de nulidade do processo, uma decisão de mérito que, em linha de princípio, é rescindível, conforme a jurisprudência firmada pela Segunda Turma no precedente acima colacionado.

O referido aresto (e-STJ, fl. 618), entretanto, consigna que a decisão rescindenda não transitou em julgado, reconhecendo a ausência de interesse processual dos autores da ação:

Não bastasse isso, também resta nítida a ausência de interesse processual pelo fato da ação originária (338-99) não ter transitado em julgado.

Com efeito, embora os agravantes tenham coligido aos autos a certidão de fls. 27, na qual consta que o Recurso Especial perante o Superior Tribunal de Justiça transitou em julgado, verifica-se que a ação originária ainda está em andamento. E o que se extrai da consulta realizada por este Relator junto ao sítio da Assejepar na *internet*.

Nesse passo, ao invés de se valer da presente ação para rescindir o acórdão deste Tribunal do qual não cabe mais recurso, os autores deverão aguardar o regular trâmite da ação originária, na qual o Juiz *a quo* deverá proceder nova instrução probatória e proferir nova sentença.

Rever tais conclusões, na via eleita, é medida que implica reexame de provas, o que é defeso a teor da Súmula n. 7-STJ.

Ante o exposto, acompanhando a em. Ministra Relatora, ainda que por razões diversas, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

---

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N.  
463.511-SE (2014/0009626-7)**

---

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques

Agravante: Petróleo Brasileiro S/A Petrobras

Advogados: Hélio Siqueira Júnior

Igor Vasconcelos Saldanha

Leonan Calderaro Filho e outro(s)

Nilton Antônio de Almeida Maia

Agravado: Estado de Sergipe

Procurador: José Paulo Leão Veloso Silva e outro(s)

---

**EMENTA**

Processual Civil. Agravo regimental no agravo. Recurso especial. Execução fiscal. Substituição do bem penhorado (depósito em dinheiro) por fiança bancária. Impossibilidade. Execução garantida por meio de depósito em dinheiro. Cobrança do tributo questionada por meio de embargos. Levantamento ou conversão em renda que se sujeita ao trânsito em julgado da decisão que reconheça ou afaste a legitimidade da exação.

1. A Primeira Seção desta Corte, ao apreciar os EREsp n. 1.077.039-RJ (Rel. p/ acórdão Min. Herman Benjamin, DJe de 12.4.2011), pacificou entendimento no sentido de que, em se tratando de execução fiscal garantida por meio de depósito em dinheiro, a sua substituição por fiança bancária, em regra, sujeita-se à anuência da Fazenda Pública, admitindo-se, excepcionalmente, tal substituição quando comprovada a necessidade de aplicação no disposto no art. 620 do CPC (princípio da menor onerosidade), o que não restou demonstrado no caso concreto.

2. Não há falar em afronta ao art. 475, § 3º, do CPC, pois, a despeito da sentença de procedência relativa aos embargos à execução fiscal, somente após o trânsito em julgado da decisão é possível o levantamento dos valores depositados em juízo ou a sua conversão em renda da Fazenda Pública (EREsp n. 734.831-MG, 1ª Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 18.11.2010; EREsp n. 1.189.492-MT, 1ª Seção, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 7.11.2011).

3. Agravo regimental não provido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento: “A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).”

A Sra. Ministra Assusete Magalhães, os Srs. Ministros Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro Og Fernandes.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília (DF), 1º de abril de 2014 (data do julgamento).

Ministro Mauro Campbell Marques, Relator

---

DJe 7.4.2014

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Trata-se de agravo regimental (fls. 553-557) apresentado contra decisão monocrática sintetizada na seguinte ementa:

Processual Civil. Agravo. Recurso especial. Execução fiscal. Substituição do bem penhorado (depósito em dinheiro) por fiança bancária. Impossibilidade. Execução garantida por meio de depósito em dinheiro. Cobrança do tributo questionada por meio de embargos. Levantamento ou conversão em renda que se sujeita ao trânsito em julgado da decisão que reconheça ou afaste a legitimidade da exação. Agravo não provido.

A agravante argumenta, em síntese, que: (a) no caso, há elementos que o diferenciam do acórdão proferido nos EREsp n. 1.077.039-RJ; (b) “o caso discutido nestes autos não trata de puro e simples pedido de liberação dos valores constrictos em penhora on line, como se finda fosse a execução, mas sim de substituição da penhora por outra modalidade de garantia igualmente eficaz, concernente na fiança bancária, em nome do princípio da menor onerosidade ao devedor”.

Requer a reconsideração da decisão agravada ou a apreciação colegiada da controvérsia.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (Relator): O recurso não merece prosperar.

A Primeira Seção desta Corte, ao apreciar os EREsp n. 1.077.039-RJ (Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Rel. p/ acórdão Min. Herman Benjamin, DJe de 12.4.2011), pacificou entendimento no sentido de que, em se tratando de execução fiscal garantida por meio de depósito em dinheiro, a sua substituição por fiança bancária, em regra, sujeita-se à anuência da Fazenda Pública, admitindo-se, excepcionalmente, tal substituição quando comprovada a necessidade de aplicação no disposto no art. 620 do CPC (princípio da menor onerosidade), o que não restou demonstrado no caso concreto.

O referido precedente foi assim ementado:

Processual Civil. Embargos de divergência. Execução fiscal. Substituição da penhora de dinheiro por fiança bancária. Inteligência dos arts. 9º, §§ 3º, e 4º, e 15, I, da Lei n. 6.830/1980.

1. Admite-se o presente recurso, porquanto adequadamente demonstrada a divergência atual das Turmas que compõem a Seção de Direito Público do STJ a respeito da pretendida equiparação do dinheiro à fiança bancária, para fins de substituição de garantia prestada em Execução Fiscal, independentemente da anuência da Fazenda Pública.

2. O legislador estabeleceu a possibilidade de garantia da Execução Fiscal por quatro modos distintos: a) depósito em dinheiro, b) oferecimento de fiança bancária, c) nomeação de bens próprios à penhora, e d) indicação de bens de terceiros, aceitos pela Fazenda Pública.

3. O processo executivo pode ser garantido por diversas formas, mas isso não autoriza a conclusão de que os bens que as representam sejam equivalentes entre si.

4. Por esse motivo, a legislação determina que somente o depósito em dinheiro “faz cessar a responsabilidade pela atualização monetária e juros de mora” (art. 9º, § 4º, da Lei n. 6.830/1980) e, no montante integral, viabiliza a suspensão da exigibilidade do crédito tributário (art. 151, II, do CTN).

5. Nota-se, portanto, que, por falta de amparo legal, a fiança bancária, conquanto instrumento legítimo a garantir o juízo, não possui especificamente os mesmos efeitos jurídicos do depósito em dinheiro.

6. O fato de o art. 15, I, da LEF prever a possibilidade de substituição da penhora por depósito ou fiança bancária significa apenas que o bem constrito é passível de substituição por um ou por outro. Não se pode, a partir da redação do mencionado dispositivo legal, afirmar genericamente que o dinheiro e a fiança bancária apresentam o mesmo *status*.

7. Considere-se, ainda, que: a) o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil estabelece padrão de hermenêutica (“o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige”); b) o processo de Execução tem por finalidade primordial a satisfação do credor; c) no caso das receitas fiscais, possuam elas natureza tributária ou não-tributária, é de conhecimento público que representam obrigações pecuniárias, isto é, a serem quitadas em dinheiro; e d) as sucessivas reformas feitas no Código de Processo Civil (de que são exemplos as promovidas pelas Leis n. 11.232/2005 e 11.382/2006) objetivam prestigiar justamente a eficiência na entrega da tutela jurisdicional, a qual deve ser prestada, tanto quanto possível, preferencialmente em espécie.

8. Em conclusão, verifica-se que, regra geral, quando o juízo estiver garantido por meio de depósito em dinheiro, ou ocorrer penhora sobre ele, inexistente direito subjetivo de obter, sem anuência da Fazenda Pública, a sua substituição por fiança bancária.

9. De modo a conciliar o dissídio entre a Primeira e a Segunda Turmas, admite-se, em caráter excepcional, a substituição de um (dinheiro) por outro (fiança bancária), mas somente quando estiver comprovada de forma irrefutável, perante a autoridade judicial, a necessidade de aplicação do princípio da *menor onerosidade* (art. 620 do CPC), situação inexistente nos autos.

10. Embargos de Divergência não providos.

Não há falar também em afronta ao art. 475, § 3º, do CPC.

Isso porque a orientação da Primeira Seção-STJ é firme no sentido de que, “por força da regra contida no art. 32, § 2º, da Lei n. 6.830/1980, o levantamento de depósito judicial ou a sua conversão em renda da Fazenda Pública, sujeita-se ao trânsito em julgado da decisão que reconheceu ou afastou a legitimidade da exação. O art. 32, § 2º, da Lei n. 6.830/1980 é norma especial, que deve prevalecer sobre o disposto no art. 587 do CPC, de modo que a conversão em renda do depósito em dinheiro efetuado para fins de garantia da execução fiscal somente é viável após o trânsito em julgado da decisão que reconheceu a legitimidade da exação. Em virtude desse caráter especial da norma, não há falar na aplicação do entendimento consolidado na Súmula n. 317-STJ” (EREsp n. 734.831-MG, 1ª Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 18.11.2010).

Ressalte-se que “esse entendimento deve ser estendido para os valores decorrentes de penhora on line, via Bacen-Jud, na medida em que o art. 11, § 2º, da Lei n. 6.830/1980, preconiza que “[a] penhora efetuada em dinheiro será convertida no depósito de que trata o inciso I do art. 9º” (EREsp n. 1.189.492-MT, 1ª Seção, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 7.11.2011).

No mesmo sentido:

Processual Civil. Agravo regimental no agravo. Recurso especial. Execução fiscal. Execução garantida por meio de depósito em dinheiro. Cobrança do tributo questionada em sede de embargos à execução. Levantamento ou conversão em renda que se sujeita ao trânsito em julgado da decisão que reconheça ou afaste a legitimidade da exação.

1. “Por força da regra contida no art. 32, § 2º, da Lei n. 6.830/1980, o levantamento de depósito judicial ou a sua conversão em renda da Fazenda Pública, sujeita-se ao trânsito em julgado da decisão que reconheceu ou afastou a legitimidade da exação. O art. 32, § 2º, da Lei n. 6.830/1980 é norma especial, que deve prevalecer sobre o disposto no art. 587 do CPC, de modo que a conversão em renda do depósito em dinheiro efetuado para fins de garantia da execução fiscal somente é viável após o trânsito em julgado da decisão que reconheceu

a legitimidade da exação. Em virtude desse caráter especial da norma, não há falar na aplicação do entendimento consolidado na Súmula n. 317-STJ" (REsp n. 734.831-MG, 1ª Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 18.11.2010).

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp n. 210.113-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 28.9.2012)

Desse modo, a despeito da sentença de procedência relativa aos embargos à execução fiscal, somente após o trânsito em julgado da decisão é possível o levantamento dos valores depositados em juízo ou a sua conversão em renda da Fazenda Pública.

Diante do exposto, *nego provimento* ao agravo regimental.

É o voto.

—

---

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 36.325-ES  
(2011/0260275-0)**

---

Relator: Ministro Herman Benjamin

Recorrente: Sebastião Mattos Mozine

Advogado: Ricardo Tadeu Rizzo Bicalho e outro(s)

Recorrido: Estado do Espírito Santo

Procurador: Paulo José Soares Serpa Filho e outro(s)

---

**EMENTA**

Administrativo. Processo disciplinar. Magistrado. Aposentadoria compulsória. Violação de deveres. Conduta incompatível com a dignidade da função. Empréstimo de terreno para guarda de veículos destinados a desmanche. Envolvimento com integrante de quadrilha de roubo e receptação de automóveis. Pessoa que possuía condenação penal transitada em julgado por crime contra a fé pública. Execução da pena no juízo em que o sancionado atuava.

1. Cuida-se, na origem, de Mandado de Segurança impetrado contra ato do Plenário do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, que, por maioria de votos, aplicou ao recorrente a sanção de aposentadoria compulsória, com proventos proporcionais ao tempo de serviço, nos moldes do art. 42, V, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional - LOMAN.

2. O motivo da punição do magistrado consistiu no fato de ele ter emprestado imóvel de sua propriedade para o depósito de dois veículos a pessoa em relação à qual posteriormente se descobriu integrante de quadrilha direcionada a roubos e furtos de carros, e que já havia sido condenado a cumprir pena alternativa de prestação de serviços à comunidade pelo crime de falsificação de papéis públicos, executada por precatória no juízo em que oficiava o recorrente.

3. O Tribunal *a quo* denegou a Segurança, por concluir que “a medida adotada (...) apresenta-se em consonância com a legislação de regência, pois a infração imputada ao ora Impetrante é causa de aposentadoria compulsória, nos termos do inciso VIII, do artigo 42 da LOMAN” (fl. 1.699). Assentou ainda “não visualizar qualquer inobservância aos postulados constitucionais do devido processo legal, ampla defesa e contraditório” (fl. 1.700).

4. No Recurso Ordinário, a parte pleiteia a declaração de nulidade da pena disciplinar de aposentadoria compulsória e a consequente reintegração no cargo de magistrado. As razões apresentadas consistem basicamente na não observância do *princípio da proporcionalidade*, por força de circunstâncias do caso concreto e da alegada boa-fé como móvel de sua conduta. Aduz ainda que, na Ação Penal instaurada, não ficou demonstrado qualquer indício de ligação sua com os delitos praticados por aquele a quem emprestou o terreno.

### **CONTROLE DE LEGALIDADE DA SANÇÃO DISCIPLINAR PELO PODER JUDICIÁRIO**

5. A apreciação acerca da observância dos *princípios da proporcionalidade* e da *razoabilidade* se encontra relacionada com a própria legalidade do ato administrativo, de modo que não se descarta, *in abstracto*, essa análise pelo Poder Judiciário.

6. A possível discricionariedade conferida por lei, no âmbito do poder disciplinar, há que ser compreendida como a margem de

liberdade propiciada pela norma incidente sobre um caso concreto, por força da presença de *conceitos indeterminados*, e não como hipótese marcada por juízo de conveniência e de oportunidade.

7. Nessa linha, a Primeira Seção do STJ firmou a impossibilidade de a Administração Pública, por razões discricionárias (juízo de conveniência e de oportunidade), deixar de aplicar a pena de demissão, quando *indubidosa* a ocorrência de motivo previsto na norma que comina tal espécie de sanção (MS n. 12.200-DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, DJe 3.4.2012).

8. *In casu*, a sanção infligida decorre de previsão que contempla conceitos indeterminados (art. 56, II, da LOMAN), de modo que compete ao Poder Judiciário verificar se o *motivo do ato* se adequa ao *motivo legal* e se o juízo feito pela Administração desborda da margem de liberdade porventura provocada pela fluidez dos signos contidos naquele dispositivo.

### **CONTROLE DE LEGALIDADE DA APOSENTADORIA COMPULSÓRIA APLICADA AO MAGISTRADO NO CASO CONCRETO**

9. A penalidade imposta encontra aplicação no art. 42, V, da LOMAN, que autoriza sua imposição nas previsões listadas no art. 56 do mesmo diploma legal.

10. Como se depreende da decisão administrativa, o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo fundamentou a sanção na constatação de conduta incompatível com a dignidade, a honra e o decoro da função, por ter o recorrente violado o dever de manter conduta irrepreensível na vida pública e particular (art. 35, VIII, da LOMAN), especialmente pela mencionada “negligência e manifesta imprudência”, ao permitir que um simples conhecido, cuja ficha policial continha seis Inquéritos e uma condenação criminal transitada em julgado, pudesse guardar em seu imóvel dois automóveis adquiridos em leilão, os quais se destinariam a desmanche por quadrilha de furto e roubo.

11. Importa questionar se a conduta descrita se amolda ao disposto nos arts. 35, VIII, e 56, II, da LOMAN, ainda que se tome como verdade que o recorrente nada sabia sobre a finalidade daqueles

veículos e sobre o envolvimento da aludida pessoa na mencionada quadrilha.

12. Em julgamento de Mandado de Segurança contra aposentadoria compulsória de magistrado, o STF consignou que o Poder Judiciário deve se ater ao controle da legalidade da motivação apresentada pela Corte Administrativa para a punição (MS n. 24.803, Relator: Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJe-104 4.6.2009).

13. A previsão de aposentadoria compulsória para os casos de procedimento incompatível com a *dignidade*, a *honra* e o *decoro* das funções de magistrado contempla indubitavelmente conceitos indeterminados, além de poder abarcar tanto a conduta dolosa quanto a culposa, desde que a gravidade desta autorize a imposição da pena mais grave existente para o juiz vitalício, na ordem jurídica em vigor.

14. Impressiona o fato de o recorrente ter atuado na função de juiz deprecado, no cumprimento de carta expedida pela Justiça Federal para execução de pena restritiva de direito imposta a Vonn Ranieri Gonçalves Fernandes – condenado por crime contra a fé pública –, e ainda assim consentir que essa pessoa depositasse em sua propriedade dois automóveis.

15. Outro dado relevante valorado pelo Tribunal de Justiça consiste no fato de Sebastião Mattos Mozine ter inicialmente negado em sua defesa prévia que teve ciência da aludida condenação, ao passo que, em momento posterior, veio a afirmar, em seu depoimento pessoal, que tivera efetivo conhecimento da pena criminal imposta pela Justiça Federal a Vonn Ranieri Gonçalves Fernandes, e que, inclusive, o conhecia desde o ano de 2004 (fls. 1.532-1.533).

16. Ademais, causa espanto que um magistrado tenha agido com tão grave negligência ao se relacionar com pessoa condenada pela Justiça Criminal, a ponto de ceder terreno para guarda de dois automóveis, os quais se destinariam a desmanche por quadrilha de carros roubados – fato posteriormente descoberto –, embora, conforme por ele alegado, nem sequer soubesse onde o favorecido residia.

17. Como a aposentadoria compulsória levou em consideração que o recorrente agiu “com negligência e manifesta imprudência em permitir que com o mesmo continuasse a manter contatos, ainda que esporádicos, culminando por autorizar o empréstimo do imóvel de

sua propriedade para que esse alegado desconhecido, sabidamente condenado pelo crime de falsificação de papéis públicos, lá depositasse automóveis danificados, adquiridos em leilão, os quais, posteriormente, foram utilizados para receptação, desmanche e adulteração de outros automóveis, conforme salientado” (fl. 1.536), as medidas por ele adotadas após a publicidade dos fatos, a exemplo da comunicação à autoridade policial sobre o local onde se encontravam os veículos, são insuficientes para modificar a qualificação da conduta culposa anteriormente praticada.

18. Nesse contexto, o exame das razões invocadas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo para a aplicação da aposentadoria compulsória revela que o ato administrativo não extrapolou a margem de liberdade conferida pela incidência, *in concreto*, dos conceitos indeterminados quanto à incompatibilidade da ação do recorrente com a *dignidade*, a *honra* e o *decoro* das funções então ocupadas.

### INCOMUNICABILIDADE DAS ESFERAS PENAL E ADMINISTRATIVA

19. Consoante a jurisprudência do STJ, as esferas penal e administrativa são independentes e a única vinculação admitida é quando o acusado é inocentado na Ação Penal em face da negativa de existência do fato ou quando não reconhecida a autoria do crime, o que não se afigura nos autos. Precedentes.

20. A sanção disciplinar teve como motivo conduta culposa ofensiva à dignidade da função e dos deveres de magistrado na vida pública e particular, de forma que a hipótese normativa é autônoma em relação aos fatos delituosos praticados pelo favorecido com o empréstimo do terreno.

21. Ainda que houvesse denúncia e absolvição por hipotética participação do recorrente nos referidos crimes contra o patrimônio, seria o caso de reconhecer a incidência da Súmula n. 18-STF: “Pela falta residual, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público”. Nesse sentido: REsp n. 1.226.694-SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 20.9.2011; REsp n. 1.199.083-SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 8.9.2010.

22. Recurso Ordinário não provido, ressalvadas as vias judiciais ordinárias.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Eliana Calmon.

Dr(a). Eduardo Dantas Ramos Júnior, pela parte recorrente: Sebastião Mattos Mazine.

Brasília (DF), 22 de outubro de 2013 (data do julgamento).

Ministro Herman Benjamin, Relator

---

DJe 5.12.2013

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Trata-se de Recurso Ordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo assim ementado:

Ementa: Mandado de segurança. Processo administrativo disciplinar. Aplicação da penalidade de aposentadoria compulsória. Conduta incompatível com as funções de magistrado. Proporcionalidade e razoabilidade da pena imposta. Ordem denegada.

1) Compete ao Poder Judiciário examinar a legalidade do ato administrativo de demissão de agente público, bem como do processo administrativo disciplinar que culminou na aplicação daquela penalidade, o que se não confunde com o exame do mérito administrativo.

2) Uma vez respeitadas, na decisão administrativa, as formalidades legais, inclusive com preservação das garantias processuais ínsitas na Constituição Federal, atinentes à necessidade de motivação do ato decisório, devido processo legal e ampla defesa, não há que se falar em ilegalidade na atuação administrativa capaz de justificar a reavaliação do ato na esfera jurídica.

3) Tendo a Administração motivado seu posicionamento a respeito da real amplitude do conceito jurídico indeterminado previsto na LOMAN como conduta passível de resultar na penalidade de aposentadoria compulsória, a rigor, não seria possível nova análise dessa conceituação por meio do Poder Judiciário.

4) Havendo previsão legal abordando a conduta imputada ao magistrado como passível de sofrer a sanção de aposentadoria compulsória e tendo a Administração motivado a decisão proferida em escorreito procedimento administrativo disciplinar, com exposição de elementos concretos extraídos da investigação empreendida, não se reputa presente na decisão colegiada qualquer desconformidade com os vetores implícitos da proporcionalidade e razoabilidade.

5) Ordem denegada (fls. 1.686-1.687).

Os Embargos de Declaração foram rejeitados (fls. 1.725-1.726).

Nas razões do Recurso Ordinário, o recorrente sustenta, em síntese, que:

a) o Poder Judiciário pode apreciar a idoneidade e adequação da pena aplicada em Processo Administrativo Disciplinar - PAD;

b) a sanção imposta ofende o *princípio da proporcionalidade*;

c) circunstâncias do caso concreto impedem a aplicação da aposentadoria compulsória;

d) o empréstimo de imóvel a terceiro que o empregou em práticas criminosas, sem que houvesse prévio conhecimento desses fatos pelo impetrante, não justifica a sanção imposta;

e) agiu de boa-fé e, assim que tomou ciência dos crimes, informou à autoridade policial sobre o empréstimo;

f) ficou comprovado, no PAD, que ele não mantinha relação íntima de amizade com o autor dos fatos delituosos;

g) na Ação Penal, ficou demonstrada sua efetiva colaboração para a apuração do delito;

h) a sentença penal transitou em julgado, sem que fosse cogitada qualquer participação de sua parte no empreendimento delitivo;

i) não se podem admitir conclusões conflitantes nas esferas penal e administrativa;

j) está configurado o direito líquido e certo à revisão da pena disciplinar.

O Ministério Público Federal opina pelo parcial provimento do recurso apenas para que o Tribunal *a quo* reaprecie a dosimetria da sanção aplicada (fls. 1.830-1.833).

É o *relatório*.

## VOTO

O Sr. Ministro Herman Benjamin (Relator): Cuida-se, na origem, de Mandado de Segurança impetrado contra ato do Plenário do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, que, por maioria de votos, aplicou ao recorrente a sanção de aposentadoria compulsória, com proventos proporcionais ao tempo de serviço, nos moldes do art. 42, V, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional - LOMAN.

O motivo da punição do magistrado consistiu no fato de ele ter emprestado imóvel de sua propriedade para o depósito de dois veículos a pessoa em relação à qual posteriormente se descobriu integrante de quadrilha direcionada a roubos e furtos de carros, que já havia sido condenado a cumprir pena alternativa de prestação de serviços à comunidade pelo crime de falsificação de papéis públicos, executada por precatória no juízo em que oficiava o recorrente.

A divergência encontrada na decisão administrativa diz respeito à natureza da penalidade disciplinar. A minoria entendia cabível a remoção compulsória, ao passo que prevaleceu a conclusão pela aplicação da pena máxima prevista em nosso ordenamento ao juiz que possui vitaliciedade.

O Tribunal *a quo* denegou a Segurança, por concluir que “a medida adotada (...) apresenta-se em consonância com a legislação de regência, pois a infração imputada ao ora Impetrante é causa de aposentadoria compulsória, nos termos do inciso VIII, do artigo 42 da LOMAN” (fl. 1.699). Assentou ainda “não visualizar qualquer inobservância aos postulados constitucionais do devido processo legal, ampla defesa e contraditório” (fl. 1.700).

No Recurso Ordinário, a parte pleiteia a declaração de nulidade da pena disciplinar de aposentadoria compulsória e a conseqüente reintegração no cargo de magistrado. As razões apresentadas consistem basicamente na não observância do *princípio da proporcionalidade*, por força de circunstâncias do caso concreto e da alegada boa-fé como móvel de sua conduta. Aduz ainda, na Ação Penal instaurada, não ficou demonstrado indício de ligação sua com os delitos praticados por aquele a quem emprestou o terreno.

Passo à análise das questões controvertidas.

### **1. Controle de legalidade da sanção disciplinar pelo Poder Judiciário**

A Constituição Federal consagrou o *princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário*, ao estabelecer que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV).

Em razão disso, não resta dúvida de que é possível ao Poder Judiciário realizar o controle de legalidade da pena aplicada ao servidor público, ao final de processo administrativo disciplinar.

A extensão desse controle, contudo, é controvertida nas situações em que a norma legal confere certa margem de liberdade ao administrador.

Como adverte José dos Santos Carvalho Filho, o controle jurisdicional deve alcançar “todos os aspectos de legalidade dos atos administrativos, não podendo, todavia, estender-se à valoração da conduta que a lei conferiu ao administrador”. Em seguida, registra que “os doutrinadores têm considerado os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como valores que podem ensejar o controle da discricionariedade, enfrentando situações que, embora com aparência de legalidade, retratam verdadeiro abuso de poder” (*Manual de Direito Administrativo*, 21ª ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 50).

Nessa linha, a apreciação acerca da observância dos *princípios da proporcionalidade* e da *razoabilidade* se encontra relacionada com a própria legalidade do ato administrativo, de modo que não se descarta, *in abstracto*, essa análise pelo Poder Judiciário.

Eis a causa da grande confusão que se costuma fazer em relação ao tema: a falta de distinção entre o exame da discricionariedade prevista *na norma* e a efetiva existência de discricionariedade à luz de um *caso concreto*. Se, diante de uma situação ocorrida no mundo dos fatos, for possível à Administração adotar duas ou mais medidas igualmente razoáveis, então ao Poder Judiciário é vedado dizer qual delas mais atenderia ao interesse público. Por outro lado, pode haver situações marcadas por objetiva certeza, a ponto de a fluidez do signo normativo não se verificar no caso concreto, quando, por exemplo, a qualquer homem médio for constatável o preenchimento de pressupostos como “urgência”, “boa conduta”, “má reputação” etc.

Transcrevo, por oportuno, preciosa doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Com efeito, se em determinada situação real o administrador reputar, em entendimento razoável (isto é, comportado pela situação, ainda que outra opinião divergente fosse igualmente sustentável), que se lhe aplica o conceito normativo vago e agir nesta conformidade, *não se poderá dizer que violou a lei*, que transgrediu o direito. Em assim sendo, evidentemente terá procedido *dentro de uma liberdade intelectual que, in concreto, o direito lhe facultava*. Logo, não haveria título jurídico para que qualquer controlador de legitimidade, ainda que fosse o Judiciário, lhe corrigisse a conduta, pois a este incumbe reparar *violações de direito* e não procedimentos que lhe sejam conformes.

Induvidosamente, havendo litígio sobre a correta subsunção do caso concreto a um suposto legal descrito mediante conceito indeterminado, caberá ao Judiciário conferir se a Administração, ao aplicar a regra, *se manteve no campo significativo de sua aplicação ou se o desconheceu*. Verificado, entretanto, que a Administração se firmou em uma inteligência perfeitamente cabível, ou seja, comportada pelo conceito ante o caso concreto – *ainda que outra também pudesse sê-lo* – desassistirá ao Judiciário assumir est'outra, substituindo o juízo administrativo pelo seu próprio. É que aí haveria um contraste de inteligências, igualmente possíveis. Ora, *se a inteligência administrativa não contrariava o direito* – este é o pressuposto do tópico *sub examine* – faleceria título jurídico ao órgão controlador de legitimidade para rever o ato, conforme dantes se disse (*Discricionariedade e controle jurisdicional*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 23-24, destaques no original).

O que não cabe ao juiz, portanto, é substituir o administrador na escolha atribuída a ele por lei, nos limites da competência discricionária. Em outras palavras, o juiz não pode invadir a margem de liberdade *in concreto*, na qual o administrador pode atuar de maneira legítima.

A possível discricionariedade conferida por lei, no âmbito do poder disciplinar, há que ser compreendida como essa margem de liberdade propiciada pela norma incidente sobre um caso concreto, por força da presença de *conceitos indeterminados*, e não como hipótese marcada por juízo de conveniência e de oportunidade.

Nessa linha, a Primeira Seção do STJ assentou a impossibilidade de a Administração Pública, por razões discricionárias (juízo de conveniência e de oportunidade), deixar de aplicar a pena de demissão, quando induvidosa a ocorrência de motivo previsto na norma que comina tal espécie de sanção:

Administrativo. Servidor público federal. Processo disciplinar. Demissão. Proporcionalidade e razoabilidade na sanção. Verificada. Prejuízo ao erário. Existente. Ausência de direito líquido e certo.

(...)

3. “A Administração Pública, quando se depara com situações em que a conduta do investigado se amolda nas hipóteses de demissão ou cassação de aposentadoria, não dispõe de discricionariedade para aplicar pena menos gravosa por tratar-se de ato vinculado” (MS n. 15.517-DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 18.2.2011). No mesmo sentido: MS n. 16.567-DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 18.11.2011). No mesmo sentido: MS n. 15.951-DF, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJe 27.9.2011.

Segurança denegada.

(MS n. 12.200-DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, DJe 3.4.2012).

Parece-me que esse é o sentido de recente julgado da Segunda Turma, em que este órgão afirmou que “A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça orienta no sentido de que *não há que se falar na presença de discricionariedade no exercício do poder disciplinar* pela autoridade pública, sobretudo no que tange à imposição de sanção disciplinar. Por esse motivo, possível o controle judicial de tais atos administrativos de forma ampla” (REsp n. 1.307.532-RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 16.4.2013, destaquei).

Com efeito, a discricionariedade da qual não se pode falar quando se trata de poder disciplinar é aquela associada a mero juízo de conveniência e de oportunidade. Por outro lado, quando a norma contemplar conceitos indeterminados, é possível que, *in concreto*, o administrador venha a dispor de certa margem de liberdade e, portanto, de discricionariedade, entendida nesses termos.

Na hipótese dos autos, a sanção aplicada decorre de previsão que contempla conceitos indeterminados (art. 56, II, da LOMAN), de modo que compete ao Poder Judiciário analisar se o *motivo do ato* corresponde ao *motivo legal*, ou seja, à hipótese normativa e se o juízo feito pela Administração desborda da margem de liberdade porventura provocada pela fluidez dos signos contidos naquele dispositivo.

Em arremate a esse tópico, observo que o Tribunal *a quo* não se esquivou de apreciar a legalidade do ato punitivo, tendo em vista a conclusão de que “a medida adotada por este Plenário apresenta-se em consonância com a legislação de regência, pois a infração imputada ao ora Impetrante é causa de aposentadoria compulsória, nos termos do inciso VIII, do artigo 42 da LOMAN” (fl. 1.699).

## 2. Controle de legalidade da aposentadoria compulsória imposta a magistrado no caso concreto

A penalidade aplicada encontra previsão no art. 42, V, da LOMAN, que autoriza sua imposição nas hipóteses listadas no art. 56 do mesmo diploma legal. Eis o teor dos dispositivos:

Art. 42 - São penas disciplinares:

(...)

V - aposentadoria compulsória com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço;

Art. 56 - O Conselho Nacional da Magistratura poderá determinar a aposentadoria, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, do magistrado:

I - manifestadamente negligente no cumprimento dos deveres do cargo;

II - de procedimento incompatível com a dignidade, a honra e o decoro de suas funções;

III - de escassa ou insuficiente capacidade de trabalho, ou cujo proceder funcional seja incompatível com o bom desempenho das atividades do Poder Judiciário.

Transcrevo, por oportuno, elucidativo fragmento de um dos votos favoráveis à imposição da aposentadoria compulsória:

O conteúdo positivo das normas retro aduzidas revela-se indicativo, no tocante ao comportamento, público e privado, que todo magistrado deve ter, capaz de garantir a honra, a dignidade e o decoro de suas funções, preservando qualquer mácula à imagem da Magistratura Nacional.

No que pertine à hipótese vertente dos presentes autos, consta da farta prova documental colacionada no bojo dos autos, que o *Requerido* emprestou um terreno de sua propriedade, localizado no Município de Anchieta, para que uma pessoa de nome **Vonn Ranieri Gonçalves Fernandes** guardasse 02 (dois) automóveis adquiridos em leilão, após danificados em colisão de trânsito, sendo, posteriormente verificado o envolvimento desse cidadão e de terceiros com roubo e furto de carros, além de outros crimes.

A estratégia da quadrilha consistia em comprar veículos danificados de pessoas físicas ou através de leilões para, posteriormente, utilizar os *chassis* e outros elementos desses automóveis em outros veículos roubados ou furtados e de idêntica marca e categoria, visando promover receptação, desmanche e

adulteração nos veículos, com a utilização de toda a estrutura material para o exaurimento de tais atos criminosos.

Os veículos roubados e furtados, posteriormente, com os *chassis* já adulterados, voltavam a circular e eram vendidos a terceiros de boa-fé.

*A conduta do Requerido, ora sub examen, consiste no fato de seu envolvimento, por ter emprestado a **Vonn Ranieri Gonçalves Fernandes**, possuidor de extensa ficha criminal (fls. 124-125), um terreno de sua propriedade para a guarda provisória de 02 (dois) desses veículos adquiridos em leilão.*

Consoante se observa da leitura dos autos, *Vonn Ranieri Gonçalves Fernandes*, à época dos fatos, estava indiciado em 06 (seis) Inquéritos Policiais pelos seguintes crimes:

1. Inquérito Policial n. 054/1994 - acusado de dano e de apropriação indébita (artigos 163 e 168, do Código Penal);

2. Inquérito Policial n. 398/1995 - acusado de estelionato (artigo 171, do Código Penal);

3. Inquérito Policial n. 063/1999 - acusado de introduzir em circulação moeda falsa (artigo 289, § 1º, do Código Penal);

4. Inquérito Policial n. 88/1999 - acusado de falsificação de papéis públicos (artigo 293, I, do Código Penal);

5. Inquérito Policial n. 384/1999 - acusado dos crimes de falsificação de documento público, receptação, falsificação de documento particular, utilização de documento falso, introdução de moeda falsa em circulação, falsificação de papéis públicos e porte ilegal de armas (artigos 297; 180; 298; 304; 289, § 1º; 293, I, todos do Código Penal e artigo 10 da Lei n. 9.437/1997);

6. Inquérito Policial n. 027/2000 - acusado de receptação (artigo 180, do Código Penal);

Ao exame da Ficha Criminal de *Vonn Ranieri Gonçalves Fernandes* deduz-se que o mesmo não era, notoriamente, homem de bem, nem muito menos de boa conduta social, eis que sobre sua pessoa pesavam graves acusações envolvendo a prática reiterada de crimes diversos.

O Requerido, em contrapartida, asseverou em sua peça de defesa, que jamais teve conhecimento das acusações criminais pendentes sobre *Vonn Ranieri Gonçalves Fernandes*, e que, na cidade de Anchieta e Municípios arredores, referido cidadão aparentava ser pessoa de bem.

Impõe-se, a propósito, trazer à colação a expressa manifestação do Requerido, consubstanciada no bojo de sua Defesa, produzida, inicialmente, às fls. 144-148, perante o Eminentíssimo Desembargador *Rômulo Taddei*, Corregedor-Geral de Justiça deste Egrégio Tribunal de Justiça, *in verbis*:

(...)

Não obstante, *é importante salientar que*, além dos 06 (seis) Inquéritos Policiais referenciados, **Vonn Ranieri Gonçalves Fernandes** já havia sido condenado, pela **Justiça Federal**, pelo crime de falsificação de papéis públicos, cuja pena fora convertida em prestação de serviços comunitários, fatos esses que eram de pleno conhecimento do Magistrado, ora Requerido, tendo em vista que o mesmo foi responsável por determinar o cumprimento de Carta Precatória enviada pela **Justiça Federal** ao Juízo de Anchieta (fls. 234-308).

A propósito, conforme andamento retirado do sistema eletrônico deste próprio Egrégio Tribunal de Justiça, referida Carta Precatória foi à conclusão do Juiz de Anchieta, que, à época, era o Requerido, em 7.3.2006, ou seja, 01 (um) ano antes do acontecimento noticiado nestes autos (documento anexo - parte integrante deste Voto).

Saliente-se que o próprio Magistrado, a despeito do consignado inicialmente em sua Defesa, afirmou, posteriormente, em seu depoimento pessoal, às fls. 1.025-1.026, que tivera efetivo conhecimento da condenação criminal imposta pela **Justiça Federal** a **Vonn Ranieri Gonçalves Fernandes**, e que, inclusive, o conhecia desde o ano de 2004 (fl. 1.017), in verbis:

(...)

Em sendo assim, o contexto de tais elementos revela que mesmo o Magistrado sabendo da condenação pelo crime de falsificação de papéis públicos que sofreu **Vonn Ranieri Gonçalves Fernandes**, com este não evitou manter alguns contatos pessoais, culminando por emprestar o seu imóvel para que referida pessoa procedesse ao depósito, ainda que provisório, de automóveis danificados, adquiridos em leilão e, posteriormente, utilizados em prática de crimes, a teor das razões supracitadas.

Insta frisar, ainda que o Requerido declarou em seu depoimento pessoal que apenas superficialmente conhecia **Vonn Ranieri Gonçalves Fernandes**, resultante de encontros esporádicos e ocasionais nos corredores do Fórum de Anchieta, nas festas e eventos públicos da Municipalidade, e ainda nos poucos locais que dispõe a cidade para venda de alimentos e refeições (fls. 1.014 e 1.021), evidenciando, pois, a ausência de cuidados mínimos, no que pertine a evitar contatos com referida pessoa.

Portanto, embora, como bem salientado pelo Eminentíssimo Desembargador Relator, inexistia provado no bojo dos presentes autos qualquer ligação do Requerido com os atos criminosos praticados pela quadrilha, seja pela apuração das ligações telefônicas interceptadas na ocasião, seja, ainda, pela prova colhida na tramitação do Inquérito Policial, inclusive nos elementos que integram os presentes autos, o certo é que não se pode olvidar que o Requerido, Magistrado, exercendo as atribuições de seu cargo há mais de uma década, e que foi Defensor Público Estadual durante muitos anos, conhecida **Vonn Ranieri Gonçalves Fernandes**.

*Por sua vez, o Requerido tinha ciência antes mesmo de sua prisão que a pessoa de **Vonn Ranieiri Gonçalves Fernandes** não se tratava de pessoa idônea, tendo, nesse sentido, **agido com negligência e manifesta imprudência** em permitir que com o mesmo continuasse a manter contatos, ainda que esporádicos, culminando por autorizar o empréstimo do imóvel de sua propriedade para que esse alegado desconhecido, sabidamente condenado pelo crime de falsificação de papéis públicos, lá depositasse automóveis danificados, adquiridos em leilão, os quais, posteriormente, foram utilizados para receptação, desmanche e adulteração de outros automóveis, conforme salientado.*

Reafirma-se, pois, ainda que não tenha sido provado envolvimento algum do Requerido com referida quadrilha, o fato é que o mesmo emprestou um imóvel seu para *Vonn Ranieiri Gonçalves Fernandes*, o qual foi condenado pelos fatos narrados, inclusive em Primeira Grau de Jurisdição, pelo crime de receptação (fl. 865), perpetrando-se ulterior extinção de sua punibilidade, em Segundo Grau de Jurisdição, diante de seu falecimento, por homicídio (fls. 871 e 1.028-1.029).

Cumpre enfatizar, por relevante, que todos esses fatos foram amplamente divulgados pelas mídias impressas e televisivas de todo o *Estado do Espírito Santo*, envolvendo, de certa forma, a figura de um Juiz de Direito, *in casu*, o Requerido.

A conduta adotada pelo Requerido, portanto, a meu sentir, *data maxima venia*, não condiz com a conduta esperada e exigida de um Magistrado, tendo praticado ato resultante de manter contatos pessoais e emprestar um bem imóvel para a pessoa estranha e desconhecida de *Vonn Ranieiri Gonçalves Fernandes*, que estava respondendo a processos de natureza penal, no âmbito do Egrégio Poder Judiciário.

O simples fato de a condenação de *Vonn Ranieiri Gonçalves Fernandes* perante a Justiça Federal ter ocorrido em virtude de um crime de falsificação de papéis públicos, repisa-se, de conhecimento do Requerido, não haveria de ensejar ou permitir a aproximação, ou envolvimento, ainda que eventual, com esse tipo de pessoa, porquanto não é comportamento que a sociedade espera e exige de um Juiz de Direito.

Na verdade, a sociedade vê o Juiz de Direito como um exemplo a ser seguido, motivo pelo qual o Magistrado deve possuir retidão de caráter e inequívoco comportamento ético, ficando sempre atento às pessoas e ao meio social com os quais se relaciona.

(...)

*Por esse fundamentos, tenho que o Requerido, seja por ingenuidade, seja por displicência, imprudência ou negligência, seja ainda por total falta de despreocupação com a conduta que deve manter em sua vida pessoal como forma de refletir a sua atuação profissional, descuidou da conduta irrepreensível que deveria perfilar na vida pública e particular, nos termos indicados na Lei Orgânica da Magistratura Nacional - LOMAN.*

(...)

Em sendo assim, para as hipóteses como a que se afigura presente, entendendo cabível à espécie a incidência da penalidade de aposentadoria compulsória, porquanto o Magistrado, ora Requerido, não desenvolveu conduta irrepreensível, conforme inciso VIII, do artigo 35, da Lei n. 35/1979.

Isto posto, *data maxima venia* de todos quanto reúnem entendimento em contrário, entendo que o Magistrado, ora Requerido, *Sebastião Mattos Mazine*, violou as normas legais consubstanciadas no artigo 35, inciso VIII, da Lei Complementar n. 35/1979, bem como, o artigo 15, artigo 16 e artigo 37, da Resolução n. 60/2008, do Conselho Nacional de Justiça, motivo pelo qual *voto pela aplicação da pena de aposentadoria compulsória*, a teor do disposto no artigo 42, inciso V, da Lei Complementar n. 35/1979 (fls. 1.530-1.538).

Como se depreende da decisão administrativa transcrita acima, o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo fundamentou a sanção na constatação de conduta incompatível com a dignidade, a honra e o decoro da função, por ter o recorrente violado o dever de manter conduta irrepreensível na vida pública e particular (art. 35, VIII, da LOMAN), especialmente pela mencionada “negligência e manifesta imprudência”, ao permitir que um simples conhecido, cuja ficha policial continha seis Inquéritos e uma condenação criminal transitada em julgado, pudesse guardar em seu imóvel dois automóveis adquiridos em leilão, os quais se destinariam a desmanche por quadrilha de furto e roubo.

Para efeito da capitulação legal, entendo, em princípio, irrelevante qualquer cogitação acerca de eventual liame subjetivo ou falta de conhecimento em relação aos delitos perpetrados pelo beneficiário do empréstimo do terreno, uma vez que essa circunstância não serviu de fundamento para a imposição da penalidade.

Importa questionar se a conduta descrita se amolda ao disposto nos arts. 35, VIII, e 56, II, da LOMAN, ainda que se tome como verdade que o recorrente nada sabia sobre a finalidade daqueles veículos e sobre o envolvimento de Vonn Ranieri Gonçalves Fernandes na mencionada quadrilha.

Em julgamento de Mandado de Segurança contra aposentadoria compulsória de magistrado, o STF assentou que o Poder Judiciário deve se ater ao controle da legalidade das razões apresentadas pela Corte Administrativa para a punição. Confira-se:

Ementa: Mandado de segurança. Magistrado. Aposentadoria compulsória. Processo administrativo disciplinar. Art. 27, § 1º da LOMAN. Nulidade do

procedimento. Ilicitude da prova e impossibilidade de utilização da prova emprestada. Atipicidade da conduta. Ausência de fundamentação. Não configuração. Segurança denegada.

1. O impetrante tinha ciência da sindicância e dos fatos a ele imputados, ou seja, ele conhecia o teor das acusações que lhe foram feitas. Ao longo de toda a sindicância, exerceu com plenitude o seu direito de defesa, muito embora isso não fosse obrigatório nessa fase da investigação, que é desprovida de caráter punitivo. Dispensada, nesse caso, a observância da regra inscrita no art. 27, § 1º da LOMAN. Ademais, restou amplamente demonstrado o efetivo exercício do direito de defesa ao longo do procedimento administrativo disciplinar.

2. Legalidade da decretação, pelo magistrado de primeira instância, da quebra de sigilo telefônico do filho do impetrante, considerado peça-chave no esquema de venda de habeas corpus para traficantes de entorpecentes, já que ele não possuía prerrogativa de foro e a quebra de sigilo telefônico ocorreu na fase de inquérito policial, aplicando-se, por conseguinte, o entendimento firmado por esta Corte no julgamento do HC n. 81.260. 3. A revelação dos fatos relativos ao impetrante deu-se em decorrência de prova licitamente obtida. Inexistente, portanto, qualquer obstáculo jurídico à utilização da prova no procedimento administrativo disciplinar, ainda mais quando cotejada com outras provas, em especial os depoimentos de todos os envolvidos.

4. Remansosa é a jurisprudência desta Corte no sentido de que, “se o ato impugnado em mandado de segurança decorre de fatos apurados em processo administrativo, a competência do Poder Judiciário circunscreve-se ao exame da legalidade do ato coator, dos possíveis vícios de caráter formal ou dos que atentem contra os postulados constitucionais da ampla defesa e do *due process of law*” (RMS n. 24.347, rel. min. Maurício Correa, DJ 4.4.2003, RMS n. 24.533 (rel. min. Sepúlveda Pertence, DJ 15.4.2005), o RMS n. 24.901 (rel. min. Carlos Britto, DJ 11.2.2005), o RMS n. 24.256-AgR (rel. min. Ilmar Galvão, DJ 13.9.2002), o RMS n. 23.988 (rel. min. Ellen Gracie, DJ 1º.2.2002) e o MS n. 21.294 (rel. min. Sepúlveda Pertence, DJ 21.9.2001).

5. No voto do relator do processo administrativo disciplinar encontram-se todas as razões pelas quais a Corte Administrativa Especial do TRF da 1ª Região decidiu aplicar ao impetrante a pena de aposentadoria compulsória. Os votos dos demais juízes integrantes daquela Corte corroboram e ratificam o voto do relator, demonstrando a plena concretização da norma inscrita no art. 93, IX, da Constituição Federal.

6. Segurança denegada.

(MS n. 24.803, Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJe-104 4.6.2009).

A previsão de aposentadoria compulsória para a hipótese de procedimento incompatível com a *dignidade*, a *honra* e o *decoro* das funções de magistrado

contempla indubitavelmente conceitos indeterminados, além de poder abarcar tanto a conduta dolosa quanto a culposa, desde que a gravidade desta autorize a imposição da pena mais grave existente para o juiz vitalício, na ordem jurídica em vigor.

Impressiona o fato de o recorrente ter atuado na função de juiz deprecado, no cumprimento de carta expedida pela Justiça Federal para execução de pena restritiva de direito imposta a Vonn Ranieri Gonçalves Fernandes – condenado por crime contra a fé pública –, e ainda assim consentir que essa pessoa depositasse em sua propriedade dois automóveis.

Outro dado relevante valorado pelo Tribunal de Justiça consiste no fato de Sebastião Mattos Mozine ter inicialmente negado em sua defesa prévia que teve ciência da aludida condenação, ao passo que, em momento posterior, veio a afirmar, em seu depoimento pessoal, que tivera efetivo conhecimento da pena criminal imposta pela Justiça Federal a Vonn Ranieri Gonçalves Fernandes, e que, inclusive, o conhecia desde o ano de 2004 (fls. 1.532-1.533).

Vale destacar ainda que a prova pré-constituída trazida aos autos contém depoimento prestado por Sebastião Mattos Mozine – na condição de testemunha na Ação Penal deflagrada contra os integrantes da multicidadada quadrilha –, em que aquele afirma o seguinte sobre Vonn Ranieri Gonçalves Fernandes:

*(...) que não sabe dizer onde o acusado mora em Iconha, mas sabe onde é a casa de sua esposa, podendo fazer que lá não tem espaço para guardar os veículos; que pelo que sabe o réu Vonn Ranieri se intitula construtor, podendo dizer que o mesmo disse que construiu um prédio em Piúma e que também o réu disse que vive da troca de veículos; que não sabe de nada a respeito da relação do réu Vonn Ranieri com o sítio no qual os réus foram presos; que não lhe ocorreu que o réu Vonn Ranieri pudesse estar usando a proximidade com o depoente pra esconder algum ilícito, eis que pela sua convivência no Fórum, demonstrou ser pessoa honesta (fl. 994, destaquei).*

Causa espanto que um magistrado tenha sido, no mínimo, tão negligente ao se relacionar com pessoa condenada pela Justiça Criminal, a ponto de ceder terreno para guarda de dois automóveis, os quais se destinariam a desmanche por quadrilha de carros roubados – fato posteriormente descoberto –, embora nem sequer soubesse onde o favorecido residia.

Como a aposentadoria compulsória levou em consideração o fato de o recorrente ter agido “com negligência e manifesta imprudência em permitir que

com o mesmo continuasse a manter contatos, ainda que esporádicos, culminando por autorizar o empréstimo do imóvel de sua propriedade para que esse alegado desconhecido, sabidamente condenado pelo crime de falsificação de papéis públicos, lá depositasse automóveis danificados, adquiridos em leilão, os quais, posteriormente, foram utilizados para receptação, desmanche e adulteração de outros automóveis, conforme salientado” (fl. 1.536), as medidas por ele adotadas após a publicidade dos fatos, a exemplo da comunicação à autoridade policial sobre o local onde se encontravam os veículos, são insuficientes para modificar a qualificação da conduta culposa anteriormente praticada.

Nesse contexto, a análise das razões invocadas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo para a aplicação da aposentadoria compulsória revela que o ato administrativo não extrapolou a margem de liberdade conferida pela incidência, *in concreto*, dos conceitos indeterminados quanto à incompatibilidade da ação do recorrente com a *dignidade*, a *honra* e o *decoro* das funções então ocupadas.

### 3. Incomunicabilidade das esferas penal e administrativa

Consoante a jurisprudência desta Corte, as esferas penal e administrativa são independentes e a única vinculação admitida é quando o acusado é inocentado na Ação Penal em face da negativa de existência do fato ou quando não reconhecida a autoria do crime, o que não se afigura na hipótese dos autos. Confirmam-se:

Administrativo. Ação civil pública. Perda de cargo de promotor de justiça. Ilícito penal. Art. 316 do Código Penal. Absolvição por ausência de provas. Provas emprestadas. Possibilidade observado o contraditório e a ampla defesa. Não vinculação da esfera penal na esfera administrativa. Precedentes desta Corte e do STF. Recurso especial improvido.

1. Cinge-se a controvérsia dos autos a possibilidade de decretação de perda de cargo de promotor público, prática de concussão - art. 316 do Código Penal, em caso de absolvição da prática do crime por ausência de provas.

2. Não encontra guarida a alegação de que fere o princípio da inocência a utilização de provas emprestadas, uma vez que a jurisprudência desta Corte é assente no sentido de que “observada a exigência constitucional de contraditório e ampla defesa não resta vedada a utilização da prova emprestada” (REsp n. 930.596-ES, Rel. Min. Luiz fux, Primeira Turma).

3. Se a absolvição ocorreu por ausência de provas, a administração não está vinculada à decisão proferida na esfera penal, porquanto a conduta pode

ser considerada infração administrativa disciplinar, conforme a interativa jurisprudência desta Corte, no sentido de que, a sentença absolutória na esfera criminal somente repercute na esfera administrativa quando reconhecida a inexistência material do fato ou a negativa de sua autoria no âmbito criminal. Precedentes.

4. Como bem decidiu o Supremo Tribunal Federal, “há hipóteses em que os fundamentos da decisão absolutória na instância criminal não obstam a responsabilidade disciplinar na esfera administrativa, porquanto os resíduos podem veicular transgressões disciplinares de natureza grave, que ensejam o afastamento do servidor da função pública” (ARE n. 664.930 AgR, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 16.10.2012, Acórdão Eletrônico DJe-221 divulg 8.11.2012 public 9.11.2012).

5. Demais disso, ao órgão do Ministério Público não é permitido presunção de que seja probo, há de ser peremptoriamente demonstrado que sua conduta é acima de tudo isenta de cometimento de atos ilícitos.

6. Recurso especial improvido.

(REsp n. 1.323.123-SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 16.5.2013).

Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Concurso público. Prova de títulos. Constatação de fraude. Exclusão de candidato. Independência entre as esferas administrativa e penal. Prática de atos que, embora não constituam crime, contrariam as normas do edital do certame.

1. Mandado de segurança contra exclusão de candidata ao concurso público de Delegado de Polícia Civil no Estado do Ceará, com fundamento no conteúdo de inquérito policial, no qual se averiguava possível prática do crime de falsidade ideológica e uso de documento falso.

2. As esferas penal e administrativa são absolutamente independentes, estando a Administração vinculada apenas à decisão do juízo criminal negando a existência dos fatos ou a autoria do crime.

3. Limitada a denúncia à possível prática dos crimes de falsidade ideológica e uso de documento falso, nada impede que, dos mesmos fatos, a despeito de configurarem ou não crime, advenha contrariedade às normas do edital do certame e aos princípios que regem a Administração Pública.

4. Não cabe ao Poder Judiciário, salvo em caso de ilegalidade, defeito de forma, abuso de autoridade ou teratologia, adentrar no mérito do ato administrativo revendo o juízo de conveniência e oportunidade da autoridade tida como coatora.

5. É pacífica a jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal no sentido da impossibilidade de exclusão de candidato de concurso público na fase de investigação social em razão da existência de ação penal ainda não transitada em julgado.

6. Diferente é a situação dos autos, em que os fatos ensejadores da ação penal, segundo o juízo discricionário do examinador, configuram hipótese de exclusão do candidato, conforme disposição expressa do edital.

7. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido.

(RMS n. 37.964-CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 30.10.2012).

Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Processo administrativo para apuração de falta disciplinar. Militar do Distrito Federal. Demissão. Absolvição na esfera penal. Ausência de provas. Não interferência na esfera administrativa.

1. As esferas criminal e administrativa são independentes, estando a Administração vinculada apenas à decisão do juízo criminal que negar a existência do fato ou a autoria do crime. Precedentes: REsp n. 1.226.694-SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 20.9.2011; REsp n. 1.028.436-SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe 3.11.2010; REsp n. 879.734-RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 18.10.2010; RMS n. 10.496-SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 9.10.2006.

2. *In casu*, a sentença penal não repercute na esfera administrativa, pois o impetrante foi absolvido por insuficiência de provas.

3. Recurso ordinário não provido, divergindo do eminente Ministro relator.

(RMS n. 32.641-DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 11.11.2011).

*In casu*, o recorrente nem sequer fora denunciado ou investigado pelos fatos relacionados ao roubo e à receptação de carros roubados.

A sanção disciplinar teve como motivo conduta culposa ofensiva à dignidade da função e dos deveres de magistrado na vida pública e particular, de modo que a hipótese normativa é autônoma em relação aos fatos delituosos praticados pelo favorecido com o empréstimo do terreno.

Ainda que houvesse denúncia e absolvição por hipotética participação do recorrente nos referidos crimes contra o patrimônio, seria o caso de reconhecer a incidência da Súmula n. 18-STF: “Pela falta residual, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público”. Cito precedentes nesse sentido:

Administrativo e Processual Civil. Policial militar. Demissão. Absolvição na esfera penal. Ausência de provas. Não interferência na esfera administrativa. “Falta residual”. Existência. Súmula n. 18-STF. Ato administrativo demissional mantido.

1. Inviável a análise da suposta violação do art. 535 do Código de Processo Civil quando o recorrente limita-se a alegar, genericamente, ofensa ao referido dispositivo legal, sem explicitar os pontos em que teria sido omissa a decisão recorrida. Incidência da Súmula n. 284-STF.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que somente repercutem na esfera administrativa as sentenças penais absolutórias que atestem a comprovação da inexistência dos fatos ou da negativa de autoria.

3. *In casu*, a sentença penal não repercute na esfera administrativa, pois “o decreto absolutório foi fundado na ‘segunda parte’ da alínea **a** do artigo 439 do Código de Processo Penal Militar. Ou seja, por não haver prova da existência do fato”, (fls. 493-e, trecho do acórdão recorrido).

4. Ademais, a demissão ocorreu também por infração administrativa residual, suficiente em si mesma para manter o ato demissional, consistente em “transgressão disciplinar de natureza grave, prevista no Regulamento Disciplinar da Polícia Militar (Lei Complementar n. 893/2001)” (fl. 427-e).

5. Incidência da Súmula n. 18-STF, que assim determina: “Pela falta residual, não compreendida pela absolvição criminal, é possível a punição administrativa do servidor público.” Recurso especial conhecido em parte e improvido.

(REsp n. 1.226.694-SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 20.9.2011).

Recurso especial. Administrativo. Divergência jurisprudencial. Cotejo analítico. Inexistência. Similitude fática. Demissão. Sentença penal absolutória. Falta residual. Ausência de repercussão. Súmula n. 18-STF. Prescrição. Termo *a quo*. Súmula n. 7-STJ. Publicação. Ato demissório.

1. Não se conhece do recurso especial, com base no art. 105, inciso III, alínea **c**, da CF, quando o recorrente não realiza o cotejo analítico entre acórdãos que guardem similitude fática, nos termos dos artigos 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil, e 255, § 1º, **a**, e § 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Precedentes.

2. O Tribunal de origem constatou a existência de falta residual não englobada inteiramente pela absolvição penal superveniente, razão pela qual considerou a data em que foi publicado o ato demissório como o termo *a quo* para a contagem do lapso prescricional, e não a data em que publicada a sentença absolutória, para fins de reintegração do militar.

3. Prevalece no direito brasileiro a regra da independência das instâncias penal, civil e disciplinar, ressalvadas algumas exceções, *v.g.*, em que a decisão proferida no juízo penal fará coisa julgada na seara cível e administrativa.

4. Neste sentido, a responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria, nos termos do art. 126 da Lei n. 8.112/1990, exceto se verificada falta disciplinar residual, não englobada pela sentença penal absolutória. Inteligência da Súmula n. 18-STF.

5. O termo *a quo* da prescrição deve corresponder ao momento em que nasce a pretensão, ou seja, ao instante em que é violado o direito, segundo a Teoria da *actio nata* e o disposto no art. 189 do Código Civil.

6. Neste sentido, tendo em vista que ficou apurada falta residual desde o procedimento disciplinar em que se determinou a demissão do militar e que tal conduta remanescente não foi englobada pela ação penal superveniente, segundo registrado pelo Tribunal de origem, de maneira insindicável nesta via recursal (Súmula n. 7-STJ), há de se concluir que a pretensão reintegratória deveria ter sido exercida no prazo de 05 (cinco) anos, a contar da publicação do ato demissório.

Precedentes.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido.

(REsp n. 1.199.083-SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 8.9.2010).

#### 4. Conclusão

Ante o exposto, *nego provimento ao Recurso Ordinário, ressalvadas as vias judiciais ordinárias.*

É como *voto*.

---

### RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 44.576-MS (2013/0413375-6)

---

Relator: Ministro Humberto Martins

Recorrente: Alli França

Advogado: Cynthia Belchior

Recorrido: Estado de Mato Grosso do Sul

Procurador: Denis C M Castilho e outro(s)

---

#### EMENTA

Constitucional. Administrativo. Processual Civil. Servidor estadual. Militar. Requisitos para seleção ao curso de formação.

Promoção. Diferença entre homens e mulheres. Quadro de vagas apartado. Possibilidade de preterição. Inexistência. Amparo legal. Competência constitucional. Diferenciação positiva entre homens e mulheres. Concretização da igualdade. Precedentes do STF. Ausência de direito líquido e certo.

1. Cuida-se de recurso ordinário interposto contra acórdão que denegou a segurança ao *mandamus* ajuizado contra o Edital n. 01/2013, que fixa regras ao processo seletivo para o curso de formação de sargentos da Polícia Militar do Estado do Mato Grosso do Sul. O recorrente alega que o item III violaria o princípio da igualdade entre homens e mulheres, fixada no art. 5º, I, da Constituição Federal, uma vez que requer menor tempo de serviço às últimas para inscrição.

2. O próprio Edital n. 01/2013 fixa quantitativo diferenciado de vagas para homens e para mulheres no seu item 1.3, apartando, portanto, dois conjuntos para o curso, não havendo como aventar, em qualquer hipótese, possível preterição de homens por mulheres.

3. Ainda que não fosse assim, a Constituição Federal autoriza - por meio do art. 42, § 1º, e do seu art. 142, § 3º, que os Estados e o Distrito Federal fixem normas locais sobre carreira e sistemas de promoção, o que, no caso, foi feito pela Lei Complementar n. 53/1990, na redação dada pela Lei Complementar n. 157/2011, cujo art. 15-B estabelece requisitos diferenciados de promoção para militares homens e mulheres.

4. O Supremo Tribunal Federal já apreciou matéria similar e concluiu que o estabelecimento de critérios diferenciados para promoção de militares, em razão das peculiaridades de gênero, não ofende o princípio da igualdade. Precedentes: ED no AI n. 786.568-RJ, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, publicado no DJe em 16.9.2011 e no Ementário vol. 2588-02, p. 286; AgR no RE n. 597.539-RJ, Relator Min. Eros Grau, Segunda Turma, publicado no DJe em 29.5.2009 e no Ementário vol. 2362-09, p. 1.729; AgR no AI n. 586.621-RJ, Relator Min. Celso de Mello, Segunda Turma, publicado no DJe em 12.12.2008 e no Ementário vol. 2345-05, p. 957.

Recurso ordinário improvido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça “A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de fevereiro de 2014 (data do julgamento).

Ministro Humberto Martins, Relator

---

DJe 24.2.2014

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por *Alli França*, com fundamento no art. 105, inciso II, alínea **b**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul assim ementado (fl. 189, e-STJ):

*Mandado de segurança. Concurso de formação de sargentos da PM-MS. Tempo de serviço militar. Diferenciação entre sexos. Alegada ofensa à isonomia. Inocorrência. Segurança denegada.* Denega-se a segurança quando o ato atacado foi praticado em estrita consonância com as normas legais aplicáveis à espécie e com a previsão do edital que rege o concurso. A utilização de critérios diferenciados para promoção de militares dos sexos masculino e feminino não constitui violação do princípio da isonomia.

Nas razões do recurso ordinário, defende o impetrante que teria sido violada a isonomia na formação da lista de aprovados para o o Curso de Formação de Sargento da Polícia Militar do Estado, uma vez que o Edital n. 01/2013, publicado no DOE de 21.6.2013 teria fixado critérios diferenciados para homens e mulheres. No cerne, insurge-se pois o item 3.1., ‘a’ do Edital fixa tempo de efetivo exercício menor para mulheres (23 anos) como requisito do que para os homens (26 anos). Sustenta que o art. 15-B, III, **a** da Lei Complementar Estadual n. 53/1990 seria inconstitucional em face do art. 5º, *caput* e inciso I da Constituição Federal. Por fim, alega que a organização militar estadual não mais abarca um quadro feminino apartado do masculino e, assim,

não haveria sentido na diferenciação positiva para promoção das mulheres. Pede a manutenção da gratuidade de justiça (fls. 218-230, e-STJ).

Contrarrazões nas quais se alega que a diferenciação possui amparo legal no art. 15-B, III, a da Lei Complementar Estadual n. 53/1990, com a redação dada pela Lei Complementar Estadual n. 157/2011. Alega que o Estatuto dos Militares do Estado está firmado de acordo com o art. 42, § 1º, combinado com o art. 142, § 3º, X, todos da Constituição Federal. Ainda, sustenta que o princípio da igualdade permite a diferenciação entre as pessoas, de modo a garantir a isonomia e que no mundo do trabalho, a Carta Constitucional de 1988 lista vários direitos atribuídos às mulheres - não outorgados aos homens - em razão de tal entendimento. Pondera que a Lei Complementar Estadual garante a ida para a reserva das mulheres militares com menor idade do que ocorre com os homens e que esse dispositivo é evidentemente constitucional. Finalmente, lista que a jurisprudência do STF já definiu que a utilização de critérios diferenciados de promoção para homens e mulheres na Aeronáutica não fere o princípio da igualdade (fls. 236-247).

O Ministério Público Federal opina pelo não provimento do recurso ordinário, já que haveria previsão legal na distinção entre os policiais do sexo masculino e feminino, bem como porque a diferença não ofenderia o princípio da igualdade (fls. 258-261, e-STJ).

É, no essencial, o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Humberto Martins (Relator): Não deve ser provido o presente recurso ordinário.

O recorrente se insurge contra acórdão que denegou a segurança ao *writ of mandamus* impetrado contra o Edital n. 01/2013 - Habilitação por Tempo de Serviço - Processo Seletivo Interno para Ingresso no Curso de Formação de Sargentos da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul (fls. 34-39, e-STJ).

No referido edital, o requisito para inscrição dos candidatos estava focalizado no tempo de serviço, definido no item III (fl. 34, e-STJ):

### III - Dos Requisitos

3.1 São requisitos obrigatórios para o candidato matricular-se no CFS por tempo de serviço:

a) ser detentor do cargo de Cabo PM do Quadro QPPM combatente com, no mínimo, 26 anos de efetivo serviço para o sexo masculino e 23 anos de efetivo serviço para o sexo feminino, interstício de quatro anos ou mais na graduação de Cabo QPPM da PMMS;

(...)

3.2 A comprovação dos requisitos acima exigidos deverá ser feita mediante apresentação de documentos originais, certidões emitidas pelos órgãos responsáveis e certidão expedida pela unidade de origem, contendo todas as informações administrativas referentes às letras “a”, “c”, “d”, “f” e “g” do item 3.1.

O recorrente se insurge contra a alínea “a” do item 3.1 que, segundo alega, violaria o princípio da igualdade, já que fixa requisitos diferenciados para mulheres, em detrimento de homens.

Não assiste razão ao recorrente.

Em primeiro lugar, a diferenciação - em si mesma - não se traduz na preterição de homens em detrimento de mulheres, uma vez que as vagas de cada são diferenciadas, como se evidencia da transcrição do item 1.3.1 e item 1.3.2 do edital (fl. 34, e-STJ):

### 1.3 Das Vagas

1.3.1 São oferecidas 105 vagas à graduação de 3º sargento QPPM por tempo de serviço;

1.3.1.1 As 105 vagas oferecidas neste Edital ficam assim distribuídas:

14 vagas para cabo PM sexo feminino; e

91 vagas para cabo PM sexo masculino.

1.3.2 Serão chamados 162 cabos QPPM para participarem do Processo Seletivo (Anexos I e II), sendo convocados para a matrícula os 105 cabos com mais tempo de serviço e que cumpram todos os requisitos exigidos neste Edital para o preenchimento das vagas ofertadas.

Em segundo lugar, a diferenciação possui amparo legal, no art. 15-B da Lei Complementar Estadual n. 53/1990, na redação que foi dada pela Lei Complementar Estadual n. 157/2011 (fl. 103, e-STJ):

Art. 15-B. O acesso do Soldado e do Cabo QPPM à graduação de 3º Sargento QPPM dar-se-á mediante processo seletivo interno pelos critérios de merecimento intelectual, de antiguidade e de tempo de serviço, nas seguintes condições:

(...)

III - pelo critério de tempo de serviço, o Cabo QPPM deve ser selecionado mediante o tempo de efetivo serviço prestado exclusivamente à PMMS, aprovado em curso de formação de sargento específico a ser regulamentado por ato do Comandante-Geral, e atender aos seguintes requisitos:

(...)

a) contar, no mínimo, com vinte e seis anos de efetivo serviço para o sexo masculino, e vinte e três anos de efetivo serviço para o sexo feminino, e interstício de quatro anos ou mais na graduação de cabo para ambos os sexos;

Como indicado nas contrarrazões, a Constituição Federal, no seu art. 42, § 1º, e no seu art. 142, § 3º, X, autoriza os Estados e o Distrito Federal a competência para editar leis específicas para regular as carreiras dos militares.

Assim, evidente que há amparo legal.

Em terceiro lugar, anoto que a existência de critérios diferenciados para promoção de mulheres não viola o princípio da igualdade, tal como está insculpido no art. 5º, *caput* e inciso I da Constituição Federal, que transcrevo:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

A exegese do princípio da igualdade não se baseia em radical isonomia, cujo teor nega as diferenças entre os indivíduos e os grupos sociais que compõe a coletividade humana. Assim, não é possível ler tal disposição em prol da localização da inconstitucionalidade no estabelecimento de razoáveis diferenciações de tratamento entre os sexos no mundo laboral, como assevera Alexandre José Paiva da Silva Melo:

Este é o critério básico da concretização da igualdade: “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”. Essa enunciação permite antever um traço essencial da igualdade: não ter caráter absoluto. É que a percepção de desigualdades existentes no mundo dos fatos e a determinação dos tratamentos cabíveis às realidades faticamente desiguais guardam íntima conexão com o objeto a ser regrado e com o momento histórico em que o objeto está inserido.  
(...)

Pois bem, visto o caráter não absoluto da igualdade, a expressão constitucional “sem distinção de qualquer natureza” deve ser entendida como a vedação ao estabelecimento de discriminações (no sentido de preconceitos ou injustiças), a partir de quaisquer qualificativos atribuíveis às pessoas. Dentro da pluralidade de significados do termo distinção, o que fica proibido é o estabelecimento de meras diferenciações. E, por certo, tais diferenciações (as distinções que atendem aos critérios acima abordados) poderão considerar quaisquer atributos das pessoas relacionadas à sexualidade, à cor da pele, ao credo religioso, às posses econômicas (importante em matérias tributária), etc.

É curioso observar a diferença entre as maneiras como os textos constitucionais de 1969 e 1988 (inciso I) se referem à igualdade de gênero. Enquanto que o texto de 1969 fala de igualdade perante a lei sem distinção de sexo, o inciso primeiro de 1988 adota redação mais precisa: igualdade de obrigações e direitos entre homens e mulheres. Talvez o texto de 1988 adote redação mais rigorosa para fortalecer a igualdade que não se respeitava. O maior rigor não deve ser, contudo, ser mal interpretado: a igualdade não é absoluta. A parte final do inciso já enuncia várias diferenciações entre homens e mulheres, e a própria ideia de igualdade inserida no caput aceita a constituição legal de outras diferenciações, na medida em que homens e mulheres têm condições biológicas distintas. O que é inaceitável é a constituição de discriminações em razão da condição de indivíduos homem e mulher. A Constituição Federal de 1988, contudo, não ignora que historicamente existem favorecimentos não razoáveis a um ou outro gênero (diferença de remuneração entre homens e mulheres, por exemplo), e, assim, o preceito do inciso primeiro contém também um comando dirigido ao Estado para que adote políticas públicas que eliminem tais discriminações.

(Alexandre José Paiva da Silva Melo, Art. 5º, *caput* e incisos I, II e III. In: Paulo Bonavides, Jorge Miranda e Walber de Moura Agra. Comentários à Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 80-81)

O Supremo Tribunal Federal já apreciou matéria similar e concluiu que o estabelecimento de critérios diferenciados para promoção de militares, em razão das peculiaridades de gênero, não ofende o princípio da igualdade.

Neste sentido:

*Embargos de declaração em agravo de instrumento. Embargos recebidos como agravo regimental. Administrativo. Militar. Licenciamento. Reintegração. Corpo feminino da Aeronáutica. Critérios diferenciados. Possibilidade. Precedentes. Agravo improvido. I – A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que não viola o princípio da isonomia a utilização de critérios diferenciados para as carreiras de militares do sexo feminino e masculino. Precedentes. II – Embargos de declaração recebidos como agravo regimental a que se nega provimento.*

(ED no AI n. 786.568-RJ, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 30.8.2011, publicado no DJe-178 em 16.9.2011 e no Ementário vol. 2588-02, p. 286.)

*Agravo regimental no recurso extraordinário. Ação rescisória. Cabimento. Matéria afeta à norma infraconstitucional.* 1. A definição do instituto da coisa julgada coube ao legislador ordinário, bem assim as hipóteses em que se admite a sua rescisão. 2. A utilização de critérios diferenciados para promoção de militares dos sexos masculinos e femininos da Aeronáutica, não constitui violação do princípio da isonomia. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgR no RE n. 597.539-RJ, Relator Min. Eros Grau, Segunda Turma, julgado em 12.5.2009, publicado no DJe-099 em 29.5.2009 e no Ementário vol. 2362-09, p. 1.729.)

Agravo de instrumento. Militares da Aeronáutica. Critérios de promoção diferenciados para os sexos masculino e feminino. Violação ao princípio da isonomia. Inocorrência. Recurso improvido.

(AgR no AI n. 586.621-RJ, Relator Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 4.11.2008, publicado no DJe-236 em 12.12.2008 e no Ementário vol. 2345-05, p. 957.)

Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Militares da Aeronáutica. Critérios diferenciados para promoção de militares dos sexos masculinos e femininos. Não violação do princípio da isonomia. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgR no RE n. 285.146-RN, Relator Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 14.3.2006, publicado no DJ em 7.4.2006, p. 55 e no Ementário vol. 2228-03, p. 476.)

Aliás, neste sentido opina o *Parquet* federal (fl. 260, e-STJ):

Não se verifica, portanto, a existência de direito líquido e certo a amparar a pretensão do recorrente, pois, como se vê, o edital seguiu os parâmetros da legalidade.

Não há que se falar, ademais, em ofensa ao princípio da isonomia. Muito ao contrário, a disposição editalícia vem ao encontro do postulado da igualdade entre os sexos, pois leva em conta as diferenças biológicas inerente aos mesmos com vistas a oferecer iguais possibilidades de ascensão na carreira militar.

É patente a ausência de direito líquido e certo.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso ordinário.

É como penso. É como voto.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.429.976-CE (2014/0008223-1)**

---

Relator: Ministro Humberto Martins

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

Advogado: Procuradoria-Geral Federal - PGF

Recorrido: Geraldo Saraiva da Cruz

Recorrido: Marta Neli dos Santos

Advogados: Joseilson Fernandes Soares

Cícera Romenia B Marques

---

**EMENTA**

Previdenciário. Cancelamento ou suspensão de benefício previdenciário unilateralmente. Aplicação do princípio do paralelismo das formas. Desnecessidade. Exigência dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal por meio de processo administrativo previdenciário. Recurso especial improvido.

1. Cinge-se a controvérsia dos autos a obrigatoriedade da aplicação do princípio do paralelismo das formas nos casos de suspensão ou cancelamento de benefício previdenciário.

2. O Tribunal de origem manifestou-se sobre a possibilidade de a Autarquia suspender/cancelar o benefício previdenciário, porém, deve obedecer os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, bem como a observância do princípio do paralelismo das formas.

3. É inaplicável o princípio do paralelismo das formas por três motivos: 1) a legislação previdenciária, que é muito prolixa, não determina esta exigência, não podendo o Poder Judiciário exigir ou criar obstáculos à autarquia, não previstos em lei; 2) foge da razoabilidade e proporcionalidade, uma vez que através do processo administrativo previdenciário, respeitando o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, é suficiente para apurar a veracidade ou não dos argumentos para a suspensão/cancelamento do benefício, e não impede uma posterior revisão judicial; 3) a grande maioria dos benefícios sociais concedidos pela LOAS - Lei Orgânica da Assistência Social - Lei n. 8.742/1993, são deferidos por meio de

decisão judicial, o que acarretaria excessiva demanda judicial, afetando por demasia o Poder Judiciário, bem como, a Procuradoria jurídica da autarquia, além da necessidade de defesa técnica, contratada pelo cidadão, sempre que houvesse motivos para a revisão do benefício.

4. O que a jurisprudência desta Corte exige não é a aplicação do princípio do paralelismo das formas, é a concessão do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sempre que houver necessidade de revisão do benefício previdenciário, por meio do processo administrativo previdenciário, impedindo com isso, o cancelamento unilateral por parte da autarquia, sem oportunizar apresentação de provas que entenderem necessárias.

5. Conforme bem ressaltou o Tribunal de origem, o recorrente cancelou unilateralmente o benefício previdenciário, o que vai de encontro à jurisprudência desta Corte e do STF.

Recurso especial improvido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça “A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr(a). Heloisa Maria Gomes Pereira, pela parte recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

Brasília (DF), 18 de fevereiro de 2014 (data do julgamento).

Ministro Humberto Martins, Relator

---

DJe 24.2.2014

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de recurso especial interposto pelo *Instituto Nacional do Seguro Social - INSS*, com fundamento no art. 105, III,

a, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região assim ementado (fls. 235-236, e-STJ):

Previdenciário. Amparo social. Presença dos requisitos exigidos em lei. Laudo pericial. Incapacidade comprovada. Restabelecimento do benefício desde a data do cancelamento. Honorários. Súmula n. 111 do STJ.

1. Previsto no art. 203, inciso V, da Constituição Federal de 1988, o benefício de amparo social consiste no pagamento de um salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência física que comprovar sua incapacidade para prover a sua própria subsistência ou de tê-la provida por sua família. Regula o benefício no plano infraconstitucional, o art. 20, da Lei n. 8.742/1993.

2. O ato de concessão do benefício é precedido de rígido procedimento administrativo possuindo presunção de legitimidade e de veracidade. Logo, não se pode admitir que a suspensão ou cancelamento seja feito de plano, sem a realização de perícia, sem que antes tenha sido oferecido à parte contrária o direito ao contraditório e à ampla defesa, em face do paralelismo das formas.

3. Verifica-se que o princípio da ampla defesa não foi respeitado, haja vista a suspensão do benefício ter ocorrido de modo unilateral pela Autarquia Previdenciária, oportunizando, apenas em um segundo momento, aos apelados, seu direito de defesa, quando já cancelados benefícios (fls. 92-93 e 127).

4. No presente caso, restou comprovado que Geraldo Saraiva da Cruz é pessoa que apresenta baixa visual bilateral, tem deficiência visual acentuada em ambos os olhos, sendo a deficiência de natureza permanente e definitiva, conforme Laudo Médico Pericial (fls. 51-80); e Maria Neli dos Santos apresenta disacusia neurosensorial bilateral grau severo para o ouvido direito e grau profundo para o ouvido esquerdo, surdez bilateral (fls. 52-99), que, aliado ao fato de serem pessoas de baixo nível de escolaridade, torna-as inaptas para exercerem atividades que lhes proporcione a sobrevivência.

5. Honorários advocatícios mantidos à razão de 10% sobre o valor da condenação, observando-se, contudo, os limites da Súmula n. 111 do STJ.

6. Apelação do INSS não provida e Remessa Oficial parcialmente providas, apenas no tocante à aplicação da Súmula n. 111 do STJ.

Opostos embargos infringentes, foram rejeitados (fl. 242, e-STJ):

Sustenta o recorrente ofensa ao art. 20, § 6º da Lei n. 8.742/1993.

Assevera, em síntese, que “restou devidamente comprovado que o Princípio do Paralelismo das Formas foi completamente obedecido, já que o procedimento administrativo que gerou o desfazimento do benefício do Autor respeitou as mesmas formas e formalidades do procedimento concessório, não sendo, de

forma alguma necessária, a observância das normas procedimentais existentes à época da concessão, sob pena de engessamento da máquina administrativa e de notória afronta aos Princípios do Informalismo e da Instrumentalidade das Formas, tã patententes no Direito Administrativo” (fl. 251, e-STJ).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 258-263, e-STJ), sobreveio o juízo de admissibilidade positivo da instância de origem (fl. 268, e-STJ).

É, no essencial, o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Humberto Martins (Relator): Cinge-se a controvérsia dos autos a obrigatoriedade da aplicação do princípio do paralelismo das formas nos casos de suspensão ou cancelamento de benefício previdenciário.

O Tribunal de origem manifestou-se sobre a possibilidade da Autarquia suspender/cancelar o benefício previdenciário, porém, deve obedecer os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, bem como, a observância do *princípio do paralelismo das formas*, da seguinte maneira, *in verbis* (fls. 226, e-STJ):

5. Assim, o INSS tem o poder-dever de cancelar/suspender os benefícios deferidos sem a observância dos requisitos previstos no ordenamento jurídico em vigor, *exempli gratia*, quando verificar a ausência da continuidade das condições que ensejaram o seu deferimento na esfera administrativa. No entanto, tal providência deve ser precedida de regular procedimento administrativo, onde sejam assegurados a ampla defesa e o contraditório. Só a realização de uma perícia não é suficiente para que se tenha por observado o cânone constitucional que cuida do tema.

6. As preceituações jurisprudenciais, outrossim, destacam a necessidade da observância do princípio do paralelismo das formas ou da similitude procedimental - se para a concessão do benefício foi necessária a instauração de um procedimento administrativo com o exercício da ampla defesa, com todos os recursos a ela inerentes, também assim haverá de ser no instante em que houver razões para que o benefício seja cancelado.”

Esta Corte de Justiça, através da Sexta-Turma, Terceira Seção, aplicou o entendimento de que era necessário respeitar o princípio do paralelismo das formas, ou seja, concedido o benefício por meio de decisão judicial, somente por outra decisão judicial, seria possível a autarquia fazer a revisão para suspender ou cancelar o benefício previdenciário:

Previdenciário. Aposentadoria por invalidez. Concessão por ato judicial. Cancelamento administrativo. Impossibilidade. Necessidade de ação judicial para revisão de benefício concedido judicialmente. Análise de violação de matéria constitucional. Competência do STF. Agravo regimental a que se nega provimento.

1. “Deferida a aposentadoria por invalidez judicialmente, pode a autarquia previdenciária rever a concessão do benefício, uma vez tratar-se de relação jurídica continuativa, desde que por meio de ação judicial, nos termos do art. 471, inciso I, do Código de Processo Civil, e em respeito ao princípio do paralelismo das formas.” (REsp n. 1.201.503-RS, Relatora Ministra *Maria Thereza de Assis Moura*, Sexta Turma, Data do Julgamento 19.11.2012, DJe 26.11.2012)

2. Não compete ao Superior Tribunal de Justiça manifestar-se sobre suposta ofensa constitucional, ainda que para fins de prequestionamento, sob pena de invasão da competência do Supremo Tribunal Federal.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp n. 1.267.699-ES, Rel. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ-PE), Sexta Turma, julgado em 16.5.2013, DJe 28.5.2013)

Previdenciário. Aposentadoria por invalidez concedida judicialmente. Cancelamento na via administrativa. Impossibilidade. Ação revisional. Imprescindibilidade. Art. 471, I, do CPC. Paralelismo das formas. Recurso especial a que se nega provimento.

1. Deferida a aposentadoria por invalidez judicialmente, pode a autarquia previdenciária rever a concessão do benefício, uma vez tratar-se de relação jurídica continuativa, desde que por meio de ação judicial, nos termos do art. 471, inciso I, do Código de Processo Civil, e em respeito ao princípio do paralelismo das formas.

2. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp n. 1.201.503-RS, Rel. Ministra *Maria Thereza de Assis Moura*, Sexta Turma, julgado em 19.11.2012, DJe 26.11.2012)

No voto condutor, a eminente Ministra *Maria Thereza de Assis Moura*, afirma que “Constatando a autarquia que o beneficiário não mais preenche o requisito da incapacidade exigida para a obtenção do benefício, cabe ao ente previdenciário a propositura de ação revisional, nos termos do art. 471, inciso I, do Código de Processo Civil, via adequada para a averiguação da permanência ou não da incapacidade autorizadora do benefício” (REsp n. 1.201.503-RS, Rel. Ministra *Maria Thereza de Assis Moura*, Sexta Turma, julgado em 19.11.2012, DJe 26.11.2012)

Em meu sentir, é inaplicável o princípio do paralelismo das formas por três motivos: 1) a legislação previdenciária, que é muito prolixa, não determina esta exigência, não podendo o Poder Judiciário exigir ou criar obstáculos à autarquia, não previstos em lei; 2) fuge da razoabilidade e proporcionalidade, uma vez que, por meio do processo administrativo previdenciário, respeitando o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, é suficiente para apurar a veracidade ou não dos argumentos para a suspensão/cancelamento do benefício, e não impede posterior revisão judicial; 3) a grande maioria dos benefícios sociais concedidos pela LOAS - Lei Orgânica da Assistência Social - Lei n. 8.742/1993, são deferidos por meio de decisão judicial, o que acarretaria excessiva demanda judicial, afetando em demasia o Poder Judiciário, bem como, o departamento jurídico da autarquia, além da necessidade de defesa técnica, contratada pelo cidadão, sempre que houver motivos para a revisão do benefício.

O que a jurisprudência desta Corte exige, não é a aplicação do princípio do paralelismo das formas, é a concessão do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sempre que houver necessidade de revisão do benefício previdenciário, através do processo administrativo previdenciário, impedindo com isso, o cancelamento unilateral por parte da autarquia, sem oportunizar apresentação de provas que entenderem necessárias.

Conforme bem ressaltou o Tribunal de origem, o recorrente cancelou unilateralmente o benefício previdenciário, o que vai de encontro à jurisprudência pacífica desta Corte.

Verifica-se que a decisão recorrida está em harmonia com o entendimento desta Corte, segundo o qual a suspensão do benefício deve observar o contraditório e a ampla defesa, ainda em fase administrativa.

Neste sentido:

Previdenciário. Agravo regimental em agravo de instrumento contra decisão que denegou o processamento do recurso especial. Recurso administrativo. Possibilidade de concessão de efeito suspensivo. Ausência de manifestação do INSS. Agravo regimental desprovido.

1. *O entendimento desta Corte é firme quanto à impossibilidade de suspensão do benefício previdenciário sem que seja assegurado o contraditório e a ampla defesa ao segurado.*

2. No caso, o ora agravado interpôs recurso administrativo do qual não obteve qualquer manifestação por parte da Autarquia, nem mesmo sobre o pedido de concessão de efeito suspensivo ao recurso, tendo esta se limitado a proceder ao

cancelamento do benefício. Diante da possibilidade, prevista em lei, de concessão de feito suspensivo ao recurso administrativo, não poderia esse direito ser subtraído do beneficiário sem que houvesse decisão fundamentada por parte da Autarquia.

3. Agravo Regimental desprovido.

(AgRg no Ag n. 949.974-MG, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 19.8.2009, DJe 28.9.2009.)

Agravo regimental no agravo de instrumento. Previdenciário. Suspensão de benefício. Contraditório e ampla defesa. Não observância. Súmula n. 83-STJ.

Na hipótese, o e. Tribunal a quo, em conformidade com a jurisprudência pacificada no âmbito desta e. Corte Superior, decidiu pela ilegalidade do ato de suspensão do benefício previdenciário em razão da não observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Incidência da Súmula n. 83-STJ.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag n. 1.105.324-BA, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 18.6.2009, DJe 17.8.2009.)

Previdenciário. Processual Civil. Recurso especial. Aposentadoria por invalidez. Suspensão. Direito à ampla defesa. Violação ao art. 535 do CPC. Inexistência. Multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC. Caráter não-protelatório dos declaratórios. Súmula n. 98-STJ. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

1. Conforme previsto no art. 535 do CPC, os embargos de declaração têm como objetivo sanar eventual obscuridade, contradição ou omissão existentes na decisão recorrida. Não ocorre omissão no acórdão recorrido quando a Corte de origem pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão.

2. Descabida a aplicação da multa processual prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC, quando os embargos declaratórios não têm caráter protelatório, mas objetivam prequestionar a matéria, requisito indispensável ao acesso às instâncias especiais.

3. Conquanto a regra do art. 31, parágrafo único, do Decreto n. 89.312/1984, determine que "O aposentado por invalidez que volta voluntariamente à atividade tem sua aposentadoria cancelada", tal norma deve ser interpretada à luz da atual Constituição Federal. *Assim, em respeito aos princípios constitucionais do contraditório e do devido processo legal, o cancelamento ou suspensão de benefícios previdenciários, por repercutirem no âmbito dos interesses individuais dos segurados, devem ser precedidos de ampla defesa.*

4. Recurso especial conhecido e parcialmente provido apenas para excluir a aplicação da multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC.

(REsp n. 544.008-SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 5.12.2006, DJ 5.2.2007, p. 327.)

No mesmo sentido, cito precedente do Supremo Tribunal Federal:

Agravo regimental. Benefício previdenciário. Suspensão. Necessidade de exaurimento do processo administrativo. Direito à ampla defesa e ao contraditório.

Para se chegar a conclusão diversa daquela a que chegou o acórdão recorrido, seria necessário reexaminar os fatos da causa, a fim de se verificar se existiu, na hipótese em julgamento, o devido exaurimento da instância administrativa em conformidade com a legislação infraconstitucional, sendo incabível para isso o recurso extraordinário. Óbice da Súmula n. 279 desta Corte. Ainda que assim não fosse, saber se é necessário o exaurimento da via administrativa para a suspensão do benefício demanda o exame da legislação infraconstitucional que rege a matéria, o que inviabiliza o processamento do recurso extraordinário. Além disso, ainda que se entenda possível o exame da questão em julgamento, *há decisões desta Turma no sentido da necessidade de observância do princípio da ampla defesa no processo administrativo que resulta na suspensão de benefício previdenciário*. Precedentes de ambas as Turmas. Agravo regimental a que se nega provimento.

(RE n. 469.657 AgR, Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 26.6.2012, Acórdão Eletrônico DJe-158 divulg 10.8.2012 public 13.8.2012)

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como penso. É como voto.

---

### **RECURSO ESPECIAL N. 1.434.713-SC (2014/0027286-8)**

---

Relator: Ministro Herman Benjamin

Recorrente: SAS Indústria e Comércio de Máquinas Ltda - Microempresa

Advogado: Lucinio Manuel Nones e outro(s)

Recorrido: Fazenda Nacional

Advogado: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

---

#### **EMENTA**

Processual Civil e Tributário. Ausência de prequestionamento. Súmula n. 282-STF. Multa isolada. Fato gerador. Data de vencimento. Inclusão no parcelamento da Lei n. 11.941/2009. Vencimento posterior a 30.11.2008. Impossibilidade.

1. Não se conhece de Recurso Especial quanto à matéria (arts. 113 e 115 do CTN) que não foi especificamente enfrentada pelo Tribunal de origem, dada a ausência de prequestionamento. Incidência, por analogia, da Súmula n. 282-STF.

2. Controverte-se a respeito da interpretação do art. 1º, § 2º, da Lei n. 11.941/2009, que, ao disciplinar o parcelamento por ela instituído, dispôs que “poderão ser pagas ou parceladas as *dívidas vencidas até 30 de novembro de 2008*, de pessoas físicas ou jurídicas, consolidadas pelo sujeito passivo, com exigibilidade suspensa ou não, inscritas ou não em dívida ativa, consideradas isoladamente, mesmo em fase de execução fiscal já ajuizada, ou que tenham sido objeto de parcelamento anterior, não integralmente quitado, ainda que cancelado por falta de pagamento”.

3. A recorrente admite que foi autuada pela Receita Federal em 4.9.2009, mas reputa ilegal o ato do Fisco que, ao admitir o parcelamento requerido com base na norma acima explicitada, determinou a exclusão da quantia de R\$ 862.435,20, referente à denominada “multa isolada”, cujo vencimento se deu em 1º.10.2009.

4. Isso porque o lançamento se refere à entrada de mercadoria no período de 15.3.2004 a 3.5.2007, razão pela qual, sendo este o período do fato gerador, deve prevalecer para o fim de enquadramento dos débitos como submetidos ao regime benéfico de parcelamento.

5. A pretensão da recorrente é interpretar de forma extensiva a norma do art. 1º, § 2º, da Lei n. 11.941/2009, confundindo o conceito de obrigação tributária principal com o de imposição de multa por infração à legislação aduaneira.

6. *São distintas a obrigação principal e a penalidade pecuniária instituída especificamente para o fim de punir infração à legislação tributária. O fato gerador da primeira ocorre quando materializada a situação hipoteticamente descrita na lei, ao passo que, em relação à segunda, configura-se a partir da data em que realizado o procedimento fiscalizatório que culminou com a constatação do ilícito.*

7. Da mesma forma, não se confunde a data da ocorrência do fato gerador com a do vencimento do débito.

8. Tem-se, por um lado, que os tributos lançados (II, IPI, PIS-importação e Cofins-importação), referentes a fatos geradores ocorridos entre 2004 e 2007, embora somente tenham sido lançados em 2009,

por meio de procedimento de fiscalização de ofício instaurado pela Receita Federal, tiveram seus vencimentos fixados entre 2004 e 2007, por expressa disposição da lei que os disciplina. Por essa razão, aliás, foram corretamente mantidos pela autoridade fiscal no parcelamento da Lei n. 11.941/2009.

9. A multa isolada teve o fato gerador ocorrido em 4.9.2009 – data em que o Fisco apurou a prática de infração – e por vencimento o dia 1º.10.2009.

10. Assim, por qualquer ângulo que se examine a questão (data de ocorrência do fato gerador ou data de vencimento da multa isolada), conclui-se que o débito não está inserido nos termos do art. 1º, § 2º, da Lei n. 11.941/2009, o que acarreta a improcedência da pretensão recursal.

11. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques (Presidente), Assusete Magalhães e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr(a). Lucinio Manuel Nones, pela parte recorrente: SAS Indústria e Comércio de Máquinas Ltda.

Brasília (DF), 3 de abril de 2014 (data do julgamento).

Ministro Herman Benjamin, Relator

---

DJe 22.4.2014

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Trata-se de Recurso Especial interposto, com fundamento no art. 105, III, a, da Constituição da República, contra acórdão assim ementado:

Parcelamento. Lei n. 11.941, de 2009. Penalidade pecuniária. Vencimento. Data indicada na notificação fiscal.

Não é beneficiada pelo parcelamento previsto na Lei n. 11.941, de 2009, a penalidade pecuniária com vencimento posterior a 30.11.2008, sendo irrelevante que a infração mesma tenha ocorrido anteriormente, uma vez que, em caso assim, o vencimento da dívida ocorre na data indicada na notificação da autoridade fiscal, após a lavratura de auto de infração.

A recorrente alega violação do art. 1º, § 1º, da Lei n. 11.941/2009 e dos arts. 113, § 3º, e 115 do CTN.

Foram apresentadas as contrarrazões.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Herman Benjamin (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 17.2.2014.

A instância de origem não emitiu juízo de valor sobre os arts. 113 e 115 do CTN.

Assim, ante a ausência de prequestionamento, é inviável o conhecimento do recurso nesse ponto. Aplicação, por analogia, da Súmula n. 282-STF.

No mérito, questiona-se a interpretação do art. 1º, § 1º, da Lei n. 11.941/2009, que instituiu modalidade específica de parcelamento dos débitos vencidos até 28.11.2008, nos seguintes termos (grifos meus):

Art. 1º *Poderão ser pagos ou parcelados, em até 180 (cento e oitenta) meses, nas condições desta Lei, os débitos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil e os débitos para com a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, inclusive o saldo remanescente dos débitos consolidados no Programa de Recuperação Fiscal - REFIS, de que trata a Lei n. 9.964, de 10 de abril de 2000, no Parcelamento Especial - PAES, de que trata a Lei n. 10.684, de 30 de maio de 2003, no Parcelamento Excepcional - PAEX, de que trata a Medida Provisória n. 303, de 29 de junho de 2006, no parcelamento previsto no art. 38 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, e no parcelamento previsto no art. 10 da Lei n. 10.522, de 19 de julho de 2002, mesmo que tenham sido excluídos dos respectivos programas e parcelamentos, bem como os débitos decorrentes do aproveitamento indevido de créditos do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI oriundos da aquisição de matérias-primas, material de embalagem e produtos intermediários relacionados na Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados - TIPI, aprovada pelo*

Decreto n. 6.006, de 28 de dezembro de 2006, com incidência de alíquota 0 (zero) ou como não-tributados.

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se aos créditos constituídos ou não, inscritos ou não em Dívida Ativa da União, mesmo em fase de execução fiscal já ajuizada, inclusive os que foram indevidamente aproveitados na apuração do IPI referidos no caput deste artigo.

§ 2º *Para os fins do disposto no caput deste artigo, poderão ser pagas ou parceladas as dívidas vencidas até 30 de novembro de 2008, de pessoas físicas ou jurídicas, consolidadas pelo sujeito passivo, com exigibilidade suspensa ou não, inscritas ou não em dívida ativa, consideradas isoladamente, mesmo em fase de execução fiscal já ajuizada, ou que tenham sido objeto de parcelamento anterior, não integralmente quitado, ainda que cancelado por falta de pagamento, assim considerados:*

*In casu*, a recorrente admite que foi autuada pela Receita Federal em 4.9.2009, mas reputa ilegal o ato do Fisco que, ao admitir o parcelamento requerido com base na norma acima explicitada, determinou a exclusão da quantia de R\$ 862.435,20, referente à denominada “multa isolada”, cujo vencimento se deu em 1º.10.2009.

Afirma que o lançamento se refere à entrada de mercadoria no período de 15.3.2004 a 3.5.2007, razão pela qual, sendo este o período do fato gerador, deve prevalecer para o fim de enquadramento dos débitos como submetidos ao regime benéfico de parcelamento.

O órgão colegiado não acolheu a pretensão da recorrente, com base nos seguintes fundamentos: a) nas obrigações sujeitas ao lançamento por homologação, o vencimento da dívida se dá na datada fixada em lei, o que não ocorre no caso dos autos, isto é, a multa isolada depende da prévia apuração, por iniciativa do Fisco, da infração à legislação tributária cometida pelo contribuinte; b) a prática da infração tributária não dá ensejo ao automático vencimento do débito (“multa isolada”), o que somente ocorrerá após a lavratura do respectivo Auto de Lançamento, com a notificação para impugnação ou pagamento. Em reforço a esse último ponto, cita lição doutrinária para lembrar que a recorrente poderia afastar a responsabilidade pela infração por meio da denúncia espontânea (art. 138 do CTN) – o que procede, conforme consta expressamente no art. 612 do Decreto n. 4.543/2002. Transcrevo excerto do voto condutor do acórdão hostilizado (fl. 210, e-STJ):

Segundo o § 2º do art. 1º da Lei n. 11.941, de 2009, podem ser pagas ou parceladas *as dívidas vencidas até 30 de novembro de 2008, de pessoas físicas ou*

*jurídicas, consolidadas pelo sujeito passivo, com exigibilidade suspensa ou não, inscritas ou não em dívida ativa, consideradas isoladamente, mesmo em fase de execução fiscal ajuizada, ou que tenham sido objeto de parcelamento anterior, não integralmente quitado, ainda que cancelado por falta de pagamento.*

Ora, esse dispositivo legal deve ser interpretado conforme a natureza da obrigação. Em se tratando de obrigação que deve ser cumprida pelo sujeito passivo independentemente de qualquer providência da administração tributária, como ocorre nas obrigações sujeitas ao chamado 'lançamento por homologação', o vencimento da dívida se dá automaticamente na data fixada em lei, após a realização do fato gerador. Cuidando-se, porém, de obrigação cujo adimplemento depende de notificação da administração tributária, como ocorre nas obrigações sujeitas a lançamento de ofício ou à vista de declaração do sujeito passivo, o vencimento da dívida se dá na data indicada na referida notificação.

No caso dos autos, que tem por objeto obrigação de pagar penalidade pecuniária, por infração à legislação tributária, consistente em subfaturamento em importação, a 'dívida' não vence com a simples ocorrência da infração. É necessário que a autoridade fiscal lavre auto de infração, notificando o sujeito passivo a fazer o pagamento na data que for nele indicada. Mesmo porque, como bem lembra Luciano Amaro (*Direito Tributário Brasileiro*, 10ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, p. 245-46), ao tratar do tema, antes das providências administrativas o infrator pode afastar sua responsabilidade pela infração por meio de denúncia espontânea (CTN, art. 138), ou pode ainda a autoridade fiscal, apesar de verificada a infração, deixar de aplicar a penalidade por razões de equidade (CTN, art. 108, § 2º).

Disso tudo se segue que é correto entender, como fizeram a autoridade impetrada e o juiz da causa, que a penalidade pecuniária a que sujeita a impetrante, por infração consistente em subfaturamento na importação, por força do art. 633, inc. I, do Decreto n. 4.543, de 2002, teve seu vencimento na data indicada na notificação da autoridade fiscal, após a lavratura de auto de infração, ou seja, a data de 1º.10.2009, razão por que esse débito não é abrangido pelo citado § 2º do art. 1º da Lei n. 11.941, de 2009, limitado às dívidas vencidas até 30.11.2008.

Entendo que a decisão colegiada não merece reforma, pois, em síntese, a pretensão da recorrente é de interpretar de forma extensiva a norma do art. 1º, § 2º, da Lei n. 11.941/2009, confundindo os conceitos de obrigação tributária principal com o de imposição de multa por infração à legislação aduaneira.

São distintas a obrigação principal e a penalidade pecuniária instituída especificamente para o fim de punir infração à legislação tributária. O fato gerador da primeira ocorre quando materializada a situação hipoteticamente

descrita na lei, ao passo que, em relação à segunda, configura-se a partir da data em que realizado o procedimento fiscalizatório que culminou com a constatação do ilícito.

Da mesma forma, não se confunde a data da ocorrência do fato gerador com a do vencimento do débito.

Assim, tem-se, por um lado, que os tributos lançados (II, IPI, PIS-importação e COFINS-importação), referentes a fatos geradores ocorridos entre 2004 e 2007, embora somente tenham sido lançados em 2009, por meio de procedimento de fiscalização de ofício instaurado pela Receita Federal, tiveram seus vencimentos fixados entre 2004 e 2007, por expressa disposição da lei que os disciplina.

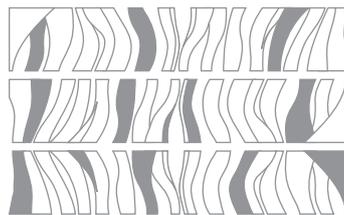
Em relação à multa isolada, este teve o fato gerador ocorrido em 4.9.2009 – data em que o Fisco apurou a prática de infração – e por vencimento 1º.10.2009.

Assim, por qualquer ângulo que se examine a questão (data de ocorrência do fato gerador ou data de vencimento da multa isolada), conclui-se que o débito não está inserido nos termos do art. 1º, § 2º, da Lei n. 11.941/2009, o que acarreta a improcedência da pretensão recursal.

Com essas considerações, *conheço parcialmente do Recurso Especial, para negar-lhe provimento.*

É como *voto.*





---

## Segunda Seção



---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.333.977-MT (2012/0144138-8)**

---

Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti

Recorrente: Banco do Brasil S/A

Advogado: Alessandro Zerbini R Barbosa e outro(s)

Recorrido: Jaime Bavaresco e outro

Advogado: Isaias Grasel Rosman e outro(s)

Interessado: Banco Central do Brasil - "Amicus Curiae"

Advogado: Procuradoria-Geral do Banco Central

Interessado: Federação Brasileira de Bancos FEBRABAN - "Amicus Curiae"

Advogados: Osmar Mendes Paixão Côrtes e outro(s)

Daniel Augusto Teixeira de Miranda

---

**EMENTA**

Civil e Processual Civil. Recurso especial. Ação revisional. Contratos de crédito rural. Embargos de declaração. Prestação jurisdicional completa. Inexistência de vícios. Recurso representativo de controvérsia. CPC, art. 543-C. Capitalização mensal dos juros. Expressa previsão contratual. Cobrança. Legitimidade. Enunciado n. 93 da Súmula do STJ. Precedentes. Mora caracterizada. Comissão de permanência. Encargos moratórios. Cumulação. Impossibilidade, no caso concreto.

1. Se as matérias trazidas à discussão foram dirimidas, pelo Tribunal de origem, de forma suficientemente ampla e fundamentada, ainda que contrariamente à pretensão da parte, afasta-se a alegada violação ao art. 535 do Código de Processo Civil.

2. Nos termos do Enunciado n. 93 da Súmula do STJ, nos contratos de crédito rural, admite-se a pactuação de cláusula que preveja a capitalização mensal dos juros.

3. O deferimento da cobrança da comissão de permanência, sem recurso da parte adversa, apesar de constituir encargo sem previsão legal para a espécie, impede a cumulação com os demais encargos da mora.

4. Tese para os efeitos do art. 543-C do CPC:

- “A legislação sobre cédulas de crédito rural admite o pacto de capitalização de juros em periodicidade inferior à semestral”.

5. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

### ACÓRDÃO

A Segunda Seção, por unanimidade, conheceu do recurso especial e a ele deu parcial provimento, para que seja observada a capitalização dos juros, na periodicidade pactuada, reconhecida ainda a mora dos devedores, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Para os efeitos do artigo 543-C, do CPC, fixou-se a tese de que “A legislação sobre cédulas de crédito rural admite o pacto de capitalização de juros em periodicidade inferior à semestral”. Os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi, Nancy Andrichi, João Otávio de Noronha, Sidnei Beneti, Raul Araújo e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Impedido o Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.

Sustentou oralmente o Dr. Sergio Murilo de Souza, pelo Recorrente Banco do Brasil S/A.

Brasília (DF), 26 de fevereiro de 2014 (data do julgamento).

Ministra Maria Isabel Gallotti, Relatora

---

DJe 12.3.2014

### RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: - Jaime Bavaresco e outra ajuizaram ação em face do Banco do Brasil S.A. com o objetivo de revisar cinco contratos de crédito rural (fl. 333).

Após os trâmites legais, o Juízo da 4ª Vara Cível de Rondonópolis, MT, julgou procedentes em parte os pedidos, o que motivou recurso da instituição financeira ré.

A Primeira Câmara Cível do TJMT, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação apenas para majorar a multa moratória para 10%,

conforme pactuada, ao passo que negou a pretensão de o banco haver a capitalização em periodicidade inferior à semestral e a cumulação de comissão de permanência com outros encargos; e manteve o afastamento dos encargos moratórios ante a descaracterização da mora devida à cobrança da capitalização mensal. O acórdão possui a seguinte ementa (fl. 331):

Apelação. Ação revisional. Crédito rural. Capitalização semestral de juros. Comissão de permanência cumulada com outros encargos moratórios. Multa de 10%. Descaracterização da mora. Recurso parcialmente provido.

A capitalização dos juros nas cédulas de crédito rural deve ser realizada semestralmente. Inteligência do artigo 5º, *caput*, do Decreto-Lei n. 167/1967.

A cobrança da comissão de permanência não pode ser cumulada com outros encargos, tais como juros moratórios e multa contratual. Precedentes do STJ.

Estando explicitamente ajustada, a multa por inadimplemento de 10% sobre o valor do débito prevista no art. 71 do Decreto-Lei n. 167/1967 é devida.

Constatada a abusividade nos encargos exigidos no período da normalidade contratual (juros remuneratórios e/ou capitalização), resta descaracterizada a mora do devedor. Orientação do STJ."

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados às fls. 369-373.

O recurso especial, interposto com base no art. 105, III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, aponta negativa de vigência dos arts. 535, inciso II, do CPC, e 5º do Decreto-Lei n. 167/1967, além de divergência jurisprudencial com o AgRg no REsp n. 720.262-SP (4ª Turma, Rel. Ministro Raul Araújo, DJe de 28.9.2010).

Sustenta que o julgado padece de nulidade por não haver sanado o vício da omissão, levantado nos embargos de declaração.

Afirma que foi contrariado o Enunciado n. 93 da Súmula do STJ, pois a capitalização em periodicidade mensal está expressamente pactuada nos contratos, de acordo com a norma específica, que estipula possibilidade de adoção de prazo inferior ao semestral, condição que não conflita com o Código de Defesa do Consumidor nem tem pertinência com a Medida Provisória n. 1.963-17/2000 (2.170-36/2001).

Adiciona que como os encargos previstos para a normalidade são legítimos, está caracterizada a mora do devedor, que deve responder pelo pagamento dos encargos próprios, verificada a inadimplência.

Promove o confronto a analítico com o precedente indicado para instruir a divergência.

Não foram apresentadas contrarrazões (cf. certidão de fl. 415).

Decisão presidencial de admissibilidade positiva do especial às fls. 416-418, que simultaneamente considerou o recurso especial em questão representativo da controvérsia jurídica em relação à possibilidade de capitalização mensal nos contratos de crédito rural, nos termos do art. 543-C, § 1º, do CPC, ao tempo em que determinada a suspensão da tramitação dos feitos correlatos.

Como consequência, por meio do despacho de fls. 440-441, determinei a suspensão da tramitação dos recursos relativos a contratos bancários em que se discuta a referida matéria.

Aos ofícios expedidos segundo a determinação contida no art. 3º, inciso I, da Resolução n. 8/2008 do STJ, responderam as seguintes entidades:

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que informa o entendimento das Câmaras de Direito Comercial sobre a capitalização dos juros em crédito incentivado, em parte harmônico com o acórdão recorrido (fls. 445-447).

O Tribunal de Justiça de Mato Grosso comunica que o tema tem especial relevância ante a vocação econômica para o agronegócio naquela unidade federada (fls. 508-510).

O Banco Central do Brasil manifesta posição no sentido da possibilidade de as partes estipularem cláusula contratual que estabeleça qualquer periodicidade do encargo, inclusive a mensal, em respeito ao Enunciado n. 93 da Súmula do STJ, editado com base no art. 5º do Decreto-Lei n. 167/1967, que é norma específica que permanece em vigência e não conflita com o Código de Defesa do Consumidor (fls. 514-523).

A FEBRABAN - Federação Brasileira de Bancos argúi a necessidade da manutenção da jurisprudência pacificada do STJ sobre a questão, que admite a periodicidade mensal, afirmando a necessidade de suspensão de todas as ações em curso no território nacional sobre a matéria (fls. 531-543).

O IDEC - Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, apesar de regularmente intimado (fl. 504), não se manifestou (cf. certidão de fl. 583).

O Ministério Público Federal opinou às fls. 588-592, no sentido do não provimento do recurso, pois a verificação do intervalo temporal para incidência da capitalização viola a Súmula n. 7 da Corte, apesar de ser possível em periodicidade mensal.

Às fls. 594-595, comparece a Defensoria Pública da União para manifestar interesse no julgamento do feito, sob justificativa de que atua em defesa de

hipossuficientes em milhares de ações dessa natureza, fundamentos pelos quais pleiteia admissão como *amicus curiae*, intimação pessoal, possibilidade de sustentação oral e prazo dobrado, além de cópia dos autos.

É o relatório.

### VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti (Relatora): - Inicialmente, analiso o pedido da Defensoria Pública da União, com base § 4<sup>a</sup> do art. 543-C do CPC e no inciso I, do art. 3<sup>o</sup>, da Resolução STJ n. 8/2008.

Considero que a representatividade das pessoas, órgãos ou entidades referidos deve relacionar-se, diretamente, à identidade funcional, natureza ou finalidade estatutária da pessoa física ou jurídica que a qualifique para atender ao interesse público de contribuir para o aprimoramento do julgamento da causa, não sendo suficiente o interesse em defender a solução da lide em favor de uma das partes (interesse meramente econômico).

Penso que a intervenção formal no processo repetitivo deve dar-se por meio da entidade de âmbito nacional cujas atribuições sejam pertinentes ao tema em debate, sob pena de prejuízo ao regular e célere andamento de tal importante instrumento processual.

No caso em exame, a requerente alega representar consumidores em milhares de ações, o que é insuficiente, ao meu sentir, para a representatividade que justifique intervenção formal em processo submetido ao rito repetitivo.

Observo que, no presente caso, discutem-se encargos de crédito rural, destinado ao fomento de atividade comercial, não se subsumindo a matéria, como regra, às hipóteses de atuação típica da defensoria pública. Apenas a situação de eventual devedor necessitada justificaria, em casos concretos, a defesa da tese jurídica em debate pela Defensoria, tese esta igualmente sustentada por empresas de grande porte econômico. A inteireza do ordenamento jurídico já é defendida nos autos pelo Ministério Público Federal.

Consideradas essas razões, indefiro o pedido de inclusão como *amicus curiae*.

Nada obsta, todavia, à permanência nos autos, a título de memorial, da manifestação já apresentada, porque tal permissão não prejudica a marcha processual.

Indefiro, pois, o pedido de intervenção como *amicus curiae* formulado pela Defensoria Pública da União.

## II

Cuida-se de ação revisional de cinco contratos de crédito rural, em relação aos quais foi vedada a capitalização dos juros em periodicidade inferior à semestral e declarada a descaracterização da mora do devedor, como consequência da cobrança mensal desse mesmo encargo, questões que o Banco do Brasil S.A. pretende reformar por intermédio de recurso especial interposto pelas alíneas **a** e **c**, do inciso III, do art. 105, da Constituição Federal.

De início, quanto à alegada violação ao art. 535, inciso II, do CPC, sem razão o recorrente, tendo em vista que foram enfrentadas fundamentadamente todas as matérias suscitadas pela instituição financeira, porém em sentido contrário ao almejado, o que afasta a invocada declaração de nulidade.

## III

### **MATÉRIA REPRESENTATIVA DE CONTROVÉRSIA para os efeitos do art. 543-C, do CPC**

Devidamente prequestionado o art. 5º do Decreto-Lei n. 167/1967, assim como comprovada adequadamente a divergência que, aliás, é notória no particular, verifica-se, com relação à periodicidade em que pode ser pactuada a capitalização dos juros nos contratos de crédito rural, que o Tribunal de Justiça de Mato Grosso assim vedou a cobrança nos termos em que pretendida (fls. 333-334):

A forma da capitalização dos juros no crédito rural decorre de expressa previsão legal contida no artigo 50, *caput*, do mencionado Decreto-Lei n. 167/1967:

Art. 5º. As importâncias fornecidas pelo financiador vencerão juros as taxas que o Conselho Monetário Nacional fixar e serão exigíveis em 30 de junho e 31 de dezembro ou no vencimento das prestações, se assim acordado entre as partes; no vencimento do título e na liquidação, por outra forma que vier a ser determinada por aquele Conselho, podendo o financiador, nas datas previstas, capitalizar tais encargos na conta vinculada a operação.

A validade da capitalização semestral de juros encontra-se pacificada pelo C. Superior Tribunal de Justiça:

Agravo regimental. Recurso especial. Ação revisional de contrato bancário. Cédula de crédito rural. Correção monetária. Incidência. Capitalização semestral dos juros. Possibilidade. Juros remuneratórios. Período de inadimplência. Autorização.

1. A correção monetária não constitui um plus, representando tão-somente a recomposição do valor da moeda, independentemente a sua incidência de ajuste entre os contratantes.

2. Incidência de correção monetária pela variação do INPC a partir do vencimento da obrigação.

3. *De acordo com o art. 5º, caput, do Decreto-Lei n. 167/1967, em se tratando de cédula de crédito rural, a capitalização dos juros pode ser semestral, independentemente de pactuação expressa. Precedentes.*

4. Na cédula de crédito rural, possível a cobrança da taxa de juros remuneratórios no período da inadimplência, desde que limitada a 12% (doze por cento) ao ano.

5. *Agravo regimental desprovido.* (AgRg no REsp n. 1.108.049-GO, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 14.6.2011, DJe 27.6.2011) (grifado).

Portanto, deve ser mantida a sentença, neste particular, quanto à periodicidade semestral na capitalização dos juros remuneratórios, diante da existência de regra contida em norma específica, que se sobrepõe à regra geral.

Há, todavia, consenso na jurisprudência desta Corte de que é possível que as partes convenionem períodos inferiores ao semestral.

Com efeito, de há muito é pacífico o entendimento deste Tribunal que reconhece, na autorização contida no art. 5º do Decreto-Lei n. 167/1967, a permissão da capitalização dos juros nas cédulas de crédito rural, ainda que em periodicidade mensal, desde que pactuada no contrato, o que ocorre no caso dos autos.

A redação do mencionado art. 5º do Decreto-Lei n. 167/1967 não deixa dúvidas quanto a isso:

As importâncias fornecidas pelo financiador vencerão juros às taxas que o Conselho Monetário Nacional fixar e serão exigíveis em 30 de junho e 31 de dezembro *ou no vencimento das prestações, se assim acordado entre as partes*; no vencimento do título e na liquidação, por outra forma que vier a ser determinada por aquele Conselho, *podendo o financiador, nas datas previstas, capitalizar tais encargos na conta vinculada a operação.* (destaquei)

A autorização legal, portanto, está presente desde a concepção do título de crédito rural pela norma específica, que no particular prevalece sobre o art. 4º do Decreto n. 22.626/1933 (Lei de Usura), e não sofreu qualquer influência com a edição da Medida Provisória n. 1.963-17/2000 (2.170-36/2001).

Esta Segunda Seção, diante da pacificação do tema, em 27.10.1993, aprovou a publicação do Enunciado n. 93 da Súmula do STJ, que possui a seguinte redação:

A legislação sobre cédulas de crédito rural, comercial e industrial admite o pacto de capitalização de juros

Insta frisar que, do precedente deste Tribunal invocado pelo acórdão recorrido para justificar a limitação ao prazo semestral (3ª Turma, AgRg no REsp n. 1.108.049-GO, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJe de 27.6.2011), basta a leitura da ementa para se constatar que a adoção da semestralidade deveu-se à ausência de pactuação expressa da periodicidade mensal, situação diversa do caso dos autos, em que houve celebração de cláusula expressa prevendo este intervalo, indevidamente afastada pelo acórdão recorrido (sentença, fl. 282 e acórdão recorrido, fl. 337).

O voto do Ministro Paulo de Tarso esclarece cabalmente a matéria:

*De outro lado, nos termos da jurisprudência consolidada desta Corte, “é permitida a capitalização mensal dos juros nas cédulas de crédito rural, desde que pactuada” (AgRg no REsp n. 911.525-RN, Rel. Min. **Paulo de Tarso Sanseverino**, Terceira Turma, DJ de 10.12.2010).*

*Na espécie, todavia, o acórdão recorrido esclareceu que, em relação à capitalização dos juros, “nada foi pactuado” (fls. 570).*

*Destarte, a reforma do julgado - com o reconhecimento da pactuação da capitalização mensal dos juros - demandaria a interpretação das cláusulas do contrato firmado entre as partes, assim como o reexame das provas constantes dos autos, providências vedadas em sede especial, a teor das Súmulas n. 5 e 7-STJ.*

*Todavia, não é este o escopo do recurso ora em apreço, que visa, no particular, à autorização da capitalização semestral dos juros, a qual não dependeria de pactuação.*

*A fim de bem elucidar a questão, cumpre trazer à colação o art. 5º, caput, do Decreto-Lei n. 167/1967, que regula os títulos de crédito rurais:*

**Art. 5º** - As importâncias fornecidas pelo financiador vencerão juros as taxas que o Conselho Monetário Nacional fixar e serão exigíveis em 30 de junho

*e 31 de dezembro ou no vencimento das prestações, se assim acordado entre as partes; no vencimento do título e na liquidação, por outra forma que vier a ser determinada por aquele Conselho, podendo o financiador, nas datas previstas, capitalizar tais encargos na conta vinculada a operação.*

*Consoante se extrai da leitura do dispositivo legal acima transcrito, a capitalização semestral dos juros, em se tratando de cédula de crédito rural, possui autorização ex lege, independentemente de pactuação expressa.*

*Não é outra a conclusão que se infere do voto proferido pelo Ministro **Aldir Passarinho Junior** por ocasião do julgamento do REsp n. 493.379-RS, verbis:*

*Quanto à capitalização, a jurisprudência firmou que é possível, desde que expressamente pactuada, porquanto, na espécie, a redação do já citado art. 5º do Decreto-Lei n. 413/1969, ao prever que seja efetuada semestralmente, ressalva "(...) se assim acordado entre as partes", admitindo, pois, que se contrate coisa diversa (...).*

*Ressalte-se que, muito embora o precedente em tela cuide de cédula de crédito industrial, os dispositivos legais que regem a capitalização dos juros nesta espécie contratual e na cédula de crédito rural são de todo semelhantes, recomendando o tratamento uniforme da matéria.*

*Confirmam-se, ainda, com maior especificidade, os seguintes julgados:*

*Comercial. Cédula rural pignoratícia. Juros. Incidência. Capitalização semestral. Ausência de pactuação mensal. Decreto-Lei n. 167/1967, art. 5º. Súmula n. 93-STJ.*

*I. Conquanto admissível a capitalização mensal dos juros decorrentes de cédula rural pignoratícia, ela há que estar expressamente pactuada, hipótese inócurrenente na espécie, o que torna ilegítima a sua cobrança na forma desejada pelo exequente. Correta, pois, a semestralidade determinada pelo acórdão estadual.*

*II. Recurso especial conhecido, mas desprovido. (REsp n. 90.863-RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, DJ de 20.9.1999)*

*(...)"*

Claro está, portanto, que, nas cédulas de crédito rural, industrial e comercial, a capitalização semestral dos juros possui autorização *ex lege*, não dependendo de pactuação expressa. A pactuação expressa é necessária para a incidência de juros em intervalo inferior ao semestral. Tal disciplina não foi alterada pela MP n. 1.963-17, de 31.3.2000.

Presente a convenção específica, como na espécie, inúmeros são os exemplos de acórdãos que legitimam a cobrança, anteriores e posteriores à edição da Súmula n. 93, de que para constar transcrevo apenas alguns:

Cédulas de crédito rural. Juros. Capitalização.

Os juros dos empréstimos ajustados através de cédula de crédito rural podem ser capitalizados mensalmente, desde que pactuado na forma determinada pelo Conselho Monetário Nacional.

(2ª Seção, EDcl no REsp n. 13.098-GO, Rel. Ministro Cláudio Santos, unânime, DJU de 3.11.1992)

Crédito rural. Capitalização de juros.

Possível a capitalização mensal dos juros pactuados, nos termos do art. 5º, *caput*, do Dec. Lei n. 167, de 14.2.1967, que excepciona a regra proibitória estabelecida na chamada “Lei de Usura”.

Recurso especial conhecido e provido.

(4ª Turma, REsp n. 24.241-RS, Rel. Ministro Barros Monteiro, unânime, DJU de 31.8.1992)

Capitalização mensal de juros.

Possibilidade, no caso de financiamento rural (Decreto-Lei n. 167/1967, art. 5º). Precedentes do STJ, entre outros o REsp n. 11.843.

Recurso especial conhecido e provido.

(3ª Turma, REsp n. 23.844-RS, Rel. Ministro Nilson Naves, unânime, DJU de 1º.9.1992)

Agravo regimental. Agravo em recurso especial. Cerceamento de defesa. Realização de perícia. Capitalização em cédula de crédito rural. Súmula n. 93-STJ.

1.- O alegado cerceamento de defesa com o indeferimento de realização de prova pericial demandaria a incursão no acervo fático-probatório da causa, o que é vedado à luz da Súmula n. 7 desta Corte.

2.- A capitalização dos juros é admissível quando pactuada e desde que haja legislação específica que a autorize. Assim, conforme prevê a Súmula n. 93-STJ, permite-se sua cobrança na periodicidade mensal nas cédulas de crédito rural, comercial e industrial (Decreto-Lei n. 167/1967 e Decreto-Lei n. 413/1969).

3.- O recurso não trouxe nenhum argumento capaz de modificar a conclusão do julgado, a qual se mantém por seus próprios fundamentos.

4.- Agravo Regimental improvido.

(3ª Turma, AgRg no AREsp n. 293.559-MG, Rel. Ministro Sidnei Beneti, unânime, DJe de 3.5.2013)

Processual Civil e Civil. Agravo no recurso especial. Ação revisional. Cédula de crédito rural. Capitalização mensal. Possibilidade.

- As cédulas de crédito rural, comercial e industrial admitem a capitalização dos juros em periodicidade mensal, quando pactuada.

- Agravo no recurso especial não provido.

(3ª Turma, AgRg no REsp n. 1.183.065-MS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, unânime, DJe de 10.8.2012)

Processual Civil. Agravo regimental no recurso especial. Cédula de crédito rural. Capitalização mensal de juros. Possibilidade. Súmula n. 93-STJ. Existência de pactuação. Grau de sucumbência. Revisão. Reexame de matéria fática. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ. Agravo regimental desprovido.

(3ª Turma, AgRg no REsp n. 998.251-GO, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, unânime, DJe de 13.8.2012)

Processual Civil e cédula de crédito rural. Recursos especiais. Omissão. Inexistência. Relação jurídica. Consumo. Juros remuneratórios. Limitação ao percentual de 12% ao ano, à míngua de regulamentação por parte do Conselho Monetário Nacional. Cédulas emitidas anteriormente à publicação da Medida Provisória n. 1.963-17 (31.3.2000). Índice de correção aplicável para o mês de março de 1990. BTNF. Capitalização mensal de juros. Possibilidade. Comissão de permanência, no caso de inadimplência. Descabimento. Multa contratual mais juros de mora de 1% ao ano. Possibilidade. Cobrança de encargo abusivo. Descaracterização da mora. Honorários advocatícios sucumbenciais. Compensação. Cabimento.

1. Conquanto na regência da Lei n. 4.595/1964 não estejam os juros bancários limitados a 12% ao ano, as notas de crédito rural, comercial e industrial acham-se submetidas a regramento próprio (Lei n. 6.840/1980 e Decreto-Lei n. 413/1969), que conferem ao Conselho Monetário Nacional o dever de fixar os juros a serem praticados. Tendo em vista a omissão desse órgão governamental, incide a limitação de 12% ao ano, prevista no Decreto n. 22.626/1933 (Lei da Usura). Precedentes.

2. Mesmo antes da publicação da Medida Provisória n. 1.963-17 (31.3.2000), era possível a pactuação da capitalização de juros em periodicidade mensal para a cédula de crédito rural. Ressalva do entendimento pessoal do Relator.

3. A jurisprudência do STJ veda a cobrança de comissão de permanência para a hipótese de inadimplência relativa à cédula de crédito rural, porém admite a cobrança de juros remuneratórios pactuados, acrescidos de juros moratórios de 1% (um por cento) ao ano, mais multa.

4. A jurisprudência desta Corte é pacífica em não reconhecer o IPC como indexador para financiamentos - como do caso em exame -, com o percentual

de 84,32%, no mês de março/1990, pois a grande massa dos ativos financeiros depositados em caderneta de poupança foi remunerada de acordo com a variação do BTNF, por isso deve ser aplicado esse índice, como decidido pela Corte de origem.

5. A cobrança de encargo abusivo no período de normalidade contratual descaracteriza a mora. Precedentes.

6. Orienta a Súmula n. 306-STJ que “[o]s honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte”.

7. Recurso especial dos autores, da Fazenda Nacional e do Banco do Brasil parcialmente providos.

(4ª Turma, REsp n. 1.134.857-PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, unânime, DJe de 15.10.2012)

Agravo regimental. Recurso especial. Embargos de declaração. Omissão. Inocorrência. Multa. Fundamentação deficiente. Súmula n. 284-STF. Cédula de crédito rural. Capitalização mensal. Súmula n. 93-STJ. Não provimento.

1. Desnecessário que o acórdão recorrido se manifeste expressamente sobre o dispositivo legal tido por violado tanto para fins de prequestionamento quanto para afastar eventual omissão, bastando que decida o tema que lhe foi proposto de maneira a tornar clara a tese jurídica que norteou o julgamento.

2. O especial é recurso de fundamentação vinculada, cabendo à parte a indicação da norma de direito malferida, associada às razões pelas quais assim entende, ou demonstrar dissídio jurisprudencial sobre os mesmos fatos, sob pena de incidência do Enunciado n. 284, da Súmula do STF, não sendo suficiente a simples manifestação de inconformismo, o que se diz, no caso em apreço, em relação à multa aplicada no julgamento de embargos de declaração.

3. As cédulas de crédito rural admitem pacto de capitalização mensal, como ensina o Verbete n. 93, da Súmula, nos termos dos precedentes que a embasaram.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(4ª Turma, AgRg no REsp n. 1.247.394-AL, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, unânime, DJe de 28.6.2012)

Agravo regimental no agravo de instrumento. Questão federal não abordada pela Corte de origem mesmo após oposição de embargos de declaração. Falta de prequestionamento. Ofensa ao art. 535 do CPC não apontada. Súmula n. 211-STJ. Cédula de crédito rural. Capitalização mensal dos juros. Possibilidade. Súmula n. 93-STJ. Análise da previsão contratual. Impossibilidade em sede de recurso especial. Súmulas n. 5 e 7 do STJ.

1. O Tribunal *a quo*, muito embora opostos embargos de declaração, não tratou da questão de que trata o art. 14 da Lei n. 4.829/1965, impossibilitando o conhecimento do recurso especial, haja vista a ausência de prequestionamento. Incidência, na espécie, da Súmula n. 211 desta Corte.

2. O acesso à instância especial, quando o Tribunal *a quo*, embora opostos embargos de declaração, não aprecia a questão federal suscitada, demanda a interposição do apelo nobre com base na ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil.

3. Consoante pacífica jurisprudência desta eg. Corte Superior de Justiça, é possível, nas cédulas de crédito rural, industrial e comercial, a capitalização mensal dos juros, desde que pactuada. Incidência da Súmula n. 93-STJ.

4. Tendo o Tribunal de origem assentado a pactuação da capitalização dos juros em periodicidade mensal, é defesa, em sede de recurso especial, a alteração desta premissa, haja vista a necessidade de interpretação de cláusula contratual e o reexame dos elementos fático-probatórios dos autos. Incidência das Súmulas n. 5 e 7 do STJ.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(4ª Turma, AgRg no Ag n. 1.175.868-RO, Rel. Ministro Raul Araújo, unânime, DJe de 8.5.2012)

Conclui-se, portanto, que a posição assumida pelo acórdão recorrido contraria o entendimento desta Corte, no sentido de que, havendo pactuação, é cabível o pacto de capitalização dos juros em periodicidade mensal.

#### IV

Prospera o recurso ao cogitar a configuração da mora.

Este Colegiado adota o entendimento de que a cobrança do crédito com acréscimos indevidos, no período de normalidade contratual, não tem o condão de constituir o devedor em mora, porque dificultado o pagamento, causando a impontualidade da qual ainda se beneficiaria com a aplicação da cláusula penal (EREsp n. 163.884-RS, Rel. p/ acórdão Ministro Ruy Rosado de Aguiar, por maioria, DJU de 24.9.2001; REsp Repetitivo n. 1.061.530-RS (2ª Seção, Rel. Ministra Nancy Andrighi, unânime, DJe de 10.3.2009).

No caso dos autos, contudo, como visto acima, o encargo do período anterior à inadimplência discutido em juízo que ensejou a descaracterização foi considerado legítimo, de forma que a cobrança, sob esse aspecto, faz-se sobre valores realmente devidos.

Apesar disso, na hipótese presente, não será possível exigir o pagamento dos juros de mora e da multa em virtude do reconhecimento pelo acórdão recorrido da exigibilidade da comissão de permanência, de forma isolada, encargo que não possui previsão legal para os contratos de crédito rural, porém não houve recurso da parte adversa a esse respeito.

Dessa forma, como é da essência da comissão de permanência a qualidade de substituir os demais encargos da mora, com os quais também compartilha a mesma natureza, veda-se a incidência cumulada.

Em face do exposto, conheço do recurso especial e a ele dou parcial provimento, para que seja observada a capitalização dos juros, na periodicidade pactuada, reconhecida ainda a mora dos devedores.

Para o efeito do art. 543-C, do CPC, fixa-se a tese de que “A legislação sobre cédulas de crédito rural admite o pacto de capitalização de juros em periodicidade inferior à semestral”.

Diante da sucumbência recíproca, na forma do art. 21, *caput*, do CPC, arcarão as partes com os honorários de seus advogados.

É como voto.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.354.536-SE (2012/0246647-8)**

---

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Recorrente: Maria Gomes de Oliveira

Advogado: Honey Gama Oliveira e outro(s)

Recorrente: Petróleo Brasileiro S/A Petrobras

Advogado: Carolina de Castro Leite e Andrade e outro(s)

Recorrido: Os mesmos

---

**EMENTA**

Responsabilidade civil por dano ambiental. Recurso especial representativo de controvérsia. Art. 543-C do CPC. Danos decorrentes

de vazamento de amônia no Rio Sergipe. Acidente ambiental ocorrido em outubro de 2008.

1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: a) para demonstração da legitimidade para vindicar indenização por dano ambiental que resultou na redução da pesca na área atingida, o registro de pescador profissional e a habilitação ao benefício do seguro-desemprego, durante o período de defeso, somados a outros elementos de prova que permitam o convencimento do magistrado acerca do exercício dessa atividade, são idôneos à sua comprovação; b) a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar a sua obrigação de indenizar; c) é inadequado pretender conferir à reparação civil dos danos ambientais caráter punitivo imediato, pois a punição é função que incumbe ao direito penal e administrativo; d) em vista das circunstâncias específicas e homogeneidade dos efeitos do dano ambiental verificado no ecossistema do rio Sergipe - afetando significativamente, por cerca de seis meses, o volume pescado e a renda dos pescadores na região afetada -, sem que tenha sido dado amparo pela poluidora para mitigação dos danos morais experimentados e demonstrados por aqueles que extraem o sustento da pesca profissional, não se justifica, em sede de recurso especial, a revisão do *quantum* arbitrado, a título de compensação por danos morais, em R\$ 3.000,00 (três mil reais); e) o dano material somente é indenizável mediante prova efetiva de sua ocorrência, não havendo falar em indenização por lucros cessantes dissociada do dano efetivamente demonstrado nos autos; assim, se durante o interregno em que foram experimentados os efeitos do dano ambiental houve o período de “defeso” - incidindo a proibição sobre toda atividade de pesca do lesado -, não há cogitar em indenização por lucros cessantes durante essa vedação; f) no caso concreto, os honorários advocatícios, fixados em 20% (vinte por cento) do valor da condenação arbitrada para o acidente - em atenção às características específicas da demanda e à ampla dilação probatória -, mostram-se adequados, não se justificando a revisão, em sede de recurso especial.

2. Recursos especiais não providos.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento a ambos os recursos especiais, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Para os efeitos do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, ficaram definidas as teses constantes na ementa e no voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, Nancy Andrichi, João Otávio de Noronha e Sidnei Beneti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Raul Araújo.

Brasília (DF), 26 de março de 2014 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

---

DJe 5.5.2014

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Maria Gomes de Oliveira Santos ajuizou “ação indenizatória por dano ambiental” em face de Petróleo Brasileiro S.A. - Petrobras.

Narra que, no dia 5 de outubro de 2008, a indústria Fertilizantes Nitrogenados de Sergipe - FAFEN, subsidiária da requerida, deixou vaziar para as águas do rio Sergipe cerca de 43.000 (quarenta e três mil) litros de amônia, fato que resultou em dano ambiental, provocando a morte de peixes, camarões, mariscos, crustáceos e moluscos com a consequente quebra da cadeia alimentar do ecossistema fluvial local.

Assegura ser pescadora com dedicação exclusiva - possuindo “carteira de registro da pesca” -, aduzindo que o acidente causou danos também aos pescadores, em especial aos artesanais, por não terem condições de pescar em outra localidade e também por ter ocorrido em época de maior abundância de pescados.

Expõe que experimentou danos materiais e morais, pois ficou privada da pesca, atividade por meio da qual auferia em torno de um salário mínimo

mensalmente, e também pelo sofrimento suportado em decorrência do dano ambiental.

Assevera que também utilizava parte do que pescava para sua própria alimentação e que, em vista do acidente, teve o alimento totalmente subtraído de suas refeições e, posteriormente, experimentou redução da quantidade pescada.

O Juízo da Comarca de Laranjeiras julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial para condenar a ré ao pagamento da quantia de R\$ 240,00 (duzentos e quarenta reais), a título de lucros cessantes, a contar do acidente, e R\$ 7.500,00 (sete mil e quinhentos reais) como compensação por danos morais, com atualização monetária a contar do arbitramento e juros de mora a partir do evento danoso.

Interpuseram as partes apelação para o Tribunal de Justiça de Sergipe, que deu parcial provimento tão somente ao recurso da ré, apenas para diminuir o valor do dano moral.

A decisão tem a seguinte ementa:

Apelações Cíveis. Ação de Indenização por danos morais e materiais decorrente de dano ambiental. Reiteração dos Agravos Retidos pela Petrobrás. Alegação de necessidade de ampla dilação probatória. Sabe-se que o magistrado é destinatário da prova, cabendo-lhe a ponderação da necessidade de utilização desta ou daquela prova, ou mesmo sua dispensa, a teor do art. 130, do Código de Processo Civil. Desprovisionamento dos agravos retidos. Mérito. Responsabilidade objetiva da Empresa. Aplicação da Teoria do Risco Integral, implicando apenas na análise da existência do dano e do nexo de causalidade. Configuração de dano moral passível de reparação. Comprovação da condição de pescador. Devidos os lucros cessantes. Provas nos autos que demonstram o recebimento de renda inferior ao salário mínimo. Manutenção da quantia fixada na sentença. Possibilidade de compensação das verbas atribuídas aos lucros cessantes com o período de pagamento do defeso. Dano moral. Reforma do *quantum* indenizatório arbitrado a título de dano não patrimonial, para atender aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade diante do caso concreto. Caracterização de sucumbência mínima, em razão do acolhimento praticamente integral de todos os pedidos articulados na vestibular. Irresignação quanto a verba honorária. Manutenção do percentual. Termo inicial de incidência da correção monetária, para danos materiais e morais, atende ao teor das Súmulas n. 43 e Súmula n. 362, ambas do Superior Tribunal de Justiça. Sentença que não merece reforma, nesta parte. Recursos conhecidos, sendo improvido o apelo autoral e provido parcialmente o recurso da empresa. Decisão Unânime.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados.

Interpuseram autora e ré recurso especial, ambos com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal.

Em seu recurso especial, a empresa ré Petrobras afirma divergência jurisprudencial, omissão e violação aos artigos 20, 21, 165, 323, 333 e 535 do CPC, 5º e 93 da CF, 26 do Decreto-Lei n. 221/1967, 2º da Lei n. 10.779/2003, 4º da Lei n. 11.699/2008 e 393, 944 e 945 do CC, aduzindo que:

a) demonstrou que o vazamento de amônia na FAFEN-SE decorreu de caso fortuito, em virtude da obstrução de uma das canaletas das caixas de drenagem química da unidade uréia;

b) houve mesmo mortandade de algumas espécies da fauna ribeirinha, mas não na quantidade reportada na exordial;

c) não poupou esforços para que os efeitos do acidente fossem afastados, inclusive reunindo-se com os pescadores da região para atendimento de suas reivindicações e prestando colaboração a todas as ações do órgão público ambiental;

d) cerceamento de defesa, pois não foi reiterado ofício ao Ministério do Trabalho e Emprego, tal como solicitou em primeiro grau;

e) as provas produzidas nos autos acerca da condição de pescadora profissional da autora são frágeis, não atendendo ao disposto nos arts. 26 do Decreto-Lei n. 221/1967, 2º da Lei n. 10.779/2003 e 4º da Lei n. 11.699/2008, pois são notórias as fraudes praticadas por grupos que buscam indevidamente gozar do benefício do seguro-defeso, “tendo sido identificados mais de 1.500 supostos pescadores pleiteando uma reparação moral e material” por decorrência do evento;

f) não é correta a aplicação da teoria do risco integral, pois o acidente decorreu de obstrução fortuita em uma das canaletas das caixas de drenagem química da unidade de ureia;

g) não houve demonstração de prejuízos à pesca, tampouco de dano indenizável;

h) há várias provas técnicas colacionadas aos autos demonstrando a recuperação natural do ambiente local em função das ações reparatórias que promoveu, tendo recolhido todo o produto causador do dano ambiental;

i) é excessivo o *quantum*, fixado a título de danos morais, no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais) por pescador;

j) houve sucumbência recíproca, pois a autora decaiu da maior parte de seu pedido, pois na verdade buscou condenação superior a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais);

Em contrarrazões, afirma a autora (recorrida) que: a) o acidente causou a mortandade de peixes, tendo ficado privada da pesca por 8 meses; b) não houve cerceamento de defesa; c) a sua condição de pescadora, atuante na área afetada pelo acidente, foi provada por carteira de pescador profissional, documento enviado ao Juízo pelo Ministério do Trabalho e Emprego, e caderneta da colônia de pescadores local; d) incide a teoria do risco integral; e) a prova pericial demonstrou o dano e que só houve a recuperação do ecossistema 8 meses após o acidente; f) sofreu dor, humilhação, vexame, angústia e aflição decorrentes da incerteza quanto ao próprio sustento e de sua família; g) a recorrente pretende o reexame de prova; g) os honorários estão adequadamente arbitrados.

Opina o Ministério Público Federal “pelo improvimento de ambos os recursos especiais”.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 2. É importante registrar, de início, que o Presidente do Tribunal de Justiça de Sergipe admitiu os recursos especiais, dando-lhes seguimento pela sistemática do art. 543-C do Código de Processo Civil, ao fundamento de haver aproximadamente 1.200 outras demandas advindas do mesmo acidente ambiental, que “estão sendo julgadas, em seus pilares argumentativos, numa mesma linha de interpretação da legislação federal pertinente”.

Por outro lado, ainda que não haja precedentes específicos sobre o acidente ora em exame, é fato que no julgamento do Recurso Especial n. 1.114.398-PR (relatoria do Ministro Sidnei Beneti), julgado em 2012, esta Seção assentou que “[...] as teses gerais, aplicáveis a consequências de danos ambientais causados em outros acidentes semelhantes, serão, como natural, evidentemente considerados nos julgamentos a se realizarem”.

Por esses motivos, afetei o julgamento do caso a esta egrégia Segunda Seção.

3. O acórdão recorrido dispôs:

Diante das razões acima, nego provimento aos agravos retidos, passando-se à análise das matérias contidas nos apelos.

[...]

Ao contrário do alegado pela PETROBRAS, a condição de pescadora está devidamente comprovada nos autos, pois a documentação acostada, especialmente a de fls. 11, datada de agosto/2008, bem como nos documentos constantes na mídia anexada às fls. 288, especificamente na relação da Lista de Cadastro de Feirantes na área de pescada, consta o nome da autora.

Acrescente-se que o depoimento da autora, (fls.189), convincente, no sentido de reconhecer a mesma como pescadora e vendedora do pescada em feira livre, sendo tal afirmativa confirmada pelo declarante Joandison dos Santos Palmeira, (fls. 190).

Portanto, a conclusão a que chegou o Julgador a quo teve por fundamento as provas carreadas aos autos, as quais comprovam a atividade laboral da requerente.

[...]

No presente caso, ocorreu o chamado dano ambiental, para o qual é de se aplicar a teoria do risco integral, conforme ressaltado na sentença, e em contrário do que afirma a PETROBRAS.

Tal dano ocorreu em decorrência da obstrução de uma canaleta das caixas de drenagem química da unidade de uréia, cujo fluxo excedente das referidas caixas atingiu as canaletas de águas pluviais do Rio Sergipe, resultando na elevação do nível de amônia no referido Rio, fato este fartamente comprovado com as provas carreadas aos autos.

Desse modo, o simples fato de desenvolver atividade que coloque em risco o meio ambiente, como na hipótese dos autos, implica na responsabilização do agente por qualquer dano dela decorrente, independentemente de caso fortuito, força maior, fato de terceiro ou culpa. Bastante, pois, a comprovação do dano e o nexo de causalidade.

*In casu*, o nexo causal também está devidamente comprovado nos autos, pois em decorrência da conduta da empresa, qual seja, o vazamento de amônia nas margens do Rio Sergipe, implicou em prejuízo para atividade laboral desenvolvida pela autora, como pescadora e feirante, inclusive tal fato foi noticiado nos meios de imprensa da nossa capital.

Acrescente-se que, o dano ao meio ambiente gerou para a requerente um sofrimento, na medida em que trouxe prejuízo em sua luta diária pela sua subsistência e de sua família, em razão da limitação da pesca.

E ainda que se diga que a PETROBRAS tomou medidas mitigadoras imediatas, o fato é que o derramamento de amônia no estuário do Rio Sergipe trouxe conseqüências negativas para aqueles que fazem do Rio o seu meio de vida,

concluindo assim pela responsabilização da Empresa no evento, mesmo porque, conforme já anteriormente afirmado, aplica-se ao caso a teoria do risco integral.

[...]

Ambas as partes se insurgem contra o valor estipulado pelo magistrado ao dano extrapatrimonial, cada qual em sua irresignação, verificando-se que a quantia fixada pelo Julgador foi de R\$ 7.500,00 (sete mil e quinhentos reais), passo, então, à análise do *quantum*:

A meu ver o ressarcimento do dano moral não vai atender a completa satisfação do dano causado, uma vez que tem cunho mais satisfatório, procurando dessa forma recompensar o sofrimento ocasionado, de modo que o dano não pode ser fonte de lucro para quem o recebe, devendo o julgador ser moderado, sensato e comedido por ocasião do arbitramento do referido dano.

Acrescente-se que, apesar de não existir orientação uniforme e objetiva na doutrina ou na jurisprudência de nossos tribunais para a fixação dos danos morais, é ponto pacífico que o Julgador deve sempre levar em consideração as circunstâncias fáticas do caso, examinando a gravidade objetiva do dano.

É interessante observar que o laudo pericial, elaborado por ocasião da Ação Civil Pública no 2008.85.00.003783-0, ressaltou a possibilidade de recuperação/recomposição da área degradada, afirmando que o efeito da amônia durou até dez dias, e após isso iniciou a recomposição natural da fauna impactada, também ressaltando que não havia necessidade de intervenção no ecossistema para recomposição da fauna.

Não se quer com isso dizer que o dano ao meio ambiente deva ser minimizado, mas há que se considerar a existência de Ação Civil Pública em desfavor da Empresa, e que o meio ambiente foi completamente recuperado, de acordo com o laudo encartado às fls. 119-147.

Em vista disso, e considerando, ainda, que a indenização não pode constituir uma fonte de enriquecimento ilícito, tenho que o valor fixado pelo Juízo *a quo* a título de danos morais merece alteração, para atender aos critérios objetivos e subjetivos impostos pela doutrina e jurisprudência pátria.

Desse modo, sopesando todos os elementos de informação carreados aos autos, quero crer que a quantia determinada pelo Juiz *a quo* (total de R\$ 7.500,00) mostra um valor excessivo, devendo o *quantum* ser diminuído para o patamar de Rs 3.000,00 (três mil reais), pois se revela suficiente para atender ao nível sócio-econômico da parte e a gravidade do dano, atingindo, portanto, sua finalidade pedagógica-punitiva.

[...]

Em vista disso, e considerando, ainda, que a indenização não pode constituir uma fonte de enriquecimento ilícito, tenho que o valor fixado pelo Juízo *a quo* a título de danos morais merece alteração, para atender aos critérios objetivos e subjetivos impostos pela doutrina e jurisprudência pátria.

Desse modo, sopesando todos os elementos de informação carreados aos autos, quero crer que a quantia determinada pelo Juiz *a quo* (total de R\$ 7.500,00) mostra um valor excessivo, devendo o *quantum* ser diminuído para o patamar de R\$ 3.000,00 (três mil reais), pois se revela suficiente para atender ao nível sócio-econômico da parte e a gravidade do dano, atingindo, portanto, sua finalidade pedagógica-punitiva. (fls. 416-422)

A principal questão, portanto, envolve apurar a responsabilidade e as consequências pelo acidente ocorrido no dia 5 de outubro de 2008, quando a indústria Fertilizantes Nitrogenados de Sergipe - FAFEN, subsidiária da requerida, deixou vaziar para as águas do rio Sergipe cerca de 43.000 (quarenta e três mil) litros de amônia, o que resultou em dano ambiental provocando a morte de peixes, camarões, mariscos, crustáceos e moluscos com a consequente quebra da cadeia alimentar do ecossistema fluvial local.

4. Primeiramente, aprecio o recurso especial interposto pela ré Petrobras.

4.1. Não caracteriza, por si só, omissão, contradição ou obscuridade quando o tribunal adota outro fundamento que não aquele defendido pela parte.

Logo, não há falar em violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil, pois o Tribunal de origem dirimiu as questões pertinentes ao litígio, afigurando-se dispensável que tivesse examinado uma a uma as alegações e fundamentos expendidos pelas partes.

Note-se:

Processual Civil. Recurso especial. Art. 535 do CPC. Violação. Inocorrência. Prequestionamento implícito. Fato novo. Matéria fática. Súmula n. 7 do STJ.

1. "Tendo o Acórdão recorrido decidido as questões debatidas no recurso especial, ainda que não tenham sido apontados expressamente os dispositivos nos quais se fundamentou o aresto, reconhece-se o prequestionamento implícito da matéria, conforme admitido pela jurisprudência desta Corte" (AgRg no REsp n. 1.039.457-RS, 3ª Turma, Min. Sindeci Beneti, DJe de 23.9.2008).

2. O Tribunal de origem manifestou-se expressamente sobre o tema, entendendo, no entanto, não haver qualquer fato novo a ensejar a modificação do julgado. Não se deve confundir, portanto, omissão com decisão contrária aos interesses da parte.

[...]

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Ag n. 1.047.725-SP, Rel. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região), Quarta Turma, julgado em 28.10.2008, DJe 10.11.2008)

4.2. Cumpre também observar que, embora seja dever de todo magistrado velar a Constituição Federal, para que se evite supressão de competência do STF, não se admite apreciação, em sede de recurso especial, de matéria constitucional, ainda que para viabilizar a interposição de recurso extraordinário:

Processual Civil. Embargos de declaração. Art. 557 do CPC. Recurso em confronto com súmula e jurisprudência do STJ. Ofensa ao art. 535 do CPC não configurada. Rediscussão da matéria de mérito. Impossibilidade. Prequestionamento para fins de interposição de recurso extraordinário. Inviabilidade. Acolhimento parcial.

[...]

3. Sob pena de invasão da competência do STF, descabe analisar questão constitucional em Recurso Especial, ainda que para viabilizar a interposição de Recurso Extraordinário.

4. Embargos de Declaração parcialmente acolhidos, sem efeitos infringentes.

(EDcl no AgRg no REsp n. 886.061-RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 20.8.2009, DJe 27.8.2009)

4.3. A primeira questão controvertida consiste em saber se houve cerceamento de defesa, por não ter havido reiteração de ofício ao Ministério do Trabalho e Emprego, assim como quanto à inter-relacionada tese de que as provas produzidas nos autos são frágeis acerca da condição de pescadora profissional.

A sentença apura que foi demonstrada a condição de pescadora da autora, “uma vez que o documento enviado pelo Ministério do Trabalho e Emprego, a carteira de pescador profissional, bem como o depoimento pessoal e a declaração das testemunhas ouvidas em juízo demonstram que” ela é pescadora e atua na região afetada pelo acidente ambiental.

Igualmente, consta que a autora é cadastrada no Ministério do Trabalho e Emprego, tendo recebido o seguro-desemprego, durante o período de defeso, nos moldes do disposto nos arts. 1º e 2º da Lei n. 10.779/2003.

Note-se que, para se habilitar ao referido benefício, é exigido, pelo art. 2º da Lei n. 10.779/2003, a apresentação ao Ministério do Trabalho e Emprego dos seguintes documentos:

Art. 2º Para se habilitar ao benefício, o pescador deverá apresentar ao órgão competente do Ministério do Trabalho e Emprego os seguintes documentos:

I - registro de pescador profissional devidamente atualizado, emitido pela Secretaria Especial de Aquicultura e Pesca da Presidência da República, com antecedência mínima de um ano da data do início do defeso;

II - comprovante de inscrição no Instituto Nacional do Seguro Social - INSS como pescador, e do pagamento da contribuição previdenciária;

III - comprovante de que não está em gozo de nenhum benefício de prestação continuada da Previdência ou da Assistência Social, exceto auxílio acidente e pensão por morte; e

IV - atestado da Colônia de Pescadores a que esteja filiado, com jurisdição sobre a área onde atue o pescador artesanal, que comprove:

- a) o exercício da profissão, na forma do art. 1º desta Lei;
- b) que se dedicou à pesca, em caráter ininterrupto, durante o período compreendido entre o defeso anterior e o em curso; e
- c) que não dispõe de outra fonte de renda diversa da decorrente da atividade pesqueira.

Parágrafo único. O Ministério do Trabalho e Emprego poderá, quando julgar necessário, exigir outros documentos para a habilitação do benefício.

Com efeito, entendo que o registro de pescador profissional e a habilitação ao benefício do seguro-desemprego, durante o período de defeso, somados a outros elementos de prova que permitiram o convencimento do magistrado acerca do exercício dessa atividade, são idôneos à demonstração da atividade profissional da autora, de modo que a revisão da decisão recorrida, em sede de recurso especial, esbarraria no óbice intransponível imposto pela Súmula n. 7-STJ.

4.4. A par disso, cabe apreciar se é possível o reconhecimento do dever da empresa de indenizar e compensar danos morais à recorrida.

Conforme apurado pelas instâncias ordinárias, o dano ambiental foi comprovado por laudos periciais elaborados nos autos de ação civil pública que tramitou na Justiça Federal, fato notório no local (noticiado nos meios de imprensa), sendo também incontroverso que efetivamente houve derramamento de amônia nas águas do rio Sergipe, por decorrência de obstrução de canaleta das caixas de drenagem química de unidade de ureia, dentro das instalações industriais da ré.

Nesse passo, Annelise Monteiro Steigleder leciona, com menção à doutrina de nomeada que, conforme disposto no artigo 14, § 1º, da Lei n. 6.938/1981, a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, tendo por pressuposto a existência de atividade que implique riscos para a saúde e para o meio ambiente, sendo o nexo de causalidade “o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato que é fonte da obrigação de indenizar”, de modo que

aquele que explora a “atividade econômica coloca-se na posição de garantidor da preservação ambiental, e os danos que digam respeito à atividade estarão sempre vinculados a ela”; por isso, descabe a invocação, pelo responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil:

A responsabilidade pelo dano ambiental é objetiva, conforme previsto no art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/1981, recepcionado pelo art. 225, §§ 2º, e 3º, da CF/1988, e tem como pressuposto a existência de uma atividade que implique em riscos para a saúde e para o meio ambiente, impondo-se ao empreendedor a obrigação de prevenir tais riscos (princípio da prevenção) e de internizá-los em seu processo produtivo (princípio do poluidor-pagador). Pressupõe, ainda, o dano ou risco de dano e o nexo de causalidade entre a atividade e o resultado, efetivo ou potencial.

O nexo de causalidade é o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato que é fonte da obrigação de indenizar. É um elemento objetivo, pois alude a um vínculo externo entre o dano e o fato da pessoa ou da coisa.

Enquanto que na responsabilidade civil subjetiva a imputação do dano irá ligar-se à idéia de previsibilidade, na responsabilidade objetiva, o requisito da previsibilidade não existe, sendo que o critério de imputação do dano ao agente se amplia, quase aproximando-se de um enfoque puramente material, de tal modo que, com a prova de que a ação ou omissão foi a causa do dano, a imputação é quase automática. O ordenamento supõe que todo aquele que se entrega a atividades gravadas com responsabilidade objetiva deve fazer um juízo de previsão pelo simples fato de dedicar-se a elas, aceitando com isso as consequências danosas que lhe são inerentes.

O explorador da atividade econômica coloca-se na posição de garantidor da preservação ambiental, e os danos que digam respeito à atividade estarão sempre vinculados a ela. Não se investiga ação, conduta do poluidor/predador, pois o risco a ela substitui-se.

O nexo de causalidade é o pressuposto onde se concentram os maiores problemas relativos à responsabilização civil pelo dano ambiental, pois o dano pode ser resultado de várias causas concorrentes, simultâneas e sucessivas, dificilmente tendo uma única e linear fonte.

[...]

*A teoria do risco integral originalmente legitimou a responsabilidade objetiva e proclama a reparação do dano mesmo involuntário, responsabilizando-se o agente por todo ato do qual fosse a causa material, excetuando-se apenas os fatos exteriores ao homem. Trata-se nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira, “de uma tese puramente negativista. Não cogita de indagar como ou porque ocorreu o dano. É suficiente apurar se houve o dano, vinculado a um fato qualquer, para assegurar à vítima uma indenização”. Comentando esta teoria, Lucarelli refere que “a indenização é devida somente pelo fato de existir a atividade da qual adveio*

o prejuízo, independentemente da análise da subjetividade do agente, sendo possível responsabilizar todos aqueles aos quais possa, de alguma maneira, ser imputado o prejuízo. Esse posicionamento não admite excludentes de responsabilidade, tais como o caso fortuito, a força maior, a ação de terceiros ou da própria vítima”, posto que tais acontecimentos são considerados “condições” do evento.

A adoção desta teoria é justificada pelo âmbito de proteção outorgado pelo art. 225, *caput*, da CF de 1988, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, podendo-se vislumbrar a instituição de uma verdadeira obrigação de incolumidade sobre os bens ambientais. Trata-se de entendimento defendido por Antônio Herman Benjamin, Jorge Nunes Athias, Sérgio Cavalieri Filho, Édis Milaré, Nelson Nery Jr., José Afonso da Silva, Sérgio Ferraz. (MILARÉ, Édis; MACHADO, Paulo Afonso Leme (Orgs.). *Doutrinas essenciais de direito ambiental: responsabilidade em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. v, 2011, p. 43-48)

Nesse diapasão, como antes referido, há precedente do STJ em situação análoga, referente ao REsp n. 1.114.398-PR, julgado no procedimento dos recursos repetitivos (CPC, art. 543-C e Resolução STJ n. 8/2008):

Ação de indenização. Danos materiais e morais a pescadores causados por poluição ambiental por vazamento de nafta, em decorrência de colisão do Navio N-T Norma no Porto de Paranaguá. 1) Processos diversos decorrentes do mesmo fato, possibilidade de tratamento como recurso repetitivo de temas destacados pelo presidente do tribunal, à conveniência de fornecimento de orientação jurisprudencial uniforme sobre consequências jurídicas do fato, quanto a matérias repetitivas; 2) Temas: a) cerceamento de defesa inexistente no julgamento antecipado, ante os elementos documentais suficientes; b) legitimidade de parte da proprietária do navio transportador de carga perigosa, devido a responsabilidade objetiva. *Princípio do poluidor-pagador*; c) inadmissível a exclusão de responsabilidade por fato de terceiro; d) danos moral e material caracterizados; e) juros moratórios: incidência a partir da data do evento danoso. Súmula n. 54-STJ; f) sucumbência. 3) Improvimento do recurso, com observação.

[...]

c) Inviabilidade de alegação de culpa exclusiva de terceiro, ante a responsabilidade objetiva. - A alegação de culpa exclusiva de terceiro pelo acidente em causa, como excludente de responsabilidade, *deve ser afastada, ante a incidência da teoria do risco integral e da responsabilidade objetiva ínsita ao dano ambiental* (art. 225, § 3º, da CF e do art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/1981), responsabilizando o degradador em decorrência do princípio do poluidor-pagador.

[...]

3.- Recurso Especial improvido, com observação de que julgamento das teses ora firmadas visa a equalizar especificamente o julgamento das ações de indenização efetivamente movidas diante do acidente ocorrido com o Navio N-T Norma, no Porto de Paranaguá, no dia 18.10.2001, mas, naquilo que encerram teses gerais, aplicáveis a consequências de danos ambientais causados em outros acidentes semelhantes, serão, como natural, evidentemente considerados nos julgamentos a se realizarem.

(REsp n. 1.114.398-PR, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Segunda Seção, julgado em 8.2.2012, DJe 16.2.2012)

Nesse mencionado precedente, relatado pelo Ministro Sidnei Beneti, Sua Excelência dispôs:

Incide no caso a teoria do risco integral, vindo daí o caráter objetivo da responsabilidade.

Ademais, jamais poderia ser aceita a excludente de responsabilidade por culpa de terceiro, sustentada com base na alegação de que a manobra causadora do acidente teria sido provocada pelo fato de deslocamento de bóia de sinalização.

O dano ambiental, cujas conseqüências se propagaram ao lesado (assim como aos demais lesados), é, por expressa previsão legal, de responsabilidade objetiva (art. 225, § 3º, da CF e do art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/1981), impondo-se, pois, ao poluidor, indenizar, para, posteriormente, ir cobrar de terceiro que porventura sustente ter responsabilidade pelo fato.

*Assim sendo, descabida a alegação da ocorrência de caso fortuito, como excludente de responsabilidade.*

[...]

Incide o princípio do poluidor-pagador, já destacado em julgado desta Corte (REsp n. 769.753-SC, 2ª T., j. 8.9.2009, Rel. Min. *Hermann Benjamin*), de que se extrai:

(...) 11. Pacífica a jurisprudência do STJ de que, nos termos do art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/1981, o degradador, em decorrência do princípio do poluidor-pagador, previsto no art. 4º, VII (primeira parte), do mesmo estatuto, é obrigado, independentemente da existência de culpa, a reparar - por óbvio que às suas expensas - todos os danos que cause ao meio ambiente e a terceiros afetados por sua atividade, sendo prescindível perquirir acerca do elemento subjetivo, o que, conseqüentemente, torna irrelevante eventual boa ou má-fé para fins de acerto da natureza, conteúdo e extensão dos deveres de restauração do status quo ante ecológico e de indenização.

Com efeito, está consolidando no âmbito do STJ a aplicação aos casos de dano ambiental a teoria do risco integral, vindo daí o caráter objetivo da responsabilidade.

Confirmam-se:

Direito Ambiental e Processual Civil. Dano ambiental. Lucros cessantes ambiental. Responsabilidade objetiva integral. Dilação probatória. Inversão do ônus probatório. Cabimento.

*1. A legislação de regência e os princípios jurídicos que devem nortear o raciocínio jurídico do julgador para a solução da lide encontram-se insculpidos não no código civilista brasileiro, mas sim no art. 225, § 3º, da CF e na Lei n. 6.938/1981, art. 14, § 1º, que adotou a teoria do risco integral, impondo ao poluidor ambiental responsabilidade objetiva integral. Isso implica o dever de reparar independentemente de a poluição causada ter-se dado em decorrência de ato ilícito ou não, não incidindo, nessa situação, nenhuma excludente de responsabilidade. Precedentes.*

2. Demandas ambientais, tendo em vista respeitarem bem público de titularidade difusa, cujo direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é de natureza indisponível, com incidência de responsabilidade civil integral objetiva, implicam uma atuação jurisdicional de extrema complexidade.

3. O Tribunal local, em face da complexidade probatória que envolve demanda ambiental, como é o caso, e diante da hipossuficiência técnica e financeira do autor, entendeu pela inversão do ônus da prova. Cabimento.

4. A agravante, em seu arrazoado, não deduz argumentação jurídica nova alguma capaz de modificar a decisão ora agravada, que se mantém, na íntegra, por seus próprios fundamentos.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp n. 1.412.664-SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 11.2.2014, DJe 11.3.2014)

Agravo regimental no agravo (art. 544 do CPC). Ação indenizatória por dano moral e material. Acidente ambiental causado por derramamento de óleo na Baía de Paranaguá por navio de propriedade da Petrobrás. Decisão monocrática que negou provimento ao agravo. Agravo regimental desprovido. Insurgência da ré.

*1. Agravo regimental contra a aplicabilidade do recurso repetitivo ao caso "OLAPA". Conforme expressamente consignado no acórdão proferido no julgamento do REsp n. 1.114.398-PR, esse tem efeito e alcance para todos os recursos especiais eleitos como representativos das controvérsias, tanto para aqueles referentes ao caso "OLAPA" quanto para o caso "NAFTA".*

[...]

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 201.350-PR, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 1º.10.2013, DJe 8.10.2013)

Ademais, como a própria ré admite que houve obstrução de canaleta, com a conseqüente poluição por amônia das águas do rio Sergipe, invocando em sua defesa apenas a alegação de ter agido prontamente para mitigar os danos, é bem de ver que, ainda que se tratasse de responsabilidade subjetiva, fundamentada na culpa, estaria patente sua obrigação de reparar as conseqüências do dano ambiental experimentadas pela autora, e demonstradas nos autos, ressaltando nítida sua negligência quanto à manutenção e/ou monitoramento da canaleta (ato omissivo culposo), assim como o dano e o nexo causal.

4.5. Quanto ao arbitramento do *quantum* relativo à compensação por danos morais, o Tribunal local alinhavou:

Acrescente-se que, apesar de não existir orientação uniforme e objetiva na doutrina ou na jurisprudência de nossos tribunais para a fixação dos danos morais, é ponto pacífico que o Julgador deve sempre levar em consideração as circunstâncias fáticas do caso, examinando a gravidade objetiva do dano.

É interessante observar que o laudo pericial, elaborado por ocasião da Ação Civil Pública no 2008.85.00.003783-0, ressaltou a possibilidade de recuperação/recomposição da área degradada, afirmando que o efeito da amônia durou até dez dias, e após isso iniciou a recomposição natural da fauna impactada, também ressaltando que não havia necessidade de intervenção no ecossistema para recomposição da fauna.

Não se quer com isso dizer que o dano ao meio ambiente deva ser minimizado, mas há que se considerar a existência de Ação Civil Pública em desfavor da Empresa, e que o meio ambiente foi completamente recuperado, de acordo com o laudo encartado às fls. 119-147.

Em vista disso, e considerando, ainda, que a indenização não pode constituir uma fonte de enriquecimento ilícito, tenho que o valor fixado pelo Juízo a quo a título de danos morais merece alteração, para atender aos critérios objetivos e subjetivos impostos pela doutrina e jurisprudência pátria.

Desse modo, sopesando todos os elementos de informação carreados aos autos, quero crer que a quantia determinada pelo Juiz a quo (total de R\$ 7.500,00) mostra um valor excessivo, devendo o quantum ser diminuído para o patamar de R\$ 3.000,00 (três mil reais), pois se revela suficiente para atender ao nível sócio-econômico da parte e a gravidade do dano, atingindo, portanto, sua finalidade pedagógica-punitiva.

O art. 225, § 3º, da CF estabelece que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, e que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

Nesse passo, no multicitado REsp n. 1.114.398-PR, julgado no procedimento dos recursos repetitivos (CPC, art. 543-C e Resolução STJ n. 8/2008), foi consignado ser patente o sofrimento intenso de pescador profissional artesanal, causado pela privação das condições de trabalho, em consequência do dano ambiental, sendo devida a compensação por dano moral, fixada, por equidade:

*1.- É admissível, no sistema dos Recursos Repetitivos (CPC, art. 543-C e Resolução STJ n. 8/2008) definir, para vítimas do mesmo fato, em condições idênticas, teses jurídicas uniformes para as mesmas consequências jurídicas.*

[...]

*d) Configuração de dano moral. - Patente o sofrimento intenso de pescador profissional artesanal, causado pela privação das condições de trabalho, em consequência do dano ambiental, é também devida a indenização por dano moral, fixada, por equidade, em valor equivalente a um salário-mínimo.*

[...]

3.- Recurso Especial improvido, com observação de que julgamento das teses ora firmadas visa a equalizar especificamente o julgamento das ações de indenização efetivamente movidas diante do acidente ocorrido com o Navio N-T Norma, no Porto de Paranaguá, no dia 18.10.2001, mas, naquilo que encerram teses gerais, aplicáveis a consequências de danos ambientais causados em outros acidentes semelhantes, serão, como natural, evidentemente considerados nos julgamentos a se realizarem.

(REsp n. 1.114.398-PR, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Segunda Seção, julgado em 8.2.2012, DJe 16.2.2012)

Nesse mencionado precedente, o relator, Ministro Sidnei Beneti, dispôs:

*d) Dano moral.- Presente, sem dúvida, além do dano material, o dano moral, pois, como é assente na jurisprudência desta Corte, deve ser composto o dano moral se do acidente resulta sofrimento de monta para o lesado.*

[...]

O sofrimento acentuado, diferente de mero incômodo, é verdadeiramente irrecusável, no caso de trabalhador profissional da pesca que resta, em virtude do fato, sem possibilidade de realização de seu trabalho.

Novamente, Annelise Monteiro Steigleder realça que, no caso da compensação de danos morais decorrentes de dano ambiental, a função preventiva essencial da responsabilidade civil é a eliminação de fatores capazes de produzir riscos intoleráveis, visto que a função punitiva cabe ao direito penal

e administrativo, propugnando que os principais critérios para arbitramento da compensação devem ser a intensidade do risco criado e a gravidade do dano, devendo o juiz considerar o tempo durante o qual a degradação persistirá, avaliando se o dano é ou não reversível, sendo relevante analisar o grau de proteção jurídica atribuído ao bem ambiental lesado:

Veja-se que o art. 225, da CF, § 3º, atribui à responsabilidade civil a função de promover a reparação do dano. Em outras palavras: a função punitiva fica com o direito penal e com o direito administrativo sancionador.

[...]

A função preventiva, decorrente dos princípios da reparação da prevenção, precaução e poluidor-pagador, ao nosso ver, tem um sentido muito diverso daquele existente no direito penal. Entendemos que, no direito ambiental, a função preventiva da responsabilidade civil ensejará a supressão do fato lesivo, buscando-se alterar o *modus operandi* que resultou no dano. Em outras palavras, além de reparar o dano, o poluidor deverá alterar o seu processo produtivo, tornando-o sustentável e eliminando os fatores capazes de produzir riscos intoleráveis.

Além disso, haveria inevitável afronte à dicotomia ente ilícito civil e ilícito penal, aplicando-se penas sem balizamento legal, sem as garantias processuais próprias e sem a necessária tipificação prévia das condutas reprováveis. Se adotada a dosimetria do direito penal para o arbitramento da indenização, as mesmas circunstâncias que configuram agravantes, tanto para efeitos penais como de responsabilização administrativa, por exemplo, seriam valoradas no âmbito cível para enfatizar o juízo de reprovação social, configurando *bis in idem* e, ademais, ao responsável não seria dado conhecer em que medida estaria sendo apenado, e em que medida estaria simplesmente compensando o dano, atenuando, exatamente, o efeito dissuasivo que consiste na principal vantagem da responsabilidade civil.

[...]

Maria Celina Bodin de Moraes também formula críticas com relação à função punitiva atribuída pela maior parte dos autores ao dano extrapatrimonial, aduzindo que o grau de culpa implicaria na conclusão de que quanto mais grave a culpa, maior o valor reparatório, independentemente da extensão do dano. Essa opção pode causar um choque entre o intuito de se reparar todo o dano - desconsiderando-se o grau da culpa - e o de se punir a conduta. O seguimento do critério do grau de culpa pode importar em indenização irrisória para um dano de consequências graves, por ter sido leve a culpa do agente.

[...]

Portanto, os critérios para o arbitramento do dano extrapatrimonial associado ao meio ambiente não poderão sopesar circunstâncias subjetivas individuais do

poluidor, tais como intensidade da culpa ou do dolo, os motivos da infração, suas condições econômicas e o lucro obtido.

[...]

Os principais critérios merecedores de atenção para arbitramento da indenização devem ser a intensidade do risco criado e a gravidade do dano, devendo o juiz considerar o tempo durante o qual a degradação persistirá (...) avaliando se o dano é ou não reversível. Importante, ainda, analisar o grau de proteção jurídica atribuído ao bem ambiental lesado.

[...]

Não se pode perder de vista que, ao final, o valor da indenização deverá ser proporcional, jamais ocasionado o enriquecimento da vítima.

[...]

é que se trata de mandamento inspirado pela equidade. (STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 250-253)

Assim, não há falar em caráter de punição à luz do ordenamento jurídico brasileiro - que não consagra o instituto de direito comparado dos danos punitivos (*punitive damages*) -, haja vista que a responsabilidade civil por dano ambiental prescinde da culpa e que, revestir a compensação de caráter punitivo propiciaria o *bis in idem* (pois, como firmado, a punição imediata é tarefa específica do direito administrativo e penal).

Nesse sentido, é lapidar a lição de Sérgio Luiz Junkes:

*3. O Critério Punitivo não Pode ser Utilizado na Fixação da Indenização Decorrente de Dano Moral*

A valoração do dano moral é obtida, em nosso ordenamento, pelo arbitramento judicial. A par do amplo raio de discricionariedade que proporciona, é ainda o melhor método, pois possibilita a medição mais precisa da repercussão do dano. Afinal, ninguém mais do que o juiz tem a possibilidade, em cada caso concreto, de manter contato direto com a vítima, com os fatos, e enfim, de inteirar-se, com uma proximidade privilegiada, de todas as suas circunstâncias e peculiaridades.

Como verificado no capítulo anterior, a indenização por dano moral apresenta nítido caráter compensatório. Contudo, muitos defendem que a valoração do dano moral seja pautada pela punição do agente causador do dano injusto. Para tanto, se valem do instituto norte-americano dos danos punitivos (*punitive damages*) que por sua vez se baseia na "teoria do valor do desestímulo", por força da qual, na fixação da indenização pelos danos morais sofridos, deve o juiz estabelecer um "*quantum*" capaz de impedir e dissuadir práticas semelhantes,

assumindo forma de verdadeira punição criminal no âmbito cível. Em outros termos, além da fixação necessária à reparação do dano, agrega-se um valor à indenização de modo a penalizar o ofensor de forma proporcional à sua culpa e a desestimular a reprodução de atitudes semelhantes.

A importação de tal instituto é totalmente equivocada em face das profundas diferenças entre o sistema de responsabilidade civil norte-americano e o brasileiro. De maneira inversa ao norte-americano, o sistema brasileiro centra-se na supremacia do direito legislado, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (Constituição Federal, art. 5º, II). Os danos punitivos do direito norte-americano distinguem-se totalmente dos danos materiais e morais sofridos. Os “*punitives damages*” (também conhecidos como *exemplary damages* ou *vindictive damages*), não são estipulados com o fim de promover o ressarcimento de um dano. Este cabe aos chamados danos compensatórios que, nos Estados Unidos, englobam os chamados “danos econômicos” e os “danos não econômicos”, que, no Brasil, têm como correspondentes, respectivamente, os danos materiais e os danos morais.

[...]

(JUNKES, Sérgio Luiz; SLAIBI FILHO, Nagib; COUTO, Sergio (coords.). *Responsabilidade civil: estudos e depoimentos no centenário do nascimento de José de Aguiar Dias*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 416-420)

Nessa toada, conforme consignou o Ministro Cesar Asfor Rocha no REsp n. 214.053-SP, “[p]ara se estipular o valor do dano moral devem ser consideradas as condições pessoais dos envolvidos, evitando-se que sejam desbordados os limites dos bons princípios e da igualdade que regem as relações de direito, para que não importe em um prêmio indevido ao ofendido, indo muito além da recompensa ao desconforto, ao desagrado, aos efeitos do gravame suportado” (REsp n. 214.053-SP, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 5.12.2000, DJ 19.3.2001, p. 113).

Com efeito, na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico dos autores, e, ainda, ao porte da empresa recorrida, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso (RSTJ 112/216).

Assim, é preciso ponderar diversos fatores para se alcançar um valor adequado ao caso concreto, para que, de um lado, não haja enriquecimento sem causa de quem recebe a indenização e, de outro lado, haja efetiva compensação pelos danos morais experimentados por aquele que fora lesado.

No caso em julgamento, embora a empresa recorrente afirme que agiu prontamente, mitigando os impactos do dano ambiental, não consta tenha prestado nenhum tipo de auxílio à autora, em que pese ter sido apurado pelo Tribunal de origem a efetiva mortandade de peixes na região do acidente ambiental, dificultando a pesca e resultando na sensível queda da renda média mensal da requerente - pelo período em torno de 6 (seis) meses -, que percebia em média R\$ 100,00 (cem reais) e, após o dano ambiental, de súbito, passou a obter apenas R\$ 60 (sessenta reais) com a venda de seus pescados.

Ademais, é crível - máximas da experiência - a afirmação feita pela autora na exordial acerca de que consumia parte do que pescava, tendo ficado privada da quantidade de peixe de que dispunha para sua própria alimentação.

Com efeito, como a Corte local apurou que a recorrida foi, em virtude do acidente ambiental, subitamente privada de 40% de sua renda média mensal, submetida por longo período (cerca de 6 meses) à conseqüente angústia, sofrimento e aflição, situação severamente agravada pelo desamparo a que foi exposta pela ré causadora do dano, imersa em incerteza quanto à viabilidade futura de sua atividade profissional e quanto à sua própria manutenção, entendo ser razoável o *quantum* arbitrado a título de compensação por danos morais (R\$ 3.000,00), não caracterizando montante exorbitante.

4.6. Quanto aos honorários advocatícios, a autora não estipulou o montante que vindica, requerendo o arbitramento, pelo Juízo, do valor a que faz jus pelo dano material (lucros cessantes) e moral experimentados.

A sentença, no ponto confirmada pelo acórdão recorrido, fixou os honorários advocatícios em 20% (vinte por cento) do valor da condenação, “considerando principalmente a complexidade do feito, com vários recursos e larga dilação probatória”, bem como o grau de zelo dos profissionais. (fl. 343)

No caso, não cabe o reexame dos honorários, em sede de recurso especial, pois não se mostram ínfimos ou exorbitantes.

5. Cabe, ainda, ser apreciado o recurso especial interposto pela autora.

5.1. Não caracteriza, por si só, omissão, contradição ou obscuridade quando o tribunal adota outro fundamento que não aquele defendido pela parte.

Logo, não há falar em violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil, pois o Tribunal de origem dirimiu as questões pertinentes ao litígio, afigurando-se dispensável que tivesse examinado uma a uma as alegações e fundamentos expendidos pelas partes.

Note-se:

Processual Civil. Recurso especial. Art. 535 do CPC. Violação. Inocorrência. Prequestionamento implícito. Fato novo. Matéria fática. Súmula n. 7 do STJ.

1. "Tendo o Acórdão recorrido decidido as questões debatidas no recurso especial, ainda que não tenham sido apontados expressamente os dispositivos nos quais se fundamentou o aresto, reconhece-se o prequestionamento implícito da matéria, conforme admitido pela jurisprudência desta Corte" (AgRg no REsp n. 1.039.457-RS, 3ª Turma, Min. Síndei Beneti, DJe de 23.9.2008).

2. O Tribunal de origem manifestou-se expressamente sobre o tema, entendendo, no entanto, não haver qualquer fato novo a ensejar a modificação do julgado. Não se deve confundir, portanto, omissão com decisão contrária aos interesses da parte.

[...]

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Ag n. 1.047.725-SP, Rel. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região), Quarta Turma, julgado em 28.10.2008, DJe 10.11.2008)

5.2. Não tem amparo na moldura fática apurada pelas instâncias ordinárias a tese de que não foi avaliado o período em que a autora ficou privada da pesca, mas apenas o período de dez dias em que o efeito da âmonia pairou sobre o meio ambiente.

Conforme descreve a Corte local, houve demonstração da condição de pescadora da autora e redução de seu pescado, que vendia em feira livre, no entanto, o arbitramento dos lucros cessantes foi feito corretamente tomando em consideração a renda mensal percebida antes do evento danoso.

No ponto, o acórdão recorrido anotou:

Em seu depoimento, a autora informa que, antes do acidente percebia em média R\$ 100,00 (cem reais) por mês, e que depois do acidente passou a perceber, em média, R\$ 60,00 (sessenta reais) mensais, com a venda de seus pescados.

O declarante Joandson dos Santos Palmeira, ouvido às fls. 190/verso nada informa a respeito da renda percebida pela autora com a venda do pescado, apenas reforça o argumento de que o acidente ambiental tornou mais difícil a pesca.

Não há comprovação dos valores percebidos pela autora, existem provas, apenas, de que o dano ambiental causou diminuição do pescado, não se podendo concluir por uma indenização com base no valor do salário mínimo, pois a própria autora não confirma ter tal renda, mas afirma que ganhava, após o acidente ambiental, um valor de R\$ 60,00 (sessenta reais), por mês.

O tempo estimado para a recuperação/recomposição dos peixes do Rio, decorrente do acidente ambiental, girou em torno de 06 (seis) meses, conforme se extrai do depoimento autoral, porém há que se abater o pagamento do defeso, correspondente a 02 (dois) meses, como feito pelo Magistrado *a quo*.

A compensação feita pelo Magistrado, levando em consideração o pagamento do seguro defeso, é possível, pois o referido seguro é uma forma de remunerar o pescador que ficará privado da pesca durante o período de reprodução das espécies, e como tal, não se assemelha ao seguro contra acidentes de trabalho, (art. 70, inciso XXVIII, da CF), como quer fazer crer a autora em sua peça recursal. Com base em tais dados, bastante a realização de operação aritmética para se chegar aos valores lançados na sentença, ou seja, a quantia de R\$ 240,00 (duzentos e quarenta reais). (fls. 423 e 424)

No ponto, ademais, quanto ao valor arbitrado a título de lucros cessantes, é adequado o entendimento do Tribunal de origem acerca de que somente é indenizável mediante prova efetiva de sua ocorrência, não havendo falar em indenização por dano material dissociada do dano efetivamente demonstrado nos autos.

Nesse passo, o art. 402 do Código Civil estabelece que, salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar por consequência do evento danoso.

Essa é a pacífica jurisprudência do STJ:

Processual Civil e Civil. Ação indenizatória. Dano indenizável. Lucros cessantes. Necessidade de efetiva demonstração de prejuízo.

1. O dano indenizável a título de lucros cessantes e que interessa à responsabilidade civil é aquele que se traduz em efetiva demonstração de prejuízo, partindo do pressuposto anterior de previsão objetiva de lucro, do qual o inadimplemento impediu a possibilidade concreta de deixar de ganhar algo.

2. Recurso especial provido.

(REsp n. 615.203-MS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 25.8.2009, DJe 8.9.2009)

Recurso especial. Responsabilidade civil. Violação ao art. 535 do CPC. Inexistência. Cálculo dos lucros cessantes. Despesas operacionais. Deduzidas. Termo final. Alienação do bem.

[...]

2. Lucros cessantes consistem naquilo que o lesado deixou razoavelmente de lucrar como consequência direta do evento danoso (Código Civil, art. 402).

No caso de incêndio de estabelecimento comercial (posto de gasolina), são devidos pelo período de tempo necessário para as obras de reconstrução. A circunstância de a empresa ter optado por vender o imóvel onde funcionava o empreendimento, deixando de dedicar-se àquela atividade econômica, não justifica a extensão do período de cálculo dos lucros cessantes até a data da perícia.

3. A apuração dos lucros cessantes deve ser feita com a dedução de todas as despesas operacionais da empresa, inclusive tributos.

4. Recurso especial provido.

(REsp n. 1.110.417-MA, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 7.4.2011, DJe 28.4.2011)

Dessarte, como foi apurado que, durante o interregno em que foram experimentados os efeitos do dano ambiental, havia o “defeso” - incidindo sobre a atividade da autora -, em que, a teor do art. 1º, *caput*, da Lei n. 10.779/2003, é vedada a atividade pesqueira -, não há cogitar em indenização por lucros cessantes.

Ademais, como foi constatado que a autora recebeu o seguro-desemprego durante o período de “defeso”, é bem de ver que o art. 4º, I, II e IV, do mencionado Diploma legal estabelece ser proibido o recebimento do benefício simultaneamente ao exercício de atividade remunerada, início de percepção de outra renda ou desrespeito ao período de defeso.

5.3. Igualmente, a tese acerca de alegada violação ao art. 950 do Código Civil caracteriza inovação em sede de recurso especial e invocação de dispositivo que não tem pertinência alguma para o deslinde da demanda.

O mencionado dispositivo cuida de pensão para aquele ofendido que, por decorrência da “ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho”.

A doutrina esclarece:

O *caput* do artigo em comento reproduz a regra do anterior art. 1.539 e trata da reparação de danos consistentes na inabilitação ou redução da capacidade laborativa da vítima, portanto com diversa pertinência em relação ao preceito do art. 949, que versa sobre lesão corporal que não seja causa de incapacidade ao trabalho. (PELUSO, Cezar (coord.). *Código civil comentado*. 6 ed. Barueri: Manole, 2012, p. 957)

Com efeito, no ponto, é incompreensível a tese recursal, o que atrai a incidência do óbice imposto pela Súmula n. 284-STF.

5.4. Quanto ao arbitramento dos danos morais, reporto-me às considerações feitas acima, por ocasião da apreciação do recurso da ré, não se mostrando, à luz da jurisprudência do STJ, ínfimos, tomando-se em consideração as condições pessoais dos envolvidos, não se justificando a sua revisão, em sede de recurso especial.

6. Assim, são as seguintes as teses a serem firmadas para efeito do art. 543-C do Código de Processo Civil, relativamente ao acidente ocorrido no dia 5 de outubro de 2008, quando a indústria Fertilizantes Nitrogenados de Sergipe - FAFEN, subsidiária da requerida, deixou vaziar para as águas do rio Sergipe cerca de 43.000 (quarenta e três mil) litros de amônia, fato que resultou em dano ambiental provocando a morte de peixes, camarões, mariscos, crustáceos e moluscos, com a consequente quebra da cadeia alimentar do ecossistema fluvial local:

a) para demonstração da legitimidade para vindicar indenização por dano ambiental que resultou na redução da pesca na área atingida, o registro de pescador profissional e a habilitação ao benefício do seguro-desemprego, durante o período de defeso, somados a outros elementos de prova que permitam o convencimento do magistrado acerca do exercício dessa atividade, são idôneos à sua comprovação;

b) a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar a sua obrigação de indenizar;

c) é inadequado pretender conferir à reparação civil dos danos ambientais caráter punitivo imediato, pois a punição é função que incumbe ao direito penal e administrativo;

d) em vista das circunstâncias específicas e homogeneidade dos efeitos do dano ambiental verificado no ecossistema do rio Sergipe - afetando significativamente, por cerca de seis meses, o volume pescado e a renda dos pescadores na região afetada -, sem que tenha sido dado amparo pela poluidora para mitigação dos danos morais experimentados e demonstrados por aqueles que extraem o sustento da pesca profissional, não se justifica, em sede de recurso especial, a revisão do *quantum* arbitrado, a título de compensação por danos morais, em R\$ 3.000,00 (três mil reais);

e) o dano material somente é indenizável mediante prova efetiva de sua

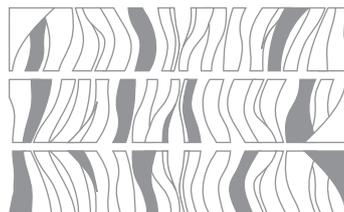
ocorrência, não havendo falar em indenização por lucros cessantes dissociada do dano efetivamente demonstrado nos autos; assim, se durante o interregno em que foram experimentados os efeitos do dano ambiental houve o período de “defeso” - incidindo a proibição sobre toda atividade de pesca do lesado -, não há cogitar em indenização por lucros cessantes durante essa vedação;

f) no caso concreto, os honorários advocatícios, fixados em 20% (vinte por cento) do valor da condenação arbitrada para o acidente - em atenção às características específicas da demanda e à ampla dilação probatória -, mostraram-se adequados, não se justificando a revisão, em sede de recurso especial.

7. No caso concreto, nego provimento aos recursos especiais.

É como voto.





---

**Terceira Turma**



---

**RECURSO ESPECIAL N. 866.205-RN (2006/0125982-3)**

---

Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva

Recorrente: A A - Espólio

Representado por: H J L A - Inventariante

Advogados: André Macedo de Oliveira

Giovani Menicucci e outro(s)

Rafael Ferreira de Siqueira e outro(s)

Recorrido: O C P F

Advogado: Armando Roberto Holanda Leite e outro

---

**EMENTA**

Recurso especial. Ação monitória. Embargos monitórios. Prova escrita sem eficácia de título executivo. Documentos não aptos para a demonstração da existência de dívida.

1. A teor do disposto no artigo 1.102-A do Código de Processo Civil, a prova escrita apta a respaldar a demanda monitória deve apresentar elementos indiciários da materialização de uma dívida decorrente de uma obrigação de pagar ou de entregar coisa fungível ou bem móvel.

2. No caso dos autos, os bilhetes que instruíram a inicial não são aptos a demonstrar a presença da relação jurídica entre credor e devedor, o que afasta a existência da própria dívida, de modo que não se ajustam ao conceito de “prova escrita sem eficácia de título executivo” de que trata a legislação de regência.

3. Recurso especial provido.

---

**ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a) Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Nancy Andrighi, João Otávio de Noronha e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sidnei Beneti.  
Brasília (DF), 25 de março de 2014 (data do julgamento).  
Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relator

---

DJe 6.5.2014

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva: Trata-se de recurso especial interposto por A. A. - *Espólio*, com arrimo no artigo 105, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte.

Noticiam os autos que, em 28.11.2003, O. C. P. F. propôs ação monitória contra A. A., objetivando o pagamento de soma em dinheiro no valor total de R\$ 804.201,50 (oitocentos e quatro mil duzentos e um reais e cinquenta centavos).

Segundo a narrativa da inicial,

(...)

1.1. A Autora manteve com o Demandado, por longos trinta anos, um envolvimento íntimo, comprovado documentalmente pelo material apenso, sem caráter de relação estável, entre outras coisas por jamais ter havido coabitação sob o mesmo teto, nem intuito de constituir família.

1.2. Esse relacionamento, portanto, não se inseriu no Direito de Família, nem gerou nenhuma das conseqüências que poderia ter causado, se tivesse se revestido das características do que se convencionou denominar *more uxorio*.

1.3. A Autora, dessarte, apenas em decorrência do caso amoroso que teve com o Demandado, não teria, em tese, nos limites do Direito de Família, nada a pleitear, findo o affair, como findou, no corrente ano.

1.4. Sabedor disso, e preocupado em amparar financeiramente a Autora, que não tem de que viver, e que sempre dependeu do Demandado - o que se deduz facilmente da simples leitura da correspondência entre eles mantida, parte da qual vai anexa -, este, *sponte propria*, comprometeu-se, por declaração unilateral de vontade (Doc. 02), nos termos dos arts. 104 e 107 do Código Civil:

O.:

Conforme disse a você, em dois bilhetes (...), pagarei de dívidas 297.778,00 (duzentos e noventa e sete mil, setecentos e setenta e oito reais), mais 2.215,00 dólares.

Sou responsável também por 500.000,00 - para você colocar na poupança, no caso de minha morte você não terá dificuldades - sem incluir as despesas mensais enquanto vivo, e as despesas, posteriormente, deixarei com AAF.

(Cf. bilhete junto, datado de 2.5.2003. AAF é o filho do Demandado, AAF).

1.5. Em outra missiva, - autêntica confissão de dívida -, da mesma data, o Demandado reitera esses compromissos - aliás, arredondando, para cima, os valores originais - assumidos para com a Autora, *verbis*:

O. -

Como soube que você rasgou os meus bilhetes, quero repetir o que dizia -

- 1) pagamento da dívida (...) - 300 mil reais e 2 mil e 300 dólares;
- 2) manutenção da mensalidade;
- 3) depósito de 500 mil para sua poupança de futuro'.

(Cf. em anexo).

1.6. Entretanto, apesar dessa promessa reiterada, não cumpriu o Demandado com a obrigação que, voluntariamente, assumiu, expressamente e por escrito.

1.7. A autora, por mais de uma vez, diretamente ou por interpostas pessoas, tentou valer-se de meios amigáveis para persuadir o Demandado a adimplir tais obrigações, mas ele a ignorou, fazendo com que a ela não restasse outro caminho, que não o da Justiça, para receber o que lhe foi prometido e, portanto, é devido.

1.8. Reitera a Autora que a presente causa não é de Direito de Família, uma vez que o envolvimento que manteve com o Demandado nunca configurou relação estável, e o caráter da presente demanda é puramente o de exigência de pagamento, motivo pelo qual não vem a Juízo em Vara Especializada.

1.9. A Autora, por sinal, está certa de que isso o Demandado não haverá de negar, pena de estar assumindo que teve com ela uma relação estável, que geraria para esta direitos muito mais amplos que estes, simplesmente pecuniários, que está, pela presente, perseguindo (fls. 7-9).

Foram opostos embargos à monitória negando a existência da dívida (e-STJ fls. 335-349).

Os embargos foram rejeitados pelo juízo de primeiro grau (e-STJ fls. 381-383).

Irresignado, o embargante interpôs recurso de apelação, não provido, por maioria, pelo Tribunal de origem em acórdão assim ementado:

Processual Civil. Apelação cível. Ação monitória. Rejeitadas as preliminares de impossibilidade jurídica do pedido, falta de interesse processual e ilegitimidade de partes e de ausência dos pressupostos de constituição e desenvolvimento válido do processo, suscitadas pelo apelante. Natureza jurídica do conteúdo das provas escritas sem eficácia de título executivo. Confissão de dívida configurada. Afastada a alegada promessa de doação. Cabimento da monitória. Ausência de coação (art. 151, CC).

I - A confissão de dívida configura-se nos autos pela análise do conjunto de provas escritas, nas quais se evidencia que o apelante se responsabiliza por pagamentos em favor da apelada, estando afastada a principal característica da promessa de doação que é a ausência de obrigação por parte do doador e do intuito de liberalidade que a move.

II - As provas escritas caracterizam confissão de dívida, que constituem pré-título hábil a ensejar uma ação monitória.

III - Não havendo nos autos sequer indícios de provas que apontem a existência de qualquer ato coator praticado pela apelada com relação ao apelante, não há que se falar em coação capaz de viciar o negócio jurídico.

IV - Apelação conhecida e não provida (e-STJ fl. 491).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (e-STJ fls. 526-529).

Em suas razões (e-STJ fls. 533-552), o recorrente aponta violação do artigo 1.102-A do Código de Processo Civil.

Sustenta, em síntese, que os bilhetes que acompanharam a inicial não representam prova escrita apta para instruir a ação monitória por estarem despidos de qualquer formalidade e não apresentarem nenhuma característica de liquidez, exigibilidade ou certeza.

Argumenta, ainda, que é necessária a existência “de débito decorrente de relação jurídica entre as partes, bem como a fixação de um termo a partir do qual a dita dívida torna-se exigível” (e-STJ fl. 544).

Aduz, em reforço, que

(...)

(...) não houve empréstimo ou qualquer prestação por parte da Recorrida (presume-se) que determinasse a exigência de uma contraprestação por parte do Recorrente. Independentemente da maneira e contexto em que foram obtidos os bilhetes, o fato é que as quantias prometidas e que aquela visa cobrar através da ação que gerou o acórdão recorrido ficaram situadas no tempo apenas e tão-somente como uma singela expectativa de liberalidade por parte do Recorrente, liberalidade esta que, além de tudo, fica permanentemente atrelada ao seu

único e exclusivo alvedrio, sem falar no direito à retratação e ao arrependimento, intrínsecos à situação. Os documentos apresentados pela Recorrida, portanto, por consubstanciarem promessas, como por ela mesma admitido, não podem ser transformados em título executivo através de ação monitória, uma vez que teriam, no máximo, a natureza jurídica de uma promessa de doação, não amparada, todavia, pelo direito brasileiro (e-STJ fl. 545).

Com as contrarrazões (e-STJ fls. 559-580), e não admitido o recurso na origem (e-STJ fls. 582-583), foi provido o recurso de agravo, em decisão da lavra do Ministro Ari Pargendler, para melhor exame do especial (e-STJ fl. 599).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do recurso especial (e-STJ fls. 611-615).

Em petição, protocolizada sob o n. 43.181/2011 (e-STJ fls. 641-645), o recorrente requereu a devolução dos autos à Procuradoria-Geral da República para revisão do seu parecer.

Contra a decisão monocrática que negou seguimento ao apelo nobre (e-STJ fls. 662-666), o recorrente interpôs agravo regimental (e-STJ fls. 678-686), o qual foi provido para reconsiderar a decisão agravada a fim de submeter o recurso especial à apreciação do órgão colegiado (e-STJ fls. 693-694).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (Relator): De início, por ausência de previsão legal, indefiro o pedido de nova remessa dos autos ao Ministério Público Federal para revisão do seu parecer.

Ademais, registre-se que o parecer do Ministério Público, quando atua como fiscal da lei, é ato meramente opinativo, pelo que, também por esse motivo, não se justifica a providência pleiteada.

A propósito:

Tributário. Processual Civil. Inexistência de violação ao art. 535 do CPC. Parecer ministerial. Desnecessidade de manifestação.

1. Inexiste violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. O juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas, ou a responder, um

a um, a todos os seus argumentos quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, assim como não tem o dever de se manifestar sobre matéria versada em parecer do Ministério Público, quando atua como fiscal da lei. Precedentes.

3. *O parecer do Ministério Público é um ato meramente opinativo, sem efeito vinculante.* Logo, não há que se falar em omissão no julgado quanto a matéria alegada apenas em parecer ministerial.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 1.298.728-RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 12.4.2012, DJe 19.4.2012 - grifou-se)

Embargos de declaração no agravo regimental nos embargos de declaração na medida cautelar. Ausência de violação do artigo 535 do Código de Processo Civil. Alegação de fato novo insuficiente para determinar a reforma do julgado.

1. *O parecer do Ministério Público Federal exarado nos autos principais do Conflito de Competência é peça meramente opinativa e não vincula a decisão jurisdicional, de modo que não pode ser equiparado a fato novo suficiente a autorizar a revisão do julgado.*

2. Ausentes quaisquer dos vícios ensejadores dos aclaratórios, afigura-se patente o intuito infringente da presente irresignação, que objetiva não suprimir a omissão, afastar a obscuridade ou eliminar a contradição, mas, sim, reformar o julgado por via inadequada.

3. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no AgRg nos EDcl na MC n. 18.983-PE, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, julgado em 26.9.2012, DJe 28.9.2012 - grifou-se)

Quanto ao mais, preenchidos os pressupostos de admissibilidade recursal, impõe-se o conhecimento do especial.

Cinge-se a controvérsia a perquirir se os documentos que instruíram a petição inicial enquadram-se no conceito de “prova escrita sem eficácia de título executivo” apta a amparar a propositura de ação monitória.

Assim dispõe o artigo 1.102-A do Código de Processo Civil:

A ação monitória compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel.

O ordenamento jurídico brasileiro adotou o procedimento monitório documental no qual, ao contrário do procedimento monitório puro, exige-se que

esteja aparelhado com documento comprobatório da probabilidade de existência do direito alegado pelo autor.

Para esse fim, presta-se qualquer documento escrito que não preencha as características de título executivo: cheque prescrito, duplicata sem aceite, carta confirmando a aprovação do valor de um orçamento e a execução de um serviço, carta agradecendo ao destinatário o empréstimo em dinheiro etc. (NERY e NERY. Código de Processo Civil comentado. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 1.474-1.475).

Exige-se, contudo, em qualquer caso, a presença de elementos indiciários caracterizadores da materialização de um débito decorrente de uma obrigação de pagar ou de entregar coisa fungível ou bem móvel.

Com efeito, a prova escrita apta a respaldar a demanda monitória deve, além de transparecer a probabilidade de existência da dívida, também demonstrar a origem de tal débito consubstanciado na relação jurídica obrigacional subjacente.

A propósito:

Processual Civil. Recurso especial. Documentos hábeis à instrução da ação monitória. Demonstrativo de valores gerados no período contratual. Contratos de abertura de limite de crédito rotativo em conta corrente “giro fácil” e extratos bancários. Documentos suficientes.

1. *Consoante a dicção do art. 1.102-A do Código de Processo Civil, é prova bastante para a instrução da ação monitória o documento escrito, ainda que emitido pelo próprio credor, hábil a formar o convencimento do juízo acerca da existência da dívida, a qual, por sua vez, pressupõe a comprovação da relação jurídica obrigacional.*

2. Enuncia a Súmula n. 247 do STJ que “o contrato de abertura de crédito em conta corrente, acompanhado do demonstrativo de débito, constitui documento hábil para o ajuizamento da ação monitória”. Em outros dizeres: comprovado o liame jurídico com o contrato de abertura de conta corrente, é admissível a instrução da ação monitória apenas com demonstrativo do débito, o qual, mesmo não provando diretamente o fato constitutivo do direito, possibilita ao juiz presumir a existência do crédito alegado.

3. No caso concreto, os “demonstrativos de valores gerados no período contratual” não seriam, por si só, prova suficiente do crédito pleiteado, por consubstanciarem simples “começo de prova por escrito”, uma vez que não demonstram a relação jurídica existente entre o devedor e o credor. Não obstante, em sede de apelação, o recorrente trouxe aos autos também o contrato de abertura de conta corrente (fls. 69-72); os contratos de abertura de limite de crédito rotativo e os extratos bancários (fls. 73-125), suficientes para ensejarem a ação monitória.

4. Recurso especial provido.

(REsp n. 1.138.090-MT, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 20.6.2013, DJe 1º.8.2013 - grifou-se)

Nesse sentido, é a lição da doutrina especializada:

(...)

É deferida ao autor a possibilidade de instruir sua petição inicial com dois ou mais documentos, sempre que a insuficiência de um possa ser suprida por outro (isto é, em seu conjunto, a prova documental tenha aptidão para induzir a formação do convencimento do juiz), ou de valer-se de documento proveniente de terceiro, *desde que ele tenha aptidão para, isoladamente ou em conjunto com outro, demonstrar a existência de uma relação jurídica material que envolva autor e réu e, ainda, para atestar a exigibilidade e a liquidez da prestação.* (MARCATO, Antonio Carlos. Procedimentos especiais. 15. ed. São Paulo, Atlas, 2013, p. 285 - grifou-se)

(...)

Entre os requisitos para a concessão da ordem liminar, o art. 1.102a impõe seja instruída a petição inicial com “prova escrita”.

Já procuramos esclarecer que *essa expressão encerra o documento demonstrativo de crédito, em princípio, líquido e exigível, mas desprovido de certeza, merecedor de fé, pelo julgador, quanto à autenticidade e eficácia probatória.* (TUCCI, José Rogério Cruz e. Ação monitória. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 81-82 - grifou-se)

No caso dos autos, não é possível extrair dos documentos juntados com a inicial qual seria a relação jurídica que deu origem ao débito cujo pagamento é pretendido.

Sequer é declinada na petição inicial qual a contraprestação que teria dado origem à suposta dívida.

Da inicial e dos documentos que a instruíram extrai-se, tão somente, referência a uma vaga promessa de depósito de valor em dinheiro a fim de amparar a autora financeiramente no futuro.

Confirmam-se:

O.:

Conforme disse a você, em dois bilhetes, com a ajuda de AAF (...), pagarei de dívidas 297.778,00 (duzentos e noventa e sete mil, setecentos e setenta e oito reais) + 2.215,00 dólares.

Sou responsável também por 500.000,00 - para você colocar na poupança, no caso de minha morte, você não terá dificuldades - sem incluir as despesas mensais enquanto vivo, e as despesas, posteriormente, deixarei com AAF. (e-STJ fl. 18).

O.

Como soube que você rasgou os meus bilhetes, quero repetir o que dizia -

- 1) pagamento da dívida (com a ajuda de AAF) - 300 mil reais e 2 mil e 300 dólares;
- 2) manutenção da mensalidade;
- 3) depósito de 500 mil para sua poupança de futuro (e-STJ fl. 19).

Nesse contexto, da simples leitura dos bilhetes que instruem a ação monitória, constata-se que não são aptos a demonstrar a presença da relação jurídica entre credor e devedor, o que afasta a existência da própria dívida, de modo que não se ajustam ao conceito de “prova escrita sem eficácia de título executivo” de que trata a legislação de regência.

Solução nesse sentido enseja o acolhimento dos embargos à ação monitória com a inversão dos ônus da sucumbência fixados na sentença.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial nos termos da fundamentação acima.

É o voto.

## VOTO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: Sr. Presidente, acompanho integralmente o voto do eminente relator.

Observe-se que estão em discussão três parcelas distintas: (a) R\$ 297.778,00 (duzentos e noventa e sete mil setecentos e setenta e oito reais), correspondentes a uma confissão de dívida; (b) US\$ 2.215,00 (dois mil duzentos e quinze dólares), que seria algo semelhante; e (c) R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), para serem colocados na poupança, no caso de morte.

Os negócios jurídicos referentes a essas três parcelas tem natureza distinta.

Em relação a terceira parcela, fica claro que se trata de uma promessa de doação, que, no sistema jurídico brasileiro, tem natureza de obrigação natural, não sendo exigível.

Consequentemente, essa terceira parcela, de plano, já fica afastada.

E em relação às duas primeiras parcelas, o voto do eminente relator, com os acréscimos feitos pela Ministra Nancy Andrighi e pelo Ministro João Otávio de Noronha, deixa claro que o problema reside no próprio título que embasa a ação monitória.

Trata-se de uma singela carta manuscrita, que pode ser visualizada nos autos eletrônicos, em que o devedor confessaria essa dívida, cuja origem é desconhecida.

Assim, na linha da jurisprudência e da doutrina, na verdade, essa origem duvidosa retira a possibilidade de sua cobrança na via monitória.

Com isso, também essas duas primeiras parcelas não tem aptidão para embasar a ação monitória.

Com esses breves acréscimos, acompanho integralmente o voto de V. Exa., dando provimento ao recurso especial.

É o voto.

## VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Sr. Presidente, ouvi com atenção, li o voto de V. Exa., muito bem elaborado. Também quero acompanhar o raciocínio da Ministra Nancy Andrighi no que tange ao título monitório.

Lamentavelmente, a doutrina, e por que não dizer a jurisprudência, talvez até a jurisprudência do STJ, perdeu-se no trato da ação monitória. Pelo Código de Processo Civil, art. 1.102, exige-se prova escrita da obrigação. Prova escrita da obrigação não pode compreender, no seu conceito, documentos que representam promessas que não gerem certeza.

Na realidade, o título monitório é um título de uma obrigação – de obrigação certa, líquida e exigível. É título monitório porque espelha a existência de uma obrigação de pagar quantia em dinheiro, de entregar coisa fungível ou bem móvel determinado.

No caso, a documentação que instruiu a inicial não atende aos requisitos para o ajuizamento da monitória.

Então, entendo que o voto de V. Exa. bem traduz a realidade do caso. Por isso, eu o estou acompanhando integralmente, louvando ambas as sustentações orais.

*Dou provimento ao recurso especial.*

---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.163.143-SP (2009/0211276-3)**

---

Relator: Ministro João Otávio de Noronha

Recorrente: Whirpool S/A

Advogados: Antônio Urbino Penna Junior e outro(s)

Túlio Freitas do Egito Coelho

Advogada: Flávia Viana Venâncio

Recorrido: Panashop Comercial Ltda - Em Recuperação Judicial

Advogado: Tadeu Luiz Laskowski - Administrador Judicial e outro(s)

Interessado: Banco do Brasil S/A e outros

Advogado: Jorge Elias Nehme e outro(s)

Advogada: Ana Diva Teles Ramos Ehrich e outro(s)

---

**EMENTA**

Processual Civil e Comercial. Recurso especial. Recuperação judicial. Verificação de créditos. Edital. Publicação. Art. 7º, §§ 1º e 2º, da Lei n. 11.101/2005. Caráter preliminar e administrativo. Intimação dos patronos dos credores. Desnecessidade. Impugnações. Fase contenciosa. Art. 8º da Lei n. 11.101/2005. Representação por advogado. Recurso conhecido e desprovido.

1. São de natureza administrativa os atos procedimentais a cargo do administrador judicial que, compreendidos na elaboração da relação de credores e publicação de edital (art. 52, § 1º, ou 99, parágrafo único, da Lei n. 11.101/2005), desenvolvem-se de acordo com as regras do art. 7º, §§ 1º e 2º, da referida lei e objetivam consolidar a verificação de créditos a ser homologada pelo juízo da recuperação judicial ou falência.

2. O termo inicial do prazo de 15 (quinze) dias para apresentar ao administrador judicial habilitações ou divergências é a data de publicação do edital (art. 7º, § 1º, da Lei n. 11.101/2005).

3. Na fase de verificação de créditos e de apresentação de habilitações e divergências, dispensa-se a intimação dos patronos dos credores, mesmo já constituídos nos autos, ato processual que será indispensável a partir das impugnações (art. 8º da Lei n. 11.101/2005),

quando se inicia a fase contenciosa, que requer a representação por advogado.

4. Se o legislador não exigiu certa rotina processual na condução da recuperação judicial ou da falência, seja a divulgação da relação de credores em órgão oficial somente após a publicação da decisão que a determinou, seja a necessidade de intimação de advogado simultânea com a intimação por edital, ao intérprete da lei não cabe fazê-lo nem acrescentar requisitos por ela não previstos.

5. Recurso especial conhecido e desprovido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino (Presidente) e Nancy Andrichi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.

Brasília (DF), 11 de fevereiro de 2014 (data do julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Relator

---

DJe 17.2.2014

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Trata-se de recurso especial interposto por *Whirpool S/A* contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Por decisão de fls. 460-463, o Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de Barueri, São Paulo - SP, rejeitou, por ser intempestiva, a impugnação de crédito formulada por *Multibrás S/A Eletrodomésticos* – com atual denominação societária de *Whirpool S/A* –, aduzindo o seguinte:

O artigo 7º, § 2º, da Lei n. 11.101/2005 afirma que a publicação do edital deve ser realizada com a relação dos credores, não havendo previsão de publicação

em nome de advogados. Portanto, cabe aos procuradores das partes interessadas agirem com diligência junto ao cartório a respeito das pertinentes publicações.

Interposto agravo de instrumento pela ora recorrente, a Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado do Tribunal *a quo* negou provimento ao recurso consoante aresto assim ementado:

Recuperação judicial. Edital contendo a relação dos credores elaborada pelo administrador judicial (Lei n. 11.101/2005, art. 7º, § 2º). Desnecessidade de determinação judicial para a publicação. Desnecessidade de conter o nome dos advogados habilitados nos autos, posto que destinada ao conhecimento dos próprios credores, não se constituindo em ato de intimação judicial. Prazo para apresentação de impugnação que tem o termo inicial na data da publicação desse edital. Apresentação de impugnação intempestiva sob fundamento de ser nulo o edital por não conter o nome dos advogados. Inocorrência. Não conhecimento da impugnação. Recurso não provido (fl. 623).

Os embargos de declaração subsequentes, fundados na assertiva de contradição e opostos para fins de prequestionamento, foram julgados pela Câmara julgadora nestes termos:

Processual Civil. Recursos. Embargos de Declaração. Alegação de contradição. Inocorrência. Embargos rejeitados (fl. 522).

Nas razões do apelo extremo, com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional, argui-se violação de disposições legais federais contidas no art. 236 do Código de Processo Civil e nos arts. 7º, § 2º, e 8º da Lei n. 11.101/2005.

Apresentadas as contrarrazões às fls. 544-551, ascenderam os autos ao Superior Tribunal de Justiça por força de decisão proferida no Ag n. 1.084.642-SP, provido para melhor análise da matéria.

Em parecer de fls. 631-635, o Ministério Público Federal opina pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): A controvérsia – circunscrita ao art. 236 do CPC e aos arts. 7º, § 2º, e 8º da Lei n. 11.101/2005 – projeta-se na seguinte irresignação da parte recorrente:

32. Entender pela desnecessidade de intimação do advogado, o que se verificou pela publicação de edital sem o nome dos causídicos constituídos, é afrontar o disposto no artigo 236 do CPC, bem como os arts. 7º, § 2º, 8º da Lei n. 11.101/2005, pois, como visto, por se tratar de ato judicial, cuja prática demanda capacidade postulatória, indispensável a intimação dos advogados já constituídos nos autos.

33. Se não bastasse isso, imperioso verificar que o E. Tribunal, de forma franciscana, considerou irrelevante a inversão dos atos processuais praticados: quais sejam: a publicação do edital antes da publicação da r. decisão que determinou a publicação do edital.

34. **O processo é um conjunto de atos lógicos e cronológicos que ocorrem para que a demanda chegue ao fim**, tanto que o sistema de preclusões impõe o andamento do processo mesmo que a parte não dê impulso. No caso em tela, a lógica e a cronologia natural dos atos não foram observadas, razão pela qual não pode a parte, ora Recorrente, ser apenada. Tal atitude somente confirma a necessidade de inclusão dos nomes dos advogados constituídos pelos credores e, principalmente, a nulidade do edital em razão da violação ao artigo 236 do CPC (fl. 538).

Nada obstante os diligentes argumentos recursais acima desenvolvidos, tenho que o apelo especial não reúne condições de êxito.

Ao referendar o acórdão de origem proferido nos embargos de declaração, o Subprocurador-Geral da República Maurício de Paula Cardoso assim opinou:

Com efeito, a publicação da relação de credores elaborada pelo administrador judicial não é ato que exija a intimação dos credores, ainda que tenham procurador nos autos.

Em verdade, somente após completada a fase do art. 7º, § 2º é que se inicia a fase judicial, agora prevista no art. 8º do diploma legal em questão (Lei n. 11.101/2005).

Por oportuno, de se registrar, por necessário, como bem salientado pelo representante do Ministério Público Estadual (e-STJ fl. 556-557), que o prazo de 15 (quinze) dias do art. 7º, § 1º da Lei n. 11.101/2005 não é preclusivo, nem extintivo do direito da parte postular o valor correto do crédito, quer porque o art. 10 do referido diploma legal prevê a possibilidade de habilitação retardatária, quer porque o § 6º do mesmo artigo prevê, mesmo após a homologação do quadro geral de credores, a possibilidade de se requerer ao Juízo da Falência, em procedimento ordinário, a retificação do quadro para inclusão do respectivo crédito (fls. 634-635).

Plenamente correto o parecer.

Os sobreditos dispositivos da Lei n. 11.101/2005 estabelecem o seguinte:

Art. 7º. A verificação dos créditos será realizada pelo administrador judicial, com base nos livros contábeis e documentos comerciais e fiscais do devedor e nos documentos que lhe forem apresentados pelos credores, podendo contar com o auxílio de profissionais ou empresas especializadas.

§ 1º. Publicado o edital previsto no art. 52, § 1º, ou no parágrafo único do art. 99 desta Lei, os credores terão o prazo de 15 (quinze) dias para apresentar ao administrador judicial suas habilitações ou suas divergências quanto aos créditos relacionados.

§ 2º. O administrador judicial, com base nas informações e documentos colhidos na forma do *caput* e do § 1º deste artigo, fará publicar edital contendo a relação de credores no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, contado do fim do prazo do § 1º deste artigo, devendo indicar o local, o horário e o prazo comum em que as pessoas indicadas no art. 8º desta Lei terão acesso aos documentos que fundamentaram a elaboração dessa relação.

Art. 8º. No prazo de 10 (dez) dias, contado da publicação da relação referida no art. 7º, § 2º, desta Lei, o Comitê, qualquer credor, o devedor ou seus sócios ou o Ministério Público podem apresentar ao juiz impugnação contra a relação de credores, apontando a ausência de qualquer crédito ou manifestando-se contra a legitimidade, importância ou classificação de crédito relacionado.

Parágrafo único. Autuada em separado, a impugnação será processada nos termos dos arts. 13 a 15 desta Lei.

Depreende-se, pois, dessas normas que são de natureza administrativa os atos procedimentais a cargo do administrador judicial que, compreendidos na elaboração da relação de credores e publicação de edital (art. 52, § 1º, ou 99, parágrafo único, da Lei n. 11.101/2005), desenvolvem-se de acordo com as regras do art. 7º, §§ 1º e 2º, da referida lei e objetivam consolidar a verificação de créditos – apuração e classificação – a ser homologada pelo juízo da recuperação judicial ou falência.

Vale destacar que o termo inicial do prazo de 15 (quinze) dias para apresentar ao administrador judicial habilitações ou divergências é a data de publicação do edital (art. 7º, § 1º, da Lei n. 11.101/2005).

Com a publicação do edital prevista no art. 7º, § 2º, da lei em apreço, abrir-se-á o prazo de 10 (dez) dias para apresentação ao juiz de impugnação quanto ao crédito omitido, quanto à legitimidade do credores ou quanto aos créditos relacionados, quer sobre o valor, quer sobre a classificação atribuída.

Exatamente por se revestir de caráter preliminar e administrativo, na fase de verificação de créditos e de apresentação de habilitações e divergências,

dispensa-se a intimação dos patronos dos credores, mesmo já constituídos nos autos, ato processual que será indispensável a partir das impugnações (art. 8º da LRE), quando se inicia a fase contenciosa, que requer a representação por advogado.

Na mesma linha, são as lições de José Alexandre Tavares Guerreiro – *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência* (arts. 7º a 20), coordenadores: Francisco Sátiro de Souza Junior e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo. São Paulo: RT, 2ª ed., 2007, p. 144-145 –, assim expressas:

O objetivo dessa fase preliminar, ainda não contenciosa, é chegar à relação de credores prevista no § 2º do art. 7º. Essa relação de credores, elaborada de acordo com os dados referidos no parágrafo anterior, será, portanto, de iniciativa do administrador judicial, que terá, para tanto, o prazo de quarenta e cinco dias, na forma do dispositivo legal.

[...]

As divergências são dirigidas ao administrador judicial e, por isso, não necessitam de representação por advogado, ao contrário das impugnações que, dirigidas ao juiz (art. 8º), já constituem exercício da advocacia. Se aceitar a divergência formulada, o administrador judicial deverá alterar a relação de credores, que deve ser novamente publicada, na forma da lei.

Dessarte, não está configurada violação ou negativa de vigência do art. 236 do CPC, por ser manifesta a sua inaplicabilidade à hipótese que deu ensejo à tese deduzida no recurso especial, não havendo falar em nulidade da convocação por edital realizada segundo o art. 7º, § 2º, da Lei n. 11.101, de 2005.

No tocante à veiculação, em órgão oficial, do edital antes da publicação da decisão que recomendou aquele ato, não visualizo nenhum vício que dê ensejo à nulidade da publicação do edital contendo a relação de credores, muito menos do próprio edital.

Se, de um lado, a Lei de Recuperação de Empresas e Falência é clara em prever que o juiz ordene a expedição do edital para publicidade, em órgão oficial, da relação nominal de credores (§ 1º, II, do art. 52) e, após as habilitações e objeções, que o administrador judicial faça publicar o edital com nova relação (§ 2º do art. 7º) para efeito da apresentação de impugnação (art. 8º), de outro lado, não se extrai da sobredita lei nenhuma exigência ou menção de que a divulgação dos editais não possa concretizar-se e tenha a eficácia obstruída por simples dependência da publicação do ato judicial que a determinou.

O administrador judicial cujos atos são submetidos à fiscalização do juiz – este orientado, em especial, pelos princípios da celeridade e da economia processual – e do comitê de credores, ao qual cumpre zelar pelo bom andamento do processo e pelo cumprimento da lei (art. 27, alínea **b**), investe-se, no ato de sua nomeação, de uma série de prerrogativas e deveres, sujeitando-se às formalidades e prazos prescritos na LRE, sob pena de desobediência e, até mesmo, de destituição de suas funções (art. 23).

Equivale dizer que o administrador judicial e demais interessados, principalmente credores, sem apego à índole simples ou complexa da recuperação judicial ou da falência, devem buscar a prevalência, em todos os estágios procedimentais, de expedientes mais céleres e econômicos que, consentâneos com as normas de regência, possam legitimar o devido deslinde desses especiais processos.

Assim, se o legislador não exigiu certa rotina processual na condução da recuperação judicial ou da falência, seja a divulgação da relação de credores em órgão oficial somente após a publicação da decisão que a determinou, seja a necessidade de intimação do advogado simultânea com a intimação por edital, ao intérprete da lei não cabe fazê-lo nem acrescentar requisitos por ela não previstos.

Por derradeiro, na linha do parecer exarado pelo douto representante do Ministério Público Federal, cumpre registrar que o prazo de 15 (quinze) dias para o oferecimento de habilitações e divergências não se submete aos efeitos da preclusão, tendo em vista a expressa previsão do direito dos credores de formalizar habilitações de crédito retardatárias (art. 10 da Lei n. 11.101/2005) e ainda de requerer a retificação do quadro geral de credores para inclusão do respectivo crédito (art. 10, § 6º), com observância das condições prescritas nos demais parágrafos do referido artigo.

Em relação à Petição n. 00019655/2014, protocolizada em 6.2.2014 (fl. 641), na qual se postula a retificação de registros cartorários, indefere-se o pedido por tratar-se de medida afeta ao juízo da recuperação judicial da requerente, ora recorrida.

Ante o exposto, *conheço do recurso especial para negar-lhe provimento.*

É o voto.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.254.883-PR (2011/0113858-7)**

---

Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino  
Recorrente: Joana D'arc Zappellini  
Advogados: Paulo César Hert Grande e outro(s)  
                  Rogério Bueno da Silva e outro(s)  
                  Rodrigo Teixeira de Faria e outro(s)  
Recorrido: Banco do Brasil S/A  
Advogados: Gilberto Eifler Moraes  
                  Valnei Dal Bem e outro(s)  
                  Eduardo José Pereira Neves e outro(s)

---

**EMENTA**

Recurso especial. Consumidor. Responsabilidade civil. Instituição financeira. Dano moral. Inscrição indevida em órgão de proteção ao crédito. Emissão de cheques sem fundo. Talonário de cheques indevidamente entregue a terceiro, não correntista. Emissão de vários cheques em nome da consumidora. Prazo prescricional. Fato do serviço. Aplicação do art. 27 do CDC.

1. Demanda indenizatória movida por correntista contra instituição financeira em face da entrega talonário de cheques a terceiro, com a emissão de várias cédulas devolvidas, gerando a sua inscrição indevida em órgãos de proteção ao crédito.

2. Caracterização do fato do serviço, disciplinado no art. 14 do CDC, em face da defeituosa prestação de serviço pela instituição bancária, não atendendo à segurança legitimamente esperada pelo consumidor.

3. Aplicação do prazo prescricional previsto no art. 27 do CDC.

4. Recurso especial provido.

---

**ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade,

dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a) Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha (Presidente) e Sidnei Beneti votaram com o Sr. Ministro Relator. Impedido o Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília (DF), 3 de abril de 2014 (data do julgamento).

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Relator

---

DJe 10.4.2014

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: Trata-se de recurso especial interposto por *Joana D'Arc Zappellini*, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pela Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que julgou prejudicado o recurso de apelação manejado no curso da ação de reparação de danos proposta contra *Banco do Brasil S/A*.

O acórdão recorrido foi ementado nos seguintes termos:

*Apelação cível. Ação de reparação de danos. Inscrição indevida em órgão de proteção ao crédito. Prescrição. Reconhecimento ex officio. Art. 219, § 5º do CPC. Incidência do art. 206, § 3º, V do CC. Pretensão acobertada pelo manto da prescrição extinção do feito com resolução de mérito, ex officio, e apelo prejudicado.*

A recorrente sustentou que o Tribunal de origem negou vigência aos arts. 3º, §§ 1º e 2º, e 27 do Código de Defesa do Consumidor. Afirmou que o acórdão recorrido divergiu do entendimento deste Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, nas ações de indenização por danos decorrentes de vício no serviço, o prazo de prescrição é de cinco anos, nos termos do art. 27 do CDC. Requereu o provimento do recurso.

Foram apresentadas as contrarrazões (fls. 267-274).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (Relator): Eminentes Colegas, afasto, inicialmente, as preliminares de não conhecimento articuladas nas contrarrazões, pois o recurso especial encontra-se devidamente fundamentado, a matéria objeto do recurso foi prequestionada e mostra-se desnecessário o revolvimento de fatos para a solução da controvérsia.

Para o deslinde da causa é necessário um breve histórico da demanda.

Trata-se de ação de reparação de danos morais, ajuizada contra o Banco do Brasil, em razão da inscrição indevida do nome da consumidora em órgão de proteção ao crédito, decorrente da devolução de 65 cheques da conta corrente da autora.

Segundo consta, no início de 2003, ao tentar realizar compras a prazo, a recorrente foi surpreendida com a restrição cadastral de seu nome, em razão da devolução de cheques, muito embora não tivesse sido de sua emissão qualquer um deles.

Em 11 de abril de 2004, obteve, junto ao SPC, extrato confirmando a informação.

Alega que os talonários de cheques foram retirados por terceiro, sem a devida autorização da demandante, e emitidos na praça.

Em 13 de fevereiro de 2008, foi ajuizada a presente demanda indenizatória.

Discute-se, no presente recurso especial, o prazo prescricional incidente na espécie.

A decisão de primeiro grau não reconheceu a incidência dos prazos de decadência do art. 26 do CDC, tendo julgado procedente a demanda e condenado o banco ao pagamento de indenização de oito mil reais.

O Tribunal de Justiça do Paraná aplicou o prazo de três anos previsto no art. 206, § 3º, inciso V, do Código Civil.

A solução da questão controvertida exige, assim, que se estabeleça o regime jurídico aplicável à espécie.

Não há mais dúvida acerca da incidência do Código de Defesa do Consumidor nas relações mantidas pelas instituições financeiras com seus clientes, tendo sido a matéria, inclusive, sumulada por esta Corte:

*Súmula n. 297 - O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.*

E o Código de Defesa do Consumidor, na Seção II, ao tratar da responsabilidade pelo fato do serviço, em seu art. 14, estatui o seguinte:

*Art. 14.* O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

- I - o modo de seu fornecimento;
- II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- III - a época em que foi fornecido.

Recentemente, a Segunda Seção desta Corte editou outro enunciado sumular acerca da responsabilidade civil das instituições financeiras:

*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.

No caso concreto, não há dúvida de que se trata de relação de consumo e de que a imputação feita ao banco recorrido amolda-se no conceito de fato do serviço previsto pelo art. 14 do CDC.

O serviço mostrou-se, em princípio, defeituoso, pois não forneceu a segurança legitimamente esperada pelo consumidor/correntista, pois um talonário de cheques, em poder e guarda da instituição financeira, foi, conforme alegado pela autora e confirmado pela sentença, entregue a terceiro, não correntista, que o utilizou fartamente.

Dezenas de cheques foram emitidos em seu nome, na praça, gerando a sua negativação no órgãos de proteção ao crédito.

Constitui fato notório que os talonários de cheques depositados na agência bancária somente podem ser retirados pelo próprio correntista, mediante assinatura de documento atestando a sua entrega, para possibilitar o seu posterior uso.

O Banco, portanto, tem a posse desse documento, esperando-se dele um mínimo de diligência na sua guarda e entrega ao seu correntista.

Aliás, esta Corte, julgando um caso semelhante - em que os talões de cheque foram roubados da empresa responsável pela entrega de talonários -, entendeu tratar-se de hipótese de defeito na prestação do serviço, aplicando o art. 14 do CDC:

Civil e Processual. Ação de indenização. Danos morais. Inscrição em cadastros de devedores. *Cheques roubados da empresa responsável pela entrega dos talonários*. Denúnciação da lide. Rejeição com base no art. 88 do CDC. Vedação restrita a responsabilidade do comerciante (CDC, art. 13). Fato do serviço. Ausência de restrição com base na relação consumerista. Descabimento. Abertura de contencioso paralelo.

I. A vedação à denúnciação à lide disposta no art. 88 da Lei n. 8.078/1990 restringe-se à responsabilidade do comerciante por fato do produto (art. 13), *não alcançando o defeito na prestação de serviços (art. 14)*.

II. Precedentes do STJ.

III. Impossibilidade, contudo, da denúnciação, por pretender o réu inserir discussão jurídica alheia ao direito da autora, cuja relação contratual é direta e exclusiva com a instituição financeira, contratante da transportadora terceirizada, ressalvado o direito de regresso.

IV. Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 1.024.791-SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 5.2.2009, DJe 9.3.2009) (grifo nosso)

Analisando a falha no serviço de banco de dados, a doutrina tem interpretado o Código de Defesa do Consumidor de modo a lhe enquadrar, também, como fato do serviço.

Consoante Cláudia Lima Marques, a “jurisprudência brasileira, interpretando o CDC como um sistema, em especial os arts. 14, *caput*, e 43, considera que a falha no dever de cuidado na prestação, registro e aviso do consumidor na abertura e manutenção de cadastros e bancos de dados regulados pelo CDC significa um fato do serviço” (Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, 3. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 424).

Portanto, incidente o art. 14 do CDC, via de consequência, deve ser aplicado o o prazo prescricional previsto no art. 27 do mesmo estatuto legal.

Considerando os marcos temporais definidos pelo acórdão recorrido, a autora “tomou ciência da indevida inscrição do seu nome no órgão de proteção ao crédito em 11.4.2003, conforme documentos de fls. 13-15, juntados pela própria apelada, iniciando-se desta data o prazo prescricional” (fl. 200).

Ajuizada a presente ação em 12.2.2008, deve ser afastada a prescrição quinquenal.

*Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para afastar a prescrição, determinando o retorno dos autos à origem para que se prossiga no julgamento da apelação.*

É o voto.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.286.745-RJ (2011/0237679-1)**

---

Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva

Recorrente: Paes Mendonça S/A

Advogados: Gabriel Luiz Junqueira Pedras Junior e outro(s)  
Priscila dos Santos Castello Branco e outro(s)

Recorrido: Real Grandeza Fundação de Previdência e Assistência Social

Advogado: Roberto Fraga Junior e outro(s)

---

**EMENTA**

Recurso especial. Processual Civil. Embargos infringentes. Art. 530 do CPC. Não cabimento. Divergência originada no julgamento dos embargos declaratórios. Manutenção do acórdão unânime da apelação.

1. Não são cabíveis embargos infringentes na hipótese de reforma de sentença, por unanimidade, e posterior julgamento dos embargos declaratórios, por maioria de votos, permanecendo hígido o acórdão da apelação. Precedente.

2. Recurso especial conhecido e provido.

---

**ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide A Terceira Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos

do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nancy Andrighi, João Otávio de Noronha e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sidnei Beneti.

Brasília (DF), 25 de março de 2014 (data do julgamento).

Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relator

---

DJe 31.3.2014

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva: Trata-se de recurso especial interposto por *Paes Mendonça S.A.*, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal.

Noticiam os autos que a recorrente ajuizou contra a recorrida, *Real Grandeza Fundação de Previdência e Assistência Social*, ação renovatória de contrato de locação comercial no qual foi requerida a recondução do pacto locatício pelo período compreendido entre 1º de novembro de 1995 e 1º de novembro de 2000. Em decorrência da aproximação do término do prazo de renovação pleiteada sem o julgamento da causa, a recorrente propôs outra ação renovatória referente ao período locatício posterior ao da primeira demanda.

As ações foram julgadas simultaneamente por sentença que conferiu parcial provimento à pretensão da recorrente (fls. 843-857 e-STJ).

Irresignadas, ambas as partes interpuseram apelação, oportunidade em que a Décima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, *por unanimidade de votos de seus integrantes*, conferiu provimento ao recurso da empresa recorrente e negou provimento ao recurso da recorrida em aresto assim ementado:

*Apelações cíveis. Ações renovatórias. Períodos distintos. Locação não residencial. Divergência entre valores. Revisional julgada por esta Corte. Laudo pericial. Utilização de padrões científicos. Método de rentabilidade. Observância às características do imóvel e da legislação vigente. Índice oficial de reajuste. Processo executório. Sucumbência recíproca mantida. Provimento do primeiro apelo e desprovimento do segundo (fl. 1.080 e-STJ).*

Não conformadas, recorrente e recorrida opuseram embargos declaratórios, acolhidos, *por maioria*, tão somente para sanar a contradição entre a fundamentação e a parte dispositiva do julgado, resumidos na seguinte ementa:

*Embargos de declaração. Ação renovatória. **Se o acórdão apresenta contradição entre a sua fundamentação e a parte dispositiva, bem como não reflete a conclusão constante de ata de julgamento, há de ser dado provimento aos declaratórios de ambas as partes.** Recurso conhecidos e providos, declarando-se que na ação renovatória não está o julgador adstrito à conclusão de perícia realizada no bojo de ação revisional de aluguel. A decisão, na ação de revisão de aluguel, vigora apenas para o período da locação no curso do qual foi a ação proposta. Independência entre os diversos períodos da locação comercial. Prevalência das conclusões do Sr. Perito que trabalha na comarca onde se situa o imóvel e que possui melhor conhecimento do mercado imobiliário local. **Reafirma-se, assim, que foi dado provimento à primeira apelação e negado provimento à segunda** (fl. 1.128 e-STJ grifou-se).*

Apoiada no voto divergente dos aclaratórios, a ora recorrida interpôs embargos infringentes, que, por unanimidade, restaram conhecidos e parcialmente providos, em julgado assim ementado:

*Embargos infringentes. Contrato de locação comercial. Renovação. Inexistência de conexão entre a ação revisional e as renovatórias. As ações renovatórias têm como pedido a renovação do contrato de locação com a fixação do valor locatício dos períodos de novembro de 1995 a 31 de outubro de 2000 e 1º de novembro de 2000 até 2005, data do término do 2º período de locação. Desta forma, o valor de 63.350,00, encontrado pelo perito na ação revisional, não pode ser considerado para fixar aluguel dos períodos posteriores a 31.10.2000, mas sim e tão somente para o primeiro período renovando (1995/2000). A perícia foi feita por perito domiciliado em São Paulo, mesma localidade do imóvel, o que leva a presumir que teria melhor conhecimento do mercado imobiliário daquela região. *Embargos infringentes conhecidos e parcialmente providos* (fl. 1.373 e-STJ).*

A recorrente opôs sucessivos embargos de declaração, que foram rejeitados (fls. 1.388-1.391 e 1.405-1.407 e-STJ).

No especial, a recorrente alega violação do art. 530 do Código de Processo Civil ao argumento de que a decisão que por maioria de votos julga os embargos declaratórios opostos contra aresto, unânime, de apelação não autoriza a interposição de embargos infringentes.

Foram apresentadas as contrarrazões (fls. 1.440-1.451 e-STJ).

Na origem, o recurso recebeu crivo positivo de admissibilidade, ascendendo, assim, a esta Corte Superior (fls. 1.453-1.454 e-STJ).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (Relator): Prequestionado o dispositivo legal apontado pela recorrente como malferido, e preenchidos os demais pressupostos de admissibilidade recursal, impõe-se o conhecimento do especial.

A controvérsia ora em evidência está centrada na possibilidade de se interpor embargos infringentes quando a divergência tiver surgido nos embargos declaratórios acolhidos, por maioria, para sanar contradição, sem modificar o resultado do julgado.

Na hipótese, o acórdão da apelação foi unânime e reformou parcialmente a sentença de mérito, conferindo provimento ao primeiro apelo e negando provimento ao segundo.

Ambas as partes opuseram aclaratórios ao argumento de existência de contradição entre os fundamentos e o dispositivo do acórdão, oportunidade em que os embargos foram providos somente para sanar o mencionado equívoco, mantendo-se o aresto embargado.

No entanto, no julgamento dos declaratórios opostos contra aquele acórdão, houve voto minoritário que emprestava efeito infringente ao julgado, como demonstra o trecho abaixo (fl. 1.129 e-STJ):

*Acordam*, os Desembargadores que compõem a 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em sessão realizada nesta data e por maioria de votos, em conhecer e dar provimento a ambos recursos, nos termos do voto do Sr. Desembargador Vogal, designado para lavrar o acórdão, *restabelecendo o decidido na sessão de 30 de junho de 2009, ficando vencida a Sra. Desembargadora Relatora, que também provia os recursos para modificar, contudo, o resultado do julgado embargado* (grifou-se).

Desse modo, da análise do autos, conclui-se que, a despeito da existência do voto minoritário em outra direção, foi restabelecido o acórdão de fls. 1.070-1.085 e-STJ, que, por unanimidade de votos, conferiu provimento à primeira apelação e negou provimento à segunda, nos termos da ementa a seguir transcrita (fl. 1.080 e-STJ):

Apelações cíveis. Ações renovatórias. Períodos distintos. Locação não residencial. Divergência entre valores. Revisional julgada por esta Corte. Laudo pericial. Utilização de padrões científicos. Método de rentabilidade. Observância às características do imóvel e da legislação vigente. Índice oficial de reajuste.

Processo executório. Sucumbência recíproca mantida. Provimento do primeiro apelo e desprovimento do segundo.

*Acordam* os Desembargadores que compõem a 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, *por unanimidade de votos*, em conhecer a ambos os recursos e dar provimento ao segundo, na conformidade do voto da Desembargadora Relatora. (grifamos)

Todavia, amparados pelo voto minoritário do acórdão que julgou os aclaratórios, foram interpostos embargos infringentes pela ora recorrida, considerados cabíveis pela Corte de origem com base no seguinte fundamento (fls. 1.377-1.378 e-STJ):

De início rejeito a preliminar suscitada pelo embargado. O artigo 530, do Código de Processo Civil, não deixa dúvida de que o cabimento dos embargos infringentes será admissível apenas "(...) *quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória*".

A sentença proferida nos dois processos julgou procedentes em parte os pedidos das ações renovatórias e decretou a renovação do contrato de aluguel inicial mensal de R\$ 63.350,00.

Em sede de apelações a 12ª Câmara Cível deu provimento (fl. 519 - 2ª ação renovatória e de fls. 869 - da 1ª ação renovatória) aos apelos de Paes Mendonça para fixar que o novo aluguel a partir de 1º.11.1195 seria de R\$ 20.000,00 e para 2ª renovatória seria de R\$ 56.000,00, a partir de 01.11.2000, negando provimento aos apelos da Real Grandeza tudo por decisão unânime.

As partes opuseram Embargos de Declaração em ambos os feitos, tendo a 12ª Câmara Cível por maioria de votos dado provimento ao 1º recurso de Embargos (Paes Mendonça) e negando provimento ao 2º recurso de Embargos (Real Grandeza) mantendo a decisão contida no parágrafo anterior.

Sendo assim, verifica-se que a sentença de mérito foi reformada por maioria de votos, vencida a ilustre Des. *Lucia Miguel S. Lima*, razão pela qual o recurso preenche o requisito de admissibilidade. (grifou-se)

Assim, da análise das transcrições supramencionadas, está claro que o acórdão restabelecido foi unânime, e o acórdão não unânime foi aquele prolatado nos declaratórios, cuja decisão manteve o julgado da apelação, fato esse suficiente para inibir o cabimento de quaisquer embargos infringentes.

Tal entendimento surge a partir da simples leitura do previsto no art. 530 do Código de Processo Civil:

Art. 530. Cabem embargos infringentes quando o *acórdão não unânime* houver reformado em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.

No caso dos autos, repita-se, o julgamento da apelação que reformou a sentença de mérito se deu por acórdão unânime. O acórdão não unânime foi aquele prolatado nos declaratórios, mas nele não se operou nenhuma reforma da sentença, pois o voto minoritário é que daria ensejo a tal situação.

Desse modo, para possibilitar a interposição do recurso de embargos infringentes há necessidade de ocorrer divergência de votos no acórdão de embargos de declaração, *bem como reforma da sentença de mérito*, justamente para atender aos requisitos de cabimento constantes no artigo 530 do CPC.

A propósito do acima delineado, em recente julgamento, a Corte Especial assim decidiu:

Processo Civil. Embargos infringentes. Descabimento quando a divergência se manifesta no julgamento dos embargos de declaração.

*Reformada a sentença por unanimidade, e rejeitados os embargos de declaração, ainda que por maioria de votos, subsiste incólume o acórdão proferido no julgamento da apelação, não havendo oportunidade para a oposição de embargos infringentes. Embargos de divergência conhecidos e desprovidos.*

(REsp n. 1.087.964-DF, Rel. Ministro Ari Pargendler, Corte Especial, julgado em 31.8.2011, DJe 27.10.2011- grifou-se).

Do referido julgado, convém transcrever o seguinte trecho:

(...) reformada a sentença por unanimidade, e rejeitados os embargos de declaração - aqui é irrelevante se por maioria ou não - permaneceu incólume a conclusão do acórdão principal. *Os embargos de declaração completam o julgado, integrando-o; no entanto, **apenas quando acolhidos com efeitos modificativos**, transformando acórdão originariamente unânime em julgamento por maioria de votos, autorizam a oposição de embargos infringentes* (grifou-se).

Nesse sentido, o excerto de artigo específico sobre o tema:

(...)

Também se considera a hipótese de cabimento de embargos infringentes de acórdão que julga embargos de declaração, *por maioria, desde que o teor desta decisão integre a essência do julgamento da apelação ou da ação rescisória*,

**modificando-o efetivamente.** Na realidade, embargável na forma infringente será o acórdão da apelação ou da rescisória, que foi completado pelo acórdão dos embargos declaratórios, **respeitada, é claro, a exigência de reforma da sentença** (MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. O novo regime dos embargos infringentes, *in* Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais (coord.) Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 370 - grifou-se).

Por fim, oportuno ressaltar que os primeiros aclaratórios, opostos contra o unânime aresto da apelação, foram acolhidos tão somente para sanar o erro material existente entra a fundamentação e o dispositivo do acórdão, não para propiciar novo julgamento da demanda, como o fez o voto minoritário.

Ante o exposto, conheço do recurso especial e dou-lhe provimento para reconhecer a inadmissibilidade dos embargos infringentes.

É o voto.

---

#### **RECURSO ESPECIAL N. 1.342.955-RS (2012/0187813-1)**

---

Relatora: Ministra Nancy Andri ghi

Recorrente: Cortex Comércio Exportação e Importação Ltda

Advogado: Milton Lucidio Leão Barcellos e outro(s)

Recorrido: Instituto Nacional de Propriedade Industrial INPI

Procurador: Liliane Jacques Fernandes e outro(s)

Recorrido: Lojas Renner S/A

Advogado: Fabiano de Bem da Rocha e outro(s)

---

#### **EMENTA**

Processo Civil e Comercial. Enunciado n. 126 da Súmula-STJ. Violação reflexa ou indireta à Constituição. Não incidência. Enunciado n. 7 da Súmula-STJ. Revisão do enquadramento jurídico dos fatos. Não incidência. Pedido. Interpretação. Limites. Marca. Colidência. Prova de efetiva confusão do consumidor. Desnecessidade.

Caracterização. Parâmetros de análise. Dispositivos legais analisados: arts. 124, XIX, da Lei n. 9.279/1996.

1. Ação ajuizada em 12.3.2004. Recurso especial concluso ao gabinete da Relatora em 8.11.2012.

2. Recurso especial em que se discute se há violação da marca “*Corpelle*”, bem como concorrência desleal, na utilização da marca “*Cortelle*”, para comercialização de produtos em um mesmo segmento de mercado.

3. Não tem incidência o Enunciado n. 126 da Súmula-STJ nos casos em que a alegada violação à Constituição Federal é de natureza reflexa ou indireta. Precedentes.

4. O conhecimento do recurso especial como meio de revisão do enquadramento jurídico dos fatos realizado pelas instâncias ordinárias se mostra absolutamente viável; sempre atento, porém, à necessidade de se admitirem esses fatos como traçados pelas instâncias ordinárias, tendo em vista o óbice contido no Enunciado n. 7 da Súmula-STJ. Precedentes.

5. O pedido deve ser extraído da interpretação lógico-sistemática da respectiva petição (inicial, contestação, recurso etc.), a partir da análise de todo o seu conteúdo. Precedentes.

6. A proteção conferida às marcas, para além de garantir direitos individuais, salvaguarda interesses sociais, na medida em que auxilia na melhor aferição da origem do produto e/ou serviço, minimizando erros, dúvidas e confusões entre usuários.

7. Para a tutela da marca basta a possibilidade de confusão, não se exigindo prova de efetivo engano por parte de clientes ou consumidores específicos. Precedentes.

8. Tendo em vista o subjetivismo que cerca a matéria, a caracterização da colidência entre marcas se mostra uma tarefa das mais árduas. Diante disso, acabou-se por estabelecer parâmetros visando a possibilitar uma confrontação minimamente objetiva: (i) as marcas devem ser apreciadas sucessivamente, de modo a se verificar se a lembrança deixada por uma influencia na lembrança deixada pela outra; (ii) as marcas devem ser avaliadas com base nas suas semelhanças e não nas suas diferenças; e (iii) as marcas devem ser comparadas pela sua impressão de conjunto e não por detalhes.

9. Deve-se reconhecer a colidência na hipótese em que houve primeiro o registro da marca *Corpelle*, para o ramo de vestuário, seguindo-se, tempos depois, o registro da marca *Cortelle*, para o mesmo segmento de mercado. Há clara e indiscutível existência de semelhança gráfica e fonética entre as marcas, capaz de gerar confusão no consumidor médio. As palavras que compõem cada uma das marcas são iguais em quase tudo, se diferenciando por uma única letra (*Corpelle* e *Cortelle*), tendo a marca posterior aproveitado inclusive a utilização repetida da letra “l” (*Corpelle* e *Cortelle*). Constitui peculiaridade da espécie, ainda, o fato de que os produtos com a marca *Corpelle* eram comercializados nas próprias lojas da recorrida, tendo, curiosamente, havido a suspensão desse fornecimento no exato momento em que a recorrida passou a vender em seus estabelecimentos a sua marca própria *Cortelle*. A conduta denota a má-fé no comportamento da recorrida, caracterizadora de concorrência desleal, ficando evidente que a intenção foi confundir o consumidor, causando-lhe a impressão de que os produtos com a marca *Corpelle* continuavam a ser comercializados em suas lojas, quando na verdade houve substituição por produtos de sua marca própria *Cortelle*.

10. Recurso especial provido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora. Impedido o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sidnei Beneti. Dr(a). Cristiano Prestes Braga, pela parte recorrente: Cortex Comércio Exportação e Importação Ltda. Dr(a). José Perdiz de Jesus, pela parte recorrida: Lojas Renner S/A.

Brasília (DF), 18 de fevereiro de 2014 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrighi, Relatora

**RELATÓRIO**

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de recurso especial interposto por *Cortex Comércio Exportação e Importação Ltda.*, com fundamento no art. 105, III, a e c, da CF, contra acórdão proferido pelo TJ-RS.

**Ação:** de nulidade de registro de marcas ajuizada pela recorrente em desfavor de *Lojas Renner S.A.* e do INPI - *Instituto Nacional de Propriedade Industrial*, objetivando a declaração de nulidade da marca *Cortelle*, registrada no INPI pela *Renner*, bem como a condenação desta última a se abster da utilização da referida marca, sob pena de pagamento de multa diária.

Depreende-se dos autos ser a *Cortex* proprietária da marca *Corpelle*, devidamente registrada no INPI em 1995 e 1996, sob as formas nominativa e mista, para o ramo de vestuário (moda íntima e outros), tendo sido fornecedora da *Renner* por longo tempo. Todavia, em 2002, o INPI concedeu à *Renner* o registro da marca nominativa *Cortelle*, para o mesmo ramo de atividade no qual registrada a marca *Corpelle*.

Diante da similaridade gráfica e fonética das marcas, a *Cortex* ajuizou a presente ação, fundada na alegação de concorrência desleal por parte da *Renner*, bem como no risco de confusão do consumidor.

**Sentença:** julgou procedentes os pedidos iniciais para declarar a nulidade do registro da marca *Cortelle*, condenando a *Renner* a se abster de comercializar produtos com a mencionada marca (fls. 227-232, e-STJ).

**Acórdão:** o TRF da 4ª Região, por maioria de votos, deu provimento às apelações da *Renner* e do INPI e julgou prejudicada a apelação da *Cortex*, para julgar improcedentes os pedidos iniciais, sob o argumento de que não haveria elementos suficientes para provar que a coexistência das marcas seja capaz de provocar confusão nos consumidores (fls. 519-546, e-STJ).

**Embargos de declaração:** interpostos pela *Cortex*, foram rejeitados pelo TRF da 4ª Região (fls. 556-565, e-STJ).

**Embargos infringentes:** opostos pela *Cortex*, foram rejeitados pelo TRF da 4ª Região, por maioria de votos (fls. 610-616, e-STJ).

**Embargos de declaração:** interpostos pela *Cortex*, foram inicialmente rejeitados pelo TRF da 4ª Região, mas após a anulação do respectivo acórdão pelo STJ, houve acolhimento dos aclaratórios, tão somente para fins de prequestionamento, sem a concessão de efeitos modificativos ao julgado (fls. 787-792, e-STJ).

**Embargos de declaração nos embargos de declaração:** interpostos pela *Cortex*, foram acolhidos pelo TRF da 4ª Região, mais uma vez para o fim exclusivo de questionamento (fls. 819-823, e-STJ).

**Recurso especial:** alega violação dos arts. 535 do CPC e 124, XIX, e 195, III, da Lei n. 9.279/1996, bem como dissídio jurisprudencial (fls. 620-637, e-STJ).

**Prévio juízo de admissibilidade:** o TRF da 4ª Região admitiu o recurso especial, determinando sua remessa ao STJ (fls. 930-931, e-STJ).

É o relatório.

## VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andrichi (Relatora): Cinge-se a lide a determinar se há violação da marca “*Corpelle*”, bem como concorrência desleal, na utilização da marca “*Cortelle*”, para comercialização de produtos em um mesmo segmento de mercado.

### 1. Da admissibilidade do recurso especial.

01. Ao contrarrazoar o recurso especial, *Renner* e INPI suscitam a incidência dos Enunciados n. 284 da Súmula-STF e n. 7, 83 e 126 da Súmula-STJ.

#### 1.1. Da não incidência do Enunciado n. 126 da Súmula-STJ.

02. Em primeiro lugar, a *Renner* sustenta a existência de fundamento constitucional não atacado no recurso especial, notadamente os arts. 5º, XXIII, e 170, III, da CF.

03. Ocorre que, consoante entendimento consolidado esta Corte, “não tem incidência a Súmula n. 126 desta Corte nos casos em que a alegada violação à Constituição Federal é de natureza reflexa ou indireta” (AgRg nos EDcl no REsp n. 901.148-MS, 3ª Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe de 22.11.2010. No mesmo sentido: AgRg no REsp n. 919.242-SP, 6ª Turma, Rel. Min. Jane Silva, DJe de 25.2.2008; e EDcl no REsp n. 1.277.943-PR, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 16.10.2012).

04. No particular, fica evidente que o acórdão recorrido está fundado no art. 124, XIX, da LPI, sendo certo que a menção a dispositivos constitucionais

foi feita apenas para contextualização da matéria, sem propiciar a abertura da via extraordinária.

05. Dessa forma, não se vislumbra a incidência do Enunciado n. 126 da Súmula-STJ à hipótese dos autos.

### **1.2. Da não incidência do Enunciado n. 7 da Súmula-STJ. Os limites de cognição do recurso especial.**

06. INPI e *Renner* afirmam que a reforma do julgado demandaria o reexame do substrato fático-probatório dos autos, esbarrando no Enunciado n. 7 da Súmula-STJ.

07. Há de se ter em mente, no entanto, que na análise da matéria de fato, além de todo acervo de provas, o julgador poderá fazer uso das chamadas máximas de experiência, ou seja, sua bagagem pessoal, sobretudo em relação a questões que trazem intrínsecos aspectos que guardam relação direta com o subjetivismo de cada julgador.

08. Em outras palavras, diversas das premissas adotadas pelo 1º e 2º grau de jurisdição podem não advir das provas dos autos, mas da valoração jurídica conferida pelo julgador àquilo que sabe sobre o tema, a partir da sua própria experiência de vida, criação, cultura e visão do mundo.

09. Nesse aspecto, esta Corte já teve a oportunidade de decidir que não é nula a decisão se o Juiz, “fazendo alusão a fatos de seu conhecimento pessoal, advindos de sua experiência de vida, os sopesa com aqueles extraídos dos autos, formando, assim, a sua livre convicção” (RHC n. 6.190-SP, 6ª Turma, Rel. Min. Anselmo Santiago, DJ de 19.12.1997).

10. Assim, aos fatos especificamente relacionados à ação (como, no caso dos autos, a existência das marcas *Corpelle* e *Cortelle*) – estes sim alcançados pelo óbice do Enunciado n. 7 da Súmula-STJ – agregaram-se outros, intrínsecos a cada julgador e retirados da sua própria vivência, resultando na tipificação dos atos praticados pelas partes.

11. Conforme lição de Benjamin Nathan Cardozo, renomado membro da Suprema Corte norte-americana, parte do processo decisório empreendido pelo Juiz envolve a interpretação da consciência social, dando-lhe efeito jurídico (A natureza do processo judicial e a evolução do direito. Trad. Leda Boechat. Porto Alegre: AJURIS, 3ª ed., 1978). Esse processo exegético não deriva da apreciação das provas carreadas aos autos, mas da experiência de vida cumulada pelo julgador, não jungida aos limites impostos pelo referido enunciado sumular.

12. Sobre o tema, Luiz Guilherme Marinoni leciona que “o conceito de reexame de prova deve ser atrelado ao de convicção, pois o que não se deseja permitir, quando se fala em impossibilidade de reexame de prova, é a formação de nova convicção sobre os fatos (...). Acontece que esse juízo não se confunde com aquele que diz respeito à valoração dos critérios jurídicos respeitantes à utilização da prova e à formação da convicção. É preciso distinguir reexame de prova de aferição: (...) iv) do objeto da convicção; v) da convicção suficiente diante da lei processual e vi) do direito material; (...) viii) da idoneidade das regras de experiência e das presunções; ix) além de outras questões que antecedem a imediata relação entre o conjunto das provas e os fatos, por dizerem respeito ao valor abstrato de cada uma das provas e dos critérios que guiaram os raciocínios presuntivo, probatório e decisório” (*in* “Reexame de prova diante dos recursos especial e extraordinário”. Revista Genesis de Direito Processual Civil, Curitiba, número 35, pp. 128-145).

13. Na espécie, ao concluírem pela ausência de violação dos direitos marcários da *Cortex*, as instâncias ordinárias não se basearam apenas nas provas carreadas aos autos – até porque sequer houve perícia técnica tendente a estabelecer, do ponto de vista da propaganda e marketing, a existência ou não de colidência entre as marcas – mas também nas suas impressões pessoais, acumuladas ao longo da vida, sobre aquilo que pode confundir o consumidor no seu processo decisório de compra.

14. A análise dessas proposições, fruto exclusivo da experiência individual do julgador, não implica reexame da prova. Caracteriza apenas a reapreciação de juízos de valor que serviram para dar qualificação jurídica a determinada conduta.

15. José Carlos Barbosa Moreira bem observa que, embora não seja lícito ao STJ repelir como inverídica a versão dos acontecimentos aceita pelo Tribunal de origem, “sem dúvida pode qualificá-los com total liberdade, eventualmente de maneira diversa daquela por que fizera o órgão *a quo*, em ordem a extrair deles consequências jurídicas também diferentes” (Comentários ao código de processo civil. vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 7ª ed., 1998, p. 580).

16. Outra não é a posição do STJ, que possui entendimento assente quanto à possibilidade de se conhecer de recurso especial “centrado na valoração jurídica de fatos certos e não na prova” (REsp n. 1.091.842-SP, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe de 8.9.2009. No mesmo sentido: AgRg no Ag n. 1.108.738-SP, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 11.5.2009; e AgRg no

AgRg no REsp n. 692.752-SP, 6ª Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJ de 3.9.2007).

17. Em suma, portanto, o conhecimento do mérito deste recurso especial, como meio de revisão do juízo de valor expresso no acórdão do TRF da 4ª Região, se mostra absolutamente viável; sempre atento, porém, à necessidade de se admitirem os fatos tal como delineados pelo 1º e 2º grau de jurisdição.

### 1.3. Da não incidência do Enunciado n. 284 da Súmula-STF.

18. A *Renner* alega que o pedido final de anulação do registro da marca *Cortelle* não guardaria congruência com a fundamentação do próprio recurso.

19. Destaca-se, nesse aspecto, o entendimento assente do STJ – aplicável analogicamente à espécie – de que “o pedido deve ser extraído da interpretação lógico-sistemática da petição inicial, a partir da análise de todo o seu conteúdo” (AgRg no Ag n. 784.710-RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe de 6.10.2010. No mesmo sentido: REsp n. 1.159.409-AC, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 21.5.2010; e AgRg no Ag n. 1.175.802-MG, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 15.3.2010).

20. Conforme se ressaltou no julgamento do REsp n. 1.107.219-SP, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 23.9.2010, “os pedidos devem ser interpretados como manifestações de vontade, de forma a tornar o processo efetivo, o acesso à justiça amplo e justa a composição da lide”.

21. Os precedentes acima referidos denotam a posição desta Corte quanto à necessidade de se conferir ao pedido uma exegese sistêmica, que guarde consonância com o inteiro teor da petição inicial, de modo a conceder à parte o que foi efetivamente requerido.

22. Na hipótese dos autos, transparece claramente das razões recursais a pretensão da *Cortex* no sentido de que, não acolhido o pedido preliminar de violação do art. 535 do CPC por negativa de prestação jurisdicional, seja subsidiariamente acolhido o pedido de nulidade da marca *Cortelle*.

23. Tanto é assim que o item 43 do recuso especial afirma que, “na hipótese desta Corte manifestar entendimento pelo saneamento das omissões, *requer seja desde logo apreciada a sua específica insurgência contra o acórdão proferido no recurso de embargos infringentes*” (fl. 836, e-STJ) (grifei).

24. Sendo assim, também não há de se falar na incidência do Enunciado n. 284 da Súmula-STF.

#### 1.4. Da não incidência do Enunciado n. 83 da Súmula-STJ.

25. Aduz a *Renner* que a jurisprudência do STJ teria se consolidado no sentido de ser necessária a prova de confusão do consumidor para caracterização da colidência de marcas, alçando a paradigma o REsp n. 989.105-PR, 3ª Turma, minha relatoria, DJe de 8.9.2009.

26. Todavia, ao contrário do que se procurar fazer crer, o entendimento do STJ, inclusive do julgado apresentado como dissídio, é de que a colidência se dá pelo simples risco de surgimento de dúvida, erro ou confusão no mercado, dispensada, pois, a prova de efetivo engano do consumidor.

27. Portanto, não incide à espécie o Enunciado n. 83 da Súmula-STJ.

#### 2. Da negativa de prestação jurisdicional. Violação do art. 535 do CPC.

28. Da análise do acórdão recorrido nota-se que a prestação jurisdicional dada corresponde àquela efetivamente objetivada pelas partes, sem vício que pudesse ser sanado pela via dos aclaratórios.

29. O TRF da 4ª Região se pronunciou de modo a abordar todos os aspectos fundamentais do julgado, dentro dos limites que lhe são impostos por lei, tanto que integram o objeto do próprio recurso especial e serão enfrentados adiante.

30. O não acolhimento das teses contidas no recurso não implica omissão, obscuridade ou contradição, pois ao julgador cabe apreciar a questão conforme o que ele entender relevante à lide. Não está o Tribunal obrigado a julgar a questão posta a seu exame nos termos pleiteados pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento, consoante dispõe o art. 131 do CPC.

31. Saliento, por oportuno, que após a anulação, pelo STJ, do acórdão relativo aos primeiros embargos de declaração, houve suprimento dos vícios então apontados, tendo o TRF da 4ª Região esclarecido que “a convivência das marcas *Corpelle* e *Cortelle* em um mesmo segmento de mercado não estabelece confusão quanto à origem dos produtos (...), considerando a nítida diferença entre os signos, tanto no aspecto gráfico quanto no fonético” (fl. 790, e-STJ).

32. Constata-se, pois, que os novos embargos de declaração interpostos pela *Cortex* traduzem mera irresignação com o resultado do julgamento e a tentativa de emprestar ao recurso efeitos infringentes, o que não se mostra viável no contexto do art. 535 do CPC.

33. Não se vislumbra, pois, a alegada negativa de prestação jurisdicional.

**3. Da concorrência desleal e da confusão dos consumidores. Violação dos arts. 124, XIX, e 195, III, da Lei n. 9.279/1996.**

34. O TRF da 4ª Região concluiu pela falta de colidência entre as marcas *Corpelle* e *Cortelle*, afirmando inexistirem elementos suficientes a demonstrar que a coexistência das marcas seja capaz de provocar confusão nos consumidores.

35. A *Cortex*, por sua vez, afirma haver indiscutível semelhança gráfica e fonética das marcas, salientando que “a marca *Corpelle* está no mercado há mais tempo do que a marca *Cortelle*, inclusive com prioridade”, a partir do que concluir pelo “risco do consumidor em associar a marca da recorrente com a parca posterior da primeira recorrida”, ressaltando, ainda, “ter sido fornecedora de produtos com a marca *Corpelle* para a primeira recorrida [*Renner*]” (fl. 842, e-STJ).

36. Em contrapartida, a *Renner* alega que “os consumidores não tomam os produtos *Cortelle* por *Corpelle* ou vice-versa nem fazem qualquer associação ao fato de pretenso conhecimento ou relação comercial anterior” (fl. 923, e-STJ).

37. Já o INPI sustenta que “a semelhança sendo exclusiva de algumas letras no nome descaracteriza a ideia de possível equívoco por parte dos consumidores, uma vez que todos os outros elementos do estabelecimento comercial se fazem distintos, desconfigurando assim toda e qualquer chance de confusão por parte dos clientes” (fl. 907, e-STJ).

**3.1. A delimitação da controvérsia.**

38. Fixada a premissa de que o conhecimento deste recurso não implicará violação do Enunciado n. 7 da Súmula-STJ, cumpre delimitar o panorama fático tal como traçado pelas instâncias ordinárias, visando à melhor compreensão da controvérsia.

39. Depreende-se da sentença que a *Cortex* é proprietária da marca *Corpelle*, devidamente registrada no INPI em 1995 e 1996, sob as formas nominativa e mista, para o ramo de vestuário (moda íntima e outros), tendo sido fornecedora da *Renner*.

40. Em dado momento, a *Renner* deixou de adquirir os produtos da marca *Corpelle*, passando a comercializar, dentro do mesmo segmento de mercado, sua marca própria *Cortelle*, para a qual obteve registro frente ao INPI em 2002.

41. Esses os fatos a servirem de base para o presente julgamento.

### **3.2. Da colidência entre as marcas.**

42. A marca, cuja propriedade é consagrada pelo art. 5º, XXIX, da CF, se constitui num sinal distintivo de percepção audiovisual que individualiza produtos e/ou serviços. O seu registro confere ao titular o direito de usar, com certa exclusividade, uma expressão ou símbolo.

43. A sua proteção, para além de garantir direitos individuais, salvaguarda interesses sociais, na medida em que auxilia na melhor aferição da origem do produto e/ou serviço, minimizando erros, dúvidas e confusões entre usuários.

44. Na lição de Denis Borges Barbosa, o interesse nas marcas está em “proteger o investimento em imagem empresarial, mas sem abandonar, e antes prestigiar, o interesse reverso, que é o da proteção do consumidor” (Proteção das marcas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 240).

45. Nesse contexto, o art. 124, XIX, da LPI, veda o registro como marca de “reprodução ou imitação, no todo ou em parte, ainda que com acréscimo, de marca alheia registrada, para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, suscetível de causar confusão ou associação com marca alheia”.

#### **3.2.1. Os critérios para apuração da colidência.**

46. Em primeiro lugar, impende repisar que o art. 124, XIX, da LPI, não exige a confusão ou a associação indevida entre as marcas, mas apenas o risco potencial de que isso ocorra. Tanto é assim que o dispositivo legal faz uso da expressão “suscetível de causar”, ou seja, tendente a gerar dúvida no consumidor.

47. Assim já decidiu o STJ no julgamento do REsp n. 954.272-RS, 3ª Turma, de minha relatoria, DJe de 1º.4.2009, consignando que “para a tutela da marca basta a possibilidade de confusão, não se exigindo prova de efetivo engano por parte de clientes ou consumidores específicos”.

48. Por outro lado, tendo em vista o subjetivismo que cerca a matéria, a caracterização da colidência se mostra uma tarefa das mais árduas. Ao comentar o art. 124, XIX, da LPI, Tavares Paes bem observa que “o problema da colidência de marcas não é fácil, pois inexistente para a dissecação do assunto regras gerais” (Nova lei de propriedade industrial. São Paulo: RT, 1996, p. 119).

49. Em complemento a esse raciocínio, José Carlos Tinoco Soares anota que a identificação da colidência impõe “um exame criterioso das marcas

registradas, tal como se encontram em uso, isto é, através dos seus elementos característicos, etiquetas, rótulos, embalagens e outros” (Comentários à lei de patentes, marcas e direitos conexos. São Paulo: RT, 1997, p. 201).

50. Nessa ordem de ideias, a doutrina acabou por estabelecer parâmetros visando a possibilitar uma confrontação minimamente objetiva entre marcas, com destaque para a necessidade de se levar em consideração a denominada *impressão de conjunto*. Autores de renome como Gama Cerqueira, Carvalho de Mendonça e Clóvis Rodrigues lembram que os diversos elementos constitutivos da marca não devem ser analisados de maneira isolada, mas como um todo, atendendo aos seguintes critérios: (i) as marcas devem ser apreciadas sucessivamente, de modo a se verificar se a lembrança deixada por uma influencia na lembrança deixada pela outra; (ii) as marcas devem ser avaliadas com base nas suas semelhanças e não nas suas diferenças; e (iii) as marcas devem ser comparadas pela sua impressão de conjunto e não por detalhes.

51. Por fim, vale mencionar a ressalva feita por Marcelo Augusto Scudeler, no sentido de que a análise da colidência “deve ser procedida segundo a ótica do consumidor comum, desatento e despreparado por natureza. Jamais deve ser a impressão causada ao julgador do litígio, normalmente mais preparado e instruído” (Do direito das marcas e da propriedade industrial. Campinas: Editora Servanda, 2008, p. 119).

52. Esses, em suma, os critérios que nortearão a solução da controvérsia.

### 3.2.2. A hipótese dos autos.

53. Como visto, na hipótese específica dos autos houve primeiro o registro da marca *Corpelle*, para o ramo de vestuário, seguindo-se, tempos depois, o registro da marca *Cortelle*, para o mesmo segmento de mercado.

54. A partir dos critérios de confrontação estabelecidos no item anterior, é clara e indiscutível a existência de semelhança gráfica e fonética entre as marcas, capaz de gerar confusão no consumidor médio.

55. Vale notar, por oportuno, que as palavras que compõem cada uma das marcas são iguais em quase tudo, se diferenciando por uma única letra (*Corpelle* e *Cortelle*), tendo a marca posterior aproveitado inclusive a utilização repetida da letra “l” (*Corpelle* e *Cortelle*).

56. Interessante notar, ainda, que a marca *Corpelle* surge da junção das palavras “cor” e “pele”, diretamente associadas ao produto que representam (moda íntima feminina). Analisando-se a marca *Cortelle*, no entanto, não se

constata nenhuma junção de palavras, levando a crer que a única intenção foi justamente a de se aproximar ao máximo dos elementos formadores da marca concorrente *Corpelle*, com vistas a confundir consumidores incautos quanto à origem dos produtos.

57. Essa percepção é reforçada pelo fato de que os produtos com a marca *Corpelle* eram comercializados nas próprias lojas *Renner*, tendo, curiosamente, havido a suspensão desse fornecimento no exato momento em que a *Renner* passou a vender em seus estabelecimentos a sua marca própria *Cortelle*. A conduta denota a má-fé no comportamento da *Renner*, caracterizadora de concorrência desleal, ficando evidente que a intenção foi confundir o consumidor, causando-lhe a impressão de que os produtos com a marca *Corpelle* continuavam a ser comercializados em suas lojas, quando na verdade houve substituição por produtos de sua marca própria *Cortelle*.

58. Seja como for, a análise sucessiva do conjunto de cada marca evidencia a presença de semelhanças caracterizadoras de concorrência desleal e aptas a confundir o consumidor, com inquestionável violação do art. 124, XIX, da Lei n. 9.279/1996, o que impede a convivência dessas marcas no mesmo segmento de mercado.

Forte nessas razões, *dou provimento* ao recurso especial para restabelecer a sentença.

#### VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva: Srs. Ministros, também acompanho o bem lançado voto da Relatora, que traça critérios objetivos que vão servir de orientação para os jurisdicionados. Por essa razão, sugiro que se divulgue na jurisprudência.

Dou provimento ao recurso especial.

---

#### RECURSO ESPECIAL N. 1.347.097-SE (2012/0210009-6)

---

Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino  
Recorrente: Construtora Sá Cavalcante Ltda

Advogados: Aloízio Faria de Souza Filho

Lucas Campos de Souza e outro(s)

Alisson Almeida Santos e outro(s)

Recorrido: Expedita Ferreira Nunes

Advogados: Wilson Wynne de Oliva Mota e outro(s)

Andréa Leite de Souza e outro(s)

---

### EMENTA

Recurso especial. Processual Civil. Exceção de incompetência. Uso não autorizado do nome. Divulgação do evento na *internet*. Foro competente. Domicílio do titular do direito violado. Precedentes.

1. Utilização do nome “Maria Bonita” em evento com fins comerciais por Shopping Center localizado no Município de Vila Velha-ES, com divulgação pela *Internet*.

2. Fixação da competência no domicílio do titular do direito violado.

3. Precedentes do STJ.

4. *Recurso especial desprovido*.

### ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva (Presidente), João Otávio de Noronha e Sidnei Beneti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrichi.

Brasília (DF), 3 de abril de 2014 (data do julgamento).

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Relator

---

DJe 10.4.2014

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: Trata-se de recurso especial interposto por *Construtora Sá Cavalcante Ltda* em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, assim ementado:

Agravo de Instrumento. Exceção de Incompetência. Uso do nome “Maria Bonita” para Fins Comerciais em Shopping localizado no município de Vila Velha-ES e na Internet. Competência do Local do Dano, neste caso, o do Domicílio da Autora. Precedentes do STJ. Recurso Conhecido e Improvido. Unânime. (fl. 199)

Em suas razões, alega a parte recorrente violação dos arts. 100, inciso IV, alínea **a** e inciso V, alínea **a**, do Código de Processo Civil.

Contrarrazões ao recurso especial às fls. 226-234.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (Relator): A irresignação recursal não merece acolhida.

A controvérsia devolvida ao conhecimento desta Corte diz respeito à identificação do foro competente para o ajuizamento de ação de indenização por uso não autorizado do nome “Maria Bonita” em evento realizado em Vila Velha - ES, tendo havido sua divulgação pela *internet*.

Sustenta a parte ora recorrente que o suposto ato ilícito teria ocorrido no local do evento, não no local de sua divulgação.

Em que pese a argumentação da recorrente, a jurisprudência desta Corte tem vários precedentes no sentido de que, em hipóteses de ampla divulgação do ato, inclusive pela *internet*, como no caso, a competência é o foro do domicílio da vítima do ato ilícito, que é a pessoa que teve o seu direito violado.

A propósito, confirmam-se os seguinte arestos:

Agravo regimental. Agravo de instrumento. Ação de indenização por danos morais. Veiculação de matéria jornalística. Foro do lugar do ato ou fato.

1. Na hipótese de ação de indenização por danos morais ocasionados pela veiculação de matéria jornalística pela *internet*, tal como nas hipóteses de publicação por jornal ou revista de circulação nacional, considera-se “lugar do ato ou fato”, para efeito de aplicação da regra do art. 100, V, letra **a**, do CPC,

a localidade em que residem e trabalham as pessoas prejudicadas, pois é na comunidade onde vivem que o evento negativo terá maior repercussão para si e suas famílias. Precedentes.

2. Agravo regimental desprovido.

*(AgRg no Ag n. 808.075-DF, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, DJ 17.12.2007)*

Processual Civil. Ação indenizatória. Publicação de matéria jornalística. Dano moral. Competência. Foro do lugar do ato ou fato. CPC, art. 100, V, letra **a**.

I. No caso de ação de indenização por danos morais causados pela veiculação de matéria jornalística em revista de circulação nacional, considera-se "lugar do ato ou fato", para efeito de aplicação da regra especial e, portanto, preponderante, do art. 100, V, letra **a**, do CPC, a localidade em que residem e trabalham as pessoas prejudicadas, pois é na comunidade onde vivem que o evento negativo terá maior repercussão para si e suas famílias.

II. Inaplicabilidade tanto do inciso IV, letra **a** do mesmo dispositivo processual, por ser mera regra geral, não extensível às exceções legais, como a do art. 42 da Lei de Imprensa, eis que dirige-se esta ao processo penal.

III. Recurso não conhecido, confirmada a competência da Justiça do Distrito Federal."

*(REsp n. 191.169-DF, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, DJ de 26.6.2000)*

À luz desses precedentes, mostrou-se correta a decisão do Tribunal de origem, fixando a competência em Aracaju-SE, foro do domicílio da autora da demanda, filha da personagem histórica Maria Bonita, que teve, em tese, o seu direito violado.

Destarte, o recurso especial não merece provimento.

*Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.*

É o voto.

---

---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.387.244-DF (2012/0199491-3)**

---

Relator: Ministro João Otávio de Noronha

Recorrente: Quick Food Lanches e Refeições Ltda

Advogados: Euclides Junior Castelo Branco de Souza e outro(s)  
Acelio Jacob Roehrs e outro(s)  
Recorrido: RP Alimentação e Diversões Ltda  
Advogado: Marcus Flávio Horta Caldeira e outro(s)

---

### EMENTA

Recurso especial. Processo Civil. Propriedade industrial. Marca. Licença de uso. Proteção legal. Alteração conceitual da marca. Necessidade de adequação do licenciado aos novos padrões.

1. Não há julgamento *extra petita* quando a decisão judicial permanece adstrita ao pedido e causa de pedir manifestados pelo autor na inicial.

2. O Tribunal *a quo* não é obrigado a enfrentar questão que lhe foi submetida apenas nos embargos de declaração, situação em que a parte não objetiva corrigir imperfeições do julgado, mas levar questão nova ao exame tardio do Tribunal.

3. A marca é mais que mera denominação: traz em si o conceito do produto ou serviço que a carrega; possui feição concorrencial, distinguindo-a dos concorrentes; facilita o reconhecimento e a captação de clientes; diminui o risco para a clientela, que conta com a padronização dos produtos, serviços, atendimento e demais atributos que a cercam.

4. A licença de uso gera o compromisso, *ex lege*, de o licenciador zelar pela integridade e reputação da marca. É da essência da própria marca que o uso por terceiros deve respeitar-lhe as características, pois a inobservância dos traços distintivos desvirtua a sua existência.

5. A não observância dos padrões dos produtos e serviços pela licenciada para o uso da marca demonstra o uso indevido e autoriza a tutela inibitória para impedir a utilização.

6. Recurso especial conhecido em parte e desprovido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal

de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer em parte do recurso especial e, nesta parte, negar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedida a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.

Dr(a). Acelio Jacob Roehrs, pela parte recorrente: Quick Food Lanches e Refeições Ltda.

Dr(a). Marcus Flávio Horta Caldeira, pela parte recorrida: RP Alimentação e Diversões Ltda.

Brasília (DF), 25 de fevereiro de 2014 (data do julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Relator

---

DJe 10.3.2014

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Trata-se de recurso especial interposto por *Quick Food Lanches e Refeições Ltda.* com fundamento no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal.

Extraí-se dos autos que a recorrida ajuizou ação inibitória para que a recorrente se abstenha de usar a marca “Dona Lenha”, que estaria desautorizada em razão da recusa em se adequar aos padrões de exploração. A partir de junho de 2005, a rede passou por mudança conceitual que não contou com a adesão da recorrida, apesar de convite para adaptação ao novo padrão.

A recorrente contestou, afirmando possuir autorização para o uso da marca.

A ação foi julgada improcedente, pois a recorrente foi autorizada pela recorrida a utilizar o nome fantasia desde 18.5.2001. A sentença registrou que a não adequação aos padrões da marca poderiam dar ensejo a outras pretensões, mas não à inibição do uso do nome.

O acórdão recorrido consignou que os sócios da autora ingressaram no quadro societário da ré e licenciaram o uso do nome fantasia a título precário. Apesar de deixarem a sociedade ré posteriormente, a autorização foi

expressamente mantida. Portanto, o uso foi autorizado, mas caberia à ré manter os padrões da marca.

Assim, a apelação foi provida nos termos da seguinte ementa:

Marca. Proteção legal. Registro. Licença.

1 - O empresário só é considerado titular do direito de exclusividade, em relação à marca, após expedido certificado de registro, que tem natureza constitutiva.

2 - A proteção legal da marca tem o objetivo de reprimir a concorrência desleal, evitar enriquecimento com esforço alheio e impedir a confusão entre os clientes.

3 - A confusão entre os clientes e a não observância dos padrões dos produtos e dos serviços pela licenciada demonstra o uso indevido da marca, o que autoriza a tutela inibitória para impedir a sua utilização.

4 - Apelação provida (e-STJ, fl. 456).

Os embargos declaratórios subsequentes foram rejeitados.

No recurso especial, a parte sustenta violação do art. 535, I e II, do CPC porque as seguintes questões não foram aclaradas nos embargos declaratórios:

a) a possibilidade de, esgotado o prazo de validade do registro, o titular pretender exercer o controle do uso da marca pelo licenciado;

b) a causa de pedir invocada na inicial foi a falta de autorização do uso da marca; embora tenha reconhecido a existência de autorização, o acórdão obstou o uso visto que a licenciada não observara as especificações dos produtos e serviços e não aceitara firmar contrato de franquia;

c) a recorrida juntou documentos na véspera do julgamento, que foram considerados apesar de não serem fatos novos, e sim provas tardias ou reiteradas de fatos antigos;

d) as condições de uso da marca, para produzirem efeitos limitadores ao licenciado, devem constar do contrato, de limitações anotadas no INPI ou do regulamento de uso, o que não ocorreu no caso em exame;

e) a conduta da recorrida é contraditória e viola a boa-fé, porquanto autorizou formalmente o uso da marca para, posteriormente, pretender impor a abstenção do uso.

Além disso, argumenta que houve contrariedade ao art. 460 do CPC, tendo em vista a ocorrência de julgamento *extra petita*. A causa de pedir invocada na inicial foi a falta de autorização do uso da marca; o acórdão

reconheceu a existência de autorização, mas obistou o uso porquanto a licenciada não observara as especificações dos produtos e serviços e não aceitara firmar contrato de franquia.

Sustenta contrariedade aos arts. 133, 142, I, e 139 da Lei n. 9.279/1996 e 333, I e II, do CPC porque o direito de controle do uso da marca pelo licenciador é temporariamente limitado à validade do registro da marca. No caso, o uso da marca pelo recorrido extinguiu-se em 16.11.2009, e isso implicou o fim do direito do controle de uso. Não houve prova da prorrogação do registro, devendo ser presumida a extinção ante a inexistência de prova em contrário.

Aponta ofensa aos arts. 129, 130, II, 136, II, e 147 da Lei n. 9.279/1996 e 475 do CPC, aduzindo que não foram impostas condições para uso da marca com efeitos limitadores ao licenciado e que eventual confusão da clientela decorrente da não padronização só é relevante quando o uso não está autorizado.

Aduz infringência ao art. 462 do CPC, pois os julgadores do Tribunal de origem levaram em conta documentos juntados às vésperas do julgamento do recurso. Tais documentos não se referiam a fatos novos, mas eram, na verdade, provas tardias ou reiteradas de fatos antigos.

As contrarrazões não foram apresentadas (e-STJ, fl. 551).

Inadmitido o recurso na origem (e-STJ, fls. 552-555), ascenderam os autos por força de provimento de agravo de instrumento (e-STJ, fl. 628).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): Discute-se se a marca “Dona Lenha”, registrada em nome da recorrida, está sendo utilizada indevidamente pela recorrente como nome fantasia de seu estabelecimento comercial.

Passo à análise das alegações contidas no recurso especial:

### I - Art. 535, I e II, do CPC

Inexiste a alegada ofensa ao art. 535, I e II, do CPC, porquanto a Corte de origem examinou e decidiu, de modo claro e objetivo, as questões que delimitaram a controvérsia, não se verificando nenhum vício que possa nulificar o acórdão recorrido.

Na verdade, o acórdão que julgou a apelação não foi omissivo, e o acórdão que julgou os embargos declaratórios não negou a prestação jurisdicional, tendo em vista que, no recurso integrativo, a parte inovou com questões que não tinham sido submetidas ao exame do Tribunal de origem. Não se prestando os embargos ao “pós-questionamento” de questões até então não suscitadas, era mesmo de rigor a sua rejeição.

Esclareça-se, ademais, que o órgão colegiado ateve-se aos pontos relevantes e necessários ao deslinde do litígio e adotou fundamentos cabíveis à prolação do julgado, ainda que suas conclusões não mereçam a concordância da recorrente.

## II - Art. 460 do CPC

O recorrente alega que o julgamento foi *extra petita*. Segundo afirma, a causa de pedir invocada para a tutela inibitória foi a falta de autorização do uso da marca; o acórdão reconheceu a existência de autorização, mas obstou o uso com base em causa de pedir diversa: a licenciada não teria observado a alteração das especificações dos produtos e serviços e não aceitara firmar o contrato de franquia.

O julgamento *extra petita* é aquele que aprecia pedido ou causa de pedir distintos dos manifestados pelo autor na inicial, conferindo provimento judicial sobre algo que não foi objeto de súplica ou sobre base na qual não se assenta o pedido.

Nessa perspectiva, configura-se defeituoso o julgamento tanto quando o juiz concede prestação jurisdicional diferente da que lhe foi postulada como quando defere a prestação requerida com base em fundamento não invocado pela parte. A desatenção ao pedido ou à causa de pedir implica nulidade do julgado.

No caso em exame, a petição inicial alega o *uso indevido da marca*, uma vez que a desatenção aos seus padrões causa-lhe prejuízo pela confusão ocorrida entre clientes e fornecedores. Confira-se trecho das alegações:

Não obstante a existência de registro, assim como o envio, à Quick Food, de notificação extrajudicial no sentido de que a mesma *se abstivesse de utilizar, indevidamente, a aludida marca, tal situação (uso indevido) ainda persiste no tempo*, o que vem causando confusão não apenas junto aos consumidores como também perante os fornecedores.

[...]

Assim, não restou à RP Alimentação outra alternativa senão propor a presente ação, a fim de fazer cessar o apontado *uso indevido* de sua marca.

Ao final, a autora afirma a utilização da marca sem autorização:

Sem prejuízo da apuração de eventual responsabilidade penal de quem, dentre outras, “reproduz, **sem autorização do titular**, no todo ou em parte, marca registrada, ou imita-a de modo que possa induzir confusão” (art. 189, 1), o aludido Diploma Legal faculta ainda, ao prejudicado, o aforamento de todas “as ações cíveis que considerar cabíveis na forma do Código de Processo Civil” (art. 207).

[...] com fundamento no artigo 130, 111 e demais correlatos da Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996, c.c. artigo 461, do CPC, seja, ao fim e ao cabo, concedida a *tutela inibitória* reclamada, isto é, no sentido de que a Ré se abstenha de dar continuidade, em caráter definitivo, *ao ilícito consubstanciado na utilização, sem a devida autorização, da marca Dona Lenha*, sob pena de multa diária no importe de R\$ 1.000,00 (mil reais), preservando-se, com tal medida, a sua integridade no âmbito do Distrito Federal e fora dele.

Apesar da contradição de termos, a parte autora deixa claro que inicialmente foi autorizado o uso da marca, mas esse tornou-se desautorizado em função da falta de adequação ao novo conceito adotado pela empresa, pois ainda atrelava o nome fantasia do estabelecimento ao padrão anterior.

O acórdão recorrido, por sua vez, reconheceu que o uso da marca foi autorizado, mas sobreveio a desatenção às especificações dos proprietários, nos moldes narrados na petição inicial:

A intenção dos representantes da sociedade apelante era, naquele momento, autorizar o uso da marca como nome fantasia da apelada, sem transferir, contudo, a titularidade da propriedade industrial. Tanto que permaneceram na mesma atividade empresarial, utilizando-se da marca em diversos outros estabelecimentos (fls. 19-40).

E, assim, os sócios da apelante licenciaram o direito de uso da marca, por prazo indeterminado, haja vista que não há qualquer observação quanto à duração da licença.

Não obstante, o contrato de licença não retira do licenciante o direito de exercer controle efetivo sobre as especificações, natureza e qualidade dos respectivos produtos ou serviços (art. 139, LPI).

A licenciada não está observando as especificações dos produtos e serviços estabelecidos pela marca. O *layout* de sua loja é diferente do implementado, o cardápio apresenta outro formato e até a logomarca é distinta (fls. 101-203).

E oportunizada a exploração da marca no sistema de franquia, com, isenção da respectiva contraprestação (fls. 53-4), a apelada não optou por aderir ao Sistema, o que corrobora seu desinteresse em se adequar aos padrões da marca “Dona Lenha”.

Cotejando-se a inicial com o acórdão, constata-se a perfeita adstrição entre o pedido/causa de pedir e o resultado do julgamento: inicialmente foi autorizado o uso da marca, mas a recorrente não acompanhou a evolução conceitual ocorrida; então, sobreveio a desautorização do uso em razão da não adesão ao conjunto de alterações. Disso decorre a concessão da tutela inibitória para impedir a utilização pela ré.

Constatado, assim, que o julgamento deu-se dentro dos limites traçados pela parte, não há razão para se declarar a nulidade do acórdão recorrido.

### **III - Arts. 133, 142, I, e 139 da Lei n. 9.279/1996 e 333, I e II, do CPC**

Alega a recorrente que o direito de controle do uso da marca pelo licenciador é temporariamente limitado à validade do registro, que se presume extinto pela falta de prova da prorrogação. Ainda de acordo com a recorrente, deve ser presumida a extinção em 16.11.2009, data em que expirou o primeiro registro, visto que a renovação não foi comprovada.

Observo que a sentença e a apelação são posteriores à *suposta* data de expiração do registro – as decisões judiciais foram proferidas em 18.8.2010 e 8.11.2010, respectivamente, enquanto o registro teria expirado cerca de um ano antes.

De acordo com a tese da recorrente, a validade do registro teria expirado muito antes de interposto o apelo. Logo, a matéria poderia ser arguida nas instâncias ordinárias, mas a recorrente não o fez.

Somente em sede de embargos declaratórios é que a parte trouxe a discussão acerca da expiração do registro. Acontece que a matéria não foi oportunamente suscitada e não foi debatida nas instâncias ordinárias, de modo a propiciar abertura desta via especial para análise do tema.

Destaque-se que da matéria não se pode conhecer nem mesmo pela alegada ofensa ao art. 535 do CPC, pois o acórdão que julgou a apelação não foi omissivo, e o acórdão que julgou os embargos declaratórios não negou a prestação jurisdicional, tendo em vista que, no recurso integrativo, a parte apresentou questões que não tinham sido levadas ao exame do Tribunal *a quo*.

A questão infraconstitucional suscitada somente foi submetida à Corte *a quo* por ocasião dos embargos declaratórios, recurso que não se presta para provocar o exame tardio de matérias não discutidas.

Assim, a matéria não foi objeto de debate no acórdão recorrido, faltando o necessário prequestionamento. Caso, pois, de aplicação da Súmula n. 282-STF.

#### **IV - Arts. 130, II, 129, 136, II, e 147 da Lei n. 9.279/1996 e 475 do CPC**

Segundo a recorrente, o uso da marca Ihe foi autorizado sem condições ou efeitos limitadores. Afirma também que eventual confusão da clientela decorrente da não padronização só possui relevância se o uso da marca não estiver autorizado.

De fato, a sentença e o acórdão reconhecem que houve autorização pura e simples do uso do nome fantasia “Dona Lenha”. Não foi imposta nenhuma condição ou limitação temporal para a adoção do signo, o que pareceu ser um acordo entre ex-sócios que buscavam atender o interesse de ambos: da recorrida, que contava com mais uma loja com o nome em comento e denotando o sucesso da marca; da recorrente, que mantinha o título pelo qual o estabelecimento já era conhecido.

Como bem definido no acórdão recorrido, a autorização, nos moldes em que foi feita, equivale ao licenciamento do uso da marca.

O licenciamento de uso, conforme definido na lei de regência, autoriza o titular do registro da marca a exercer controle sobre as especificações, natureza e qualidade dos produtos ou serviços prestados pelo licenciado.

O art. 139 da Lei n. 9.279/1996 tem a seguinte redação:

Art. 139. O titular de registro ou o depositante de pedido de registro poderá celebrar contrato de licença para uso da marca, sem prejuízo de seu direito de exercer controle efetivo sobre as especificações, natureza e qualidade dos respectivos produtos ou serviços.

A marca, muito mais que mera denominação, traz em si o conceito do produto ou serviço que a carrega, identificando-o e garantindo seu desempenho e eficiência. Além disso, possui feição concorrencial: distingue-a dos concorrentes; facilita o reconhecimento e a captação de clientes; diminui o risco para a clientela, que conta com a padronização dos produtos, serviços, atendimento e demais atributos que cercam a marca.

Com a licença de uso, o licenciado compromete-se, *ex lege*, com a integridade e reputação da marca, obrigando-se a zelar por ela.

Ao licenciante assiste o direito de exercer controle efetivo sobre a atenção do licenciado pelo zelo da marca que usa.

Por óbvio, se a recorrida, titular do registro, optou por adotar novo conceito para a marca, queria superar aquele até então adotado. Nessa medida, a manutenção do padrão antigo pela recorrente prejudica a nova identificação proposta pelas alterações promovidas.

Como bem destacou o acórdão de origem, as alterações não foram seguidas pela recorrida. Veja-se excerto do julgado:

A licenciada não está observando as especificações dos produtos e serviços estabelecidos pela marca. O *layout* de sua loja é diferente do implementado, o cardápio apresenta outro formato e até a logomarca é distinta (fls. 101-203).

E oportunizada a exploração da marca no sistema de franquia, com, isenção da respectiva contraprestação (fls. 53-4), a apelada não optou por aderir ao Sistema, o que corrobora seu desinteresse em se adequar aos padrões da marca “Dona Lenha”.

Apesar dos convites da titular do registro para aderir ao novo estilo, a recorrente/licenciada optou por seguir caminho paralelo e não acompanhou a mudança conceitual da marca “Dona Lenha”. Assim, houve nítida desfiguração da marca, o que enseja a concessão da tutela inibitória, nos moldes do acórdão recorrido.

Não tem relevância o fato arguido pela recorrente acerca da inexistência de condições ou efeitos limitadores na autorização de uso. É da essência da própria marca que o uso por terceiros deve respeitar-lhe as características, pois a inobservância dos traços distintivos desvirtua a sua existência.

Pelo mesmo motivo, não se mostra acertado afirmar que eventual confusão da clientela decorrente da não padronização só possui relevância se o uso da marca não está autorizado. Os produtos, serviços e seus aspectos devem ser padronizados, ainda que exista autorização de uso pelo titular do registro.

Dessa forma, não prosperam as alegações da recorrente também neste ponto.

#### **V - Art. 462 do CPC**

Segundo a recorrente, os julgadores do Tribunal basearam seu entendimento em documentos juntados às vésperas do julgamento do recurso.

Tais documentos não poderiam ser juntados nem considerados, pois não se referiam a fatos novos, mas eram, na verdade, provas tardias ou reiteradas de fatos antigos.

O art. 462 do CPC, apontado como violado, não embasa a tese defendida pela recorrente.

O dispositivo mencionado alude à superveniência de fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito que influencia no julgamento da lide e à possibilidade de seu conhecimento de ofício ou a requerimento da parte. Ou seja, há fato novo do qual se pode conhecer de ofício, sem a forçosa provocação ou comprovação pela parte.

A tese, no entanto, não se enquadra na hipótese legal: não houve fato novo; existiu juntada de documento novo referente a fato antigo.

Assim, em prejuízo da compreensão da controvérsia, não foi demonstrada a contrariedade ao dispositivo indicado. Aplicável, assim, a Súmula n. 284-STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”.

Ainda que superado esse entendimento – afinal de contas, poder-se-ia argumentar que, apesar da indicação errônea, existe a norma que corrobora a tese jurídica desenvolvida –, o recurso não merece prosperar.

O art. 397 do CPC (que *não* foi indicado no recurso especial) autoriza as partes a juntar documentos novos a qualquer tempo, desde que destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos.

Segundo a recorrente, o acórdão baseou-se nos documentos juntados após a prolação da sentença. Esses documentos não deviam ser considerados, pois se propunham à produção de prova de fatos antigos.

Da leitura atenta do acórdão, percebo que os julgadores, ao formar seu convencimento, apoiaram-se na documentação juntada aos autos com a petição inicial e com a contestação.

Transcrevo trechos do acórdão em que há menção às folhas em que estão acostados os documentos:

Consoante documentos contidos nos autos (fls. 232-36), os únicos sócios da apelante naquele momento, Paulo Levenhagem Mello Filho e Roberto Bitencourt Beze, ao ingressarem no quadro societário da apelada, em maio de 2001, autorizaram que esta utilizasse o nome fantasia “Dona Lenha”.

[...]

Tal autorização se manteve com a retirada dos sócios dos quadros da sociedade apelada, em dezembro de 2002 (fls. 224-31).

[...]

A autorização de uso da marca “Dona Lenha”, como nome fantasia da apelada, ocorreu em alteração do contrato social da apelada, e foi registrada na junta comercial em 20.6.2001 (fl. 236).

Embora a titular do direito à marca seja a sociedade, esta é representada pelos sócios gerentes (cláusula 6ª, fl. 36), que ao ingressarem nos quadros da sociedade apelada, autorizaram a utilização da marca, agindo em nome da sociedade.

[...]

A intenção dos representantes da sociedade apelante era, naquele momento, autorizar o uso da marca como nome fantasia da apelada, sem transferir, contudo, a titularidade da propriedade industrial. Tanto que permaneceram na mesma atividade empresarial, utilizando-se da marca em diversos outros estabelecimentos (fls. 19-40).

[...]

A licenciada não está observando as especificações dos produtos e serviços estabelecidos pela marca. O *layout* de sua loja é diferente do implementado, o cardápio apresenta outro formato e até a logomarca é distinta (fls. 101-203).

E oportunizada a exploração da marca no sistema de franquia, com, isenção da respectiva contraprestação (fls. 53-4), a apelada não optou por aderir ao Sistema, o que corrobora seu desinteresse em se adequar aos padrões da marca “Dona Lenha”.

Percebe-se, portanto, que a convicção acerca dos fatos que deram ensejo à tutela inibitória baseou-se primordialmente na documentação juntada em primeira instância.

De fato, em uma passagem, o acórdão reporta-se aos documentos juntados após a apelação, mas a referência deu-se apenas como *reforço de argumentação*. Os documentos posteriores que embasaram a inibição do uso do nome foram irrelevantes ao deslinde da questão.

Assim, o recurso não alcança êxito também neste ponto.

## **VI - Conclusão**

Ante o exposto, *conheço em parte do recurso especial e nego-lhe provimento*.

É o voto.

### VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva: Srs. Ministros, eu havia também recebido antecipadamente o voto do ilustre Relator e, ao abrir os autos eletrônicos, pude vislumbrar que, na inicial, há uma extensa narrativa de tudo o que aconteceu, do uso indevido da marca; portanto, não há, em nenhuma hipótese, falar em falta de adstrição do julgado ao pedido ou em julgamento *extra petita*.

Acompanho integralmente o bem lançado voto do Relator, conhecendo em parte do recurso especial e, nessa parte, negando-lhe provimento.

---

### RECURSO ESPECIAL N. 1.399.931-MG (2013/0281903-4)

---

Relator: Ministro Sidnei Beneti

Recorrente: Ronan Guimarães Moreira

Advogado: Márcio Pimenta Cândido

Recorrido: Albmar Comercial Ltda

Advogados: Vanessa de Andrade Pinto

Stefenson dos Santos Pinto e outro(s)

---

### EMENTA

Direito Civil. Responsabilidade civil. Compra pela *internet*. Presente de Natal. Não entrega da mercadoria. Violação a direito de personalidade não comprovada no caso concreto. Danos morais indevidos.

1.- A jurisprudência desta Corte tem assinalado que os aborrecimentos comuns do dia a dia, os meros dissabores normais e próprios do convívio social não são suficientes para originar danos morais indenizáveis.

2.- A falha na entrega de mercadoria adquirida pela *internet* configura, em princípio, mero inadimplemento contratual, não dando causa a indenização por danos morais. Apenas excepcionalmente,

quando comprovada verdadeira ofensa a direito de personalidade, será possível pleitear indenização a esse título.

3.- No caso dos autos, as instâncias de origem concluíram não haver indicação de que o inadimplemento da obrigação de entregar um “Tablet”, adquirido mais de mês antes da data do Natal, como presente de Natal para filho, fatos não comprovados, como causador de grave sofrimento de ordem moral ao Recorrente ou a sua família.

4.- Cancela-se, entretanto, a multa, aplicada na origem aos Embargos de Declaração tidos por protelatórios (CPC, art. 538, parágrafo único).

5.- Recurso Especial a que se dá provimento em parte, tão somente para cancelar a multa.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino (Presidente), Ricardo Villas Bôas Cueva, Nancy Andrichi e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 11 de fevereiro de 2014 (data do julgamento).

Ministro Sidnei Beneti, Relator

---

DJe 6.3.2014

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sidnei Beneti: 1.- *Ronan Guimarães Moreira* interpõe Recurso Especial com fundamento nas alíneas **a** e **c**, do inciso III, do artigo 105, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Relator o Desembargador *Arnaldo Maciel*, assim ementado (fls. 145):

*Apelação cível. Indenização por danos morais. Compra pela internet em loja virtual. Mercadoria não entregue. Danos morais não configurados. Indenização indevida. Não havendo nos autos provas de que a parte tenha vivenciado um*

legítimo dano de ordem moral em virtude da não entrega da mercadoria já paga e adquirida por meio da *internet*, em loja com sítio virtual, encontra-se ausente um dos requisitos capazes de autorizar a condenação da empresa ré no pagamento de uma indenização a título de danos morais.

2.- Os Embargos de Declaração interpostos foram rejeitados com aplicação de multa de 1% sobre o valor da causa (e-STJ fls. 159-164).

3.- O recorrente alega, em síntese, que não poderia ter sido condenado ao pagamento da multa prevista no artigo 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil, porque os embargos declaratórios interpostos não eram protelatórios.

Sustenta que, o contrário do que afirmado pelo acórdão recorrido, a compra, pela *internet*, de mercadorias que não são entregues no prazo estipulado rendem ensejo à dano moral, especialmente quando adquiridas para presentear familiares durante os festejos de natal. Nesse sentido aponta ofensa aos artigos 186, 927 e 944 do Código Civil, 14 do Código de Defesa do Consumidor e 333, II, do Código de Processo Civil. Quanto ao tema ainda invoca dissídio jurisprudencial em relação a julgado do TJMS.

Acrescenta que também teria havido violação ao artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, porque o Tribunal de origem não teria determinado a inversão do ônus da prova.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Sidnei Beneti (Relator): 4.- Discute-se nos autos, essencialmente, se são devidos danos morais ao consumidor que adquire, pela *internet*, mercadoria para presentear o filho que não vem a ser entregue.

5.- A jurisprudência desta Corte, como se sabe, tem assinalado que os aborrecimentos comuns do dia a dia, os meros dissabores normais e próprios do convívio social não são suficientes para originar danos morais indenizáveis. Nesse sentido: AgRg no Ag n. 1.331.848-SP, Rel. Ministra *Maria Isabel Gallotti*, Quarta Turma, DJe 13.9.2011; e REsp n. 1.234.549-SP, Rel. Ministro *Massami Uyeda*, Terceira Turma, DJe 10.2.2012; REsp n. 1.232.661-MA, Rel. Ministra *Maria Isabel Gallotti*, Quarta Turma, DJe 15.5.2012 e AgRg nos EDcl no REsp n. 401.636-PR, Rel. Ministro *Humberto Gomes de Barros*, Terceira Turma, DJ 16.10.2006.

6.- No caso dos autos, não há notícia de que o descumprimento contratual assinalado tenha resultado outras consequências, como a frustração de um evento familiar especial, ou a inviabilização da compra de outros presentes de natal.

7.- Muito pelo contrário, conforme assinalado pelo Tribunal de origem não restou provado nos autos que o produto adquirido, um “tablet”, seria dado de presente pelo Recorrente a seu filho adolescente e nem mesmo a existência desse menor.

8.- Assim, ausente a prova de uma situação bem delimitada capaz de representar graves constrangimentos e verdadeira violação à direito de personalidade, não pode prosperar a pretensão de condenação ao pagamento de danos morais.

9.- A alegação de ofensa ao artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, não pode ser conhecida porque não demonstrada de forma analítica. Com efeito, para que o Recurso Especial possa ser admitido pela alínea a do permissivo constitucional, cumpre ao recorrente não apenas alegar ofensa à legislação federal, mas ainda individualizar o dispositivo legal tido por violado e esclarecer de que forma tal ofensa teria supostamente ocorrido. No caso dos autos as razões recursais não indicam por que motivos seria devida a inversão do ônus da prova e tampouco demonstram como o Tribunal de origem teria se posicionado contrariamente ao que disposto nesse comando legal. Incide, por analogia, quanto ao ponto, a Súmula n. 284-STF.

10.- Deve-se, entretanto, ser cancelada a multa, aplicada na origem aos Embargos de Declaração tidos por protelatórios (CPC, art. 538, parágrafo único), pois não se vê abuso no caso, mas mera insistência em buscar o que a parte entendeu, ainda que sem sucesso, ser seu direito.

11.- Ante o exposto, dá-se provimento em parte ao Recurso Especial, tão somente para cancelar a multa.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.424.304-SP (2013/0131105-5)**

---

Relatora: Ministra Nancy Andriahi  
Recorrente: Coca Cola Industrias Ltda

Advogados: George Eduardo Ripper Vianna  
Joel Ferreira Vaz Filho e outro(s)  
Recorrido: Marlene Muniz Pintan  
Advogado: Fabio de Oliveira Proenca

---

### EMENTA

Recurso especial. Direito do Consumidor. Ação de compensação por dano moral. Aquisição de garrafa de refrigerante contendo corpo estranho em seu conteúdo. Não ingestão. Exposição do consumidor a risco concreto de lesão à sua saúde e segurança. Fato do produto. Existência de dano moral. Violação do dever de não acarretar riscos ao consumidor. Ofensa ao direito fundamental à alimentação adequada. Artigos analisados: 4º, 8º, 12 e 18, CDC e 2º, Lei n. 11.346/2006.

1. Ação de compensação por dano moral, ajuizada em 20.4.2007, da qual foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 10.6.2013.

2. Discute-se a existência de dano moral na hipótese em que o consumidor adquire garrafa de refrigerante com corpo estranho em seu conteúdo, sem, contudo, ingeri-lo.

3. A aquisição de produto de gênero alimentício contendo em seu interior corpo estranho, expondo o consumidor à risco concreto de lesão à sua saúde e segurança, ainda que não ocorra a ingestão de seu conteúdo, dá direito à compensação por dano moral, dada a ofensa ao direito fundamental à alimentação adequada, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana.

4. Hipótese em que se caracteriza defeito do produto (art. 12, CDC), o qual expõe o consumidor à risco concreto de dano à sua saúde e segurança, em clara infringência ao dever legal dirigido ao fornecedor, previsto no art. 8º do CDC.

5. Recurso especial não provido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas

taquigráficas constantes dos autos, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, divergindo do voto da Sra. Ministra Relatora, por maioria, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Votaram vencidos os Srs. Ministros João Otávio de Noronha e Ricardo Villas Bôas Cueva (voto-vista). Os Srs. Ministros Sidnei Beneti e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 11 de março de 2014 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrighi, Relatora

---

DJe 19.5.2014

## RELATÓRIO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de recurso especial interposto por *Coca Cola Industries Ltda.*, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional.

**Ação:** ação de indenização por dano material c.c. compensação por danos morais ajuizada por *Marlene Muniz Pintan*, em desfavor da recorrente, na qual alega que em 18.11.2005 adquiriu uma garrafa de refrigerante Coca-Cola com objetos em seu interior descritos como “algo estranho” que “aparentava ser um ‘feto’”, cujo exame mais apurado, através de uma lupa, teria revelado tratar-se de “algo semelhante a uma ‘lagartixa’, ou ainda, pedaços de pele humana”.

Aduz ter havido promessa de troca do produto pela recorrente *Coca Cola*, o que, entretanto, não ocorreu. Assim, pede reparação ao prejuízo material experimentado, dado o vício do produto, e ainda compensação pelo abalo moral suportado em face do fato do produto, no valor equivalente a 300 (trezentos) salários mínimos.

**Sentença:** julgou parcialmente procedente o pedido formulado, apenas para condenar a recorrente *Coca Cola* ao pagamento de R\$ 2,49 (dois reais e quarenta e nove centavos) a título de dano material.

**Acórdão:** deu parcial provimento à apelação interposta pela autora-recorrida, para condenar a recorrente à compensação por danos morais advindos do risco a que fora exposta aquela. Ementa nos seguintes termos:

*Responsabilidade civil. Indenização. Dano moral. Materiais biológicos (fungos) encontrados no interior da garrafa de refrigerante. Apelo contra a sentença*

de parcial procedência. Alegação de não ter chegado a ser consumida a bebida. Irrelevância. Indeniza-se a mera potencialidade, mesmo que o produto alimentício contaminado (com um inseto dentro), não chegue a ser ingerido pela consumidora. Indenização devida e fixada no equivalente a 20 salários mínimos, vigentes à época do efetivo pagamento. Invertidos os ônus do sucumbimento. Sentença reformada. Apelo parcialmente provido.

**Recurso especial:** alega violação do art. 12 do CDC e 944, parágrafo único, do CC, bem como dissídio jurisprudencial. Sustenta que “a sensação de nojo e asco noticiada na exordial por ter a Recorrida encontrado corpo estranho em garrafa de refrigerante, cujo conteúdo sequer foi consumido, não é capaz de trazer qualquer sofrimento moral, que deva ser mitigado pela pecúnia da Recorrente. Com efeito, tal situação nada mais é do que mero aborrecimento que não enseja, *data venia*, qualquer constrangimento” (fl. 276, e-STJ). Tece, ainda, considerações acerca do *quantum* arbitrado, o qual considera excessivo.

**Prévio juízo de admissibilidade:** o recurso foi inadmitido na origem (fls. 316-317, e-STJ), tendo sido interposto agravo pela recorrente, o qual foi conhecido e reautuado como recurso especial (fl. 345, e-STJ).

É o relatório.

## VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andriighi (Relatora): Cinge-se a controvérsia a definir se a identificação de um corpo estranho em produto de gênero alimentício, na hipótese uma garrafa de refrigerante, que coloca em risco a saúde e a integridade física e(ou) psíquica do consumidor, dá origem à compensação por danos morais, mesmo não tendo sido aberta a embalagem e tampouco ingerido o líquido respectivo.

### 1. Violação ao art. 12 do CDC e dissídio jurisprudencial – não ingestão de produto contendo corpo estranho em seu conteúdo e dano moral.

01. Primeiramente, registre-se, na literalidade de trecho extraído do acórdão recorrido (fls. 264, e-STJ), que:

São fatos incontroversos nos autos, que no refrigerante adquirido pela autora havia substância estranha, conforme constou dos laudos periciais do Instituto de Criminalística de São Paulo.

O produto estava com o lacre da tampa aparentemente íntegro (fl. 46-47). Sendo constatado que “é possível haver contaminação (pela entrada de ar) sem que este seja rompido o lacre da peça. Dos exames realizados foi verificado a presença de material biológico (fungos)”. (cf. laudo a fl. 49). Desta forma, não restou dúvidas de que o produto adquirido continha irregularidade.

02. Com efeito, a jurisprudência do STJ está consolidada no sentido de que há dano moral na hipótese em que o produto de gênero alimentício é consumido, ainda que parcialmente, em condições impróprias, especialmente quando apresenta situação de insalubridade oferecedora de risco à saúde e(ou) à incolumidade física. À guisa de exemplo, trago à colação o seguinte precedente:

Direito Processual Civil e do Consumidor. Recurso adesivo. Admissibilidade. Requisitos. Aquisição de alimento com inseto dentro. Ingestão pelo consumidor. Dano moral. Existência. Valor. Revisão pelo STJ. Possibilidade, desde que irrisório ou exorbitante.

1. Além de subordinar-se à admissibilidade do recurso principal, nos termos do art. 500 do CPC, o próprio recurso adesivo também deve reunir condições de ser conhecido. Nesse contexto, a desídia da parte em se opor à decisão que nega seguimento ao recurso adesivo inviabiliza a sua apreciação pelo STJ, ainda que o recurso especial principal venha a ser conhecido.

2. A avaliação deficiente da prova não se confunde com a liberdade de persuasão do julgador. A má valoração da prova pressupõe errônea aplicação de um princípio legal ou negativa de vigência de norma pertinente ao direito probatório. Precedentes.

3. A aquisição de lata de leite condensado contendo inseto em seu interior, vindo o seu conteúdo a ser parcialmente ingerido pelo consumidor, é fato capaz de provocar dano moral indenizável.

4. A revisão da condenação a título de danos morais somente é possível se o montante for irrisório ou exorbitante. Precedentes.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido. Recurso adesivo não conhecido. (REsp n. 1.239.060-MG, minha relatoria, 3ª Turma, DJe 18.5.2011)

03. Nas hipóteses em que há ingestão do produto em condições impróprias, conforme salientei no julgamento do REsp n. 1.252.307-PR (Rel. p/ o Acórdão Min. Massami Uyeda, 3ª Turma, DJe 8.8.2012), “o sentimento de repugnância, nojo, repulsa que [...] poderá se repetir toda vez que se estiver diante do mesmo produto” dá ensejo a “um abalo moral passível de compensação pecuniária”.

04. Aliás, grande parte do dano psíquico advém do fato de que a sensação de ojeriza “se protraí no tempo, causando incômodo durante longo período, vindo à tona sempre que se alimenta, em especial do produto que originou o problema, interferindo profundamente no cotidiano da pessoa” (REsp n. 1.239.060-MG, minha relatoria, 3ª Turma, 18.5.2011).

05. Nos autos, contudo, há a peculiaridade de não ter havido ingestão, ainda que parcial, do produto contaminado.

06. Interpretando o CDC, explica a doutrina que “são considerados vícios as características de qualidade ou quantidade que tornem os produtos ou serviços impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam e também que lhes diminuam o valor” (Rizzatto Nunes. *Curso de Direito do Consumidor*. 7ª ed. rev. e at. Edit. Saraiva. São Paulo: 2012. p. 229). Ou seja, observado o sistema adotado, um produto ou serviço apresentará *vício* sempre que não corresponder à legítima expectativa do consumidor quanto à sua utilização ou fruição, comprometendo sua prestabilidade ou servibilidade.

07. Por outro lado, um produto ou serviço apresentará *defeito* de segurança quando, além de não corresponder à expectativa do consumidor, sua utilização ou fruição for capaz de criar *riscos* à sua incolumidade ou de terceiros. A insegurança, portanto, é um vício de qualidade que se agrega ao produto ou serviço como um novo elemento de desvalia e que transcende a simples frustração de expectativas. Daí a denominação de “fato do produto e do serviço” trazida pelo CDC, pois se tem um *vício qualificado* pela insegurança que emana do produto/serviço. Há, portanto, um fato extrínseco ao vício, que vai além deste.

08. Conforme anotam Cláudia Lima Marques, o insigne Min. Antônio Herman Benjamin e Bruno Miragem (*Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2ª ed. rev., at. e amp. Edit. RT. São Paulo: 2006, p. 261),

A teoria da qualidade [...] bifurcar-se-ia, no sistema do CDC, na exigência de *qualidade-adequação* e de *qualidade-segurança*, segundo o que razoavelmente se pode esperar dos produtos e dos serviços. Nesse sentido haveria vícios de qualidade por inadequação (art. 18 e ss.) e vícios de qualidade por insegurança (arts. 12 a 17). O CDC não menciona os vícios por insegurança, e sim a responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço e a noção de defeito; esta terminologia nova, porém, é muito didática, ajudando na interpretação do novo sistema de responsabilidade.

09. Assim, prefacialmente, é necessário indagar se a hipótese dos autos alberga um mero *vício* (de qualidade por inadequação; art. 18, CDC) ou, em verdade, um *defeito/fato do produto* (vício de qualidade por insegurança; art. 12, CDC).

10. Segundo algumas decisões do STJ em situações idênticas ou pelo menos semelhantes à hipótese ora apreciada, o fato de não ter havido ingestão do produto com corpo estranho em seu interior não imporia ao fornecedor o dever de indenizar o consumidor, na medida em que este, nessas circunstâncias, não teria sofrido dano algum (Nesse sentido: REsp n. 1.131.139-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, DJe 1º.12.2010; REsp n. 747.396-DF, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4ª Turma, DJe 22.3.2010; AgRg no Ag n. 276.671-SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª Turma, DJ 8.5.2000).

11. Contudo, ressalvado e respeitado referido entendimento, tenho que a sistemática implementada pelo CDC exige um olhar mais cuidadoso para a situação apresentada, em especial porque a lei consumerista protege o consumidor contra produtos que coloquem em *risco* sua segurança e, por conseguinte, sua saúde, integridade física, psíquica etc. Segundo o art. 8º do CDC “*os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores*”.

12. Tem-se, assim, a existência de um dever legal, imposto ao fornecedor, de evitar que a saúde e(ou) segurança do consumidor sejam colocadas sob risco. Vale dizer, o CDC tutela o dano ainda em sua potencialidade, buscando prevenir sua ocorrência efetiva (art. 8º diz “*não acarretarão riscos*”; não diz necessariamente “danos”).

13. Desse dever imposto pela lei, decorre a responsabilidade do fornecedor de “reparar o dano causado ao consumidor por *defeitos* decorrentes de projeto, *fabricação*, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos” (art. 12, CDC).

14. Segundo o CDC, “*o produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera [...], levando-se em consideração [...] o uso e os riscos*” razoavelmente esperados (art. 12, § 1º, II, CDC). Em outras palavras, há *defeito* – e, portanto, *fato do produto* – quando oferecido *risco* dele não esperado, segundo o senso comum e sua própria finalidade. Assim, a hipótese não é de mero *vício* (o qual, como visto, não congrega um fato extrínseco; na espécie, consubstanciado no risco oferecido).

15. É indubitável que o corpo estranho contido na garrafa de refrigerante expôs o consumidor a risco, na medida em que, na hipotética ingestão, não seria pequena a probabilidade de ocorrência de dano, seja à sua saúde física, seja à sua integridade psíquica. O consumidor foi, portanto, exposto à risco, o que torna *ipso facto* defeituoso o produto.

16. O CDC é paradigmático porque,

[...] observando a evolução do direito comparado, há toda uma evidência de que o legislador brasileiro inspirou-se na ideia de garantia implícita do sistema da *common law* (*implied warranty*). Assim, os produtos ou serviços prestados trariam em si uma garantia de adequação para o seu uso e, até mesmo, uma *garantia referente à segurança que dele se espera*. Há efetivamente um novo *dever de qualidade* instituído pelo sistema do CDC, um novo *dever anexo* à atividade dos fornecedores. (MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; e MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2ª ed. rev., at. e amp. Edit. RT. São Paulo : 2006, p. 258)

17. Ainda segundo a lição de Cláudia Lima Marques, Antônio Herman Benjamin e Bruno Miragem, tem-se que:

Dois sistemas parecem ter influenciado o legislador consumerista brasileiro: o sistema norte-americano [...], que partindo das garantias implícitas (contratuais), chegou à responsabilidade objetiva (por riscos); e o sistema da Directiva [...], da Comunidade Econômica Europeia, que partiu da ideia de defeito dos produtos industrializados [...] introduzidos no mercado pelo fornecedor (ato antijurídico), para imputar a responsabilidade objetivamente ao fabricante que pode suportá-la e dividir os ônus na sociedade. Desta fusão teria resultado o CDC (ob. cit. p. 259)

18. Nessa senda, oportuna a conclusão obtida por Flávio Citro Vieira de Mello (*Revista Luso-brasileira de Direito de Consumo*. Vol. II. n. 01. Março de 2012. #5. Curitiba : Edit. JM., 2012. p. 18), no sentido de que “a ocorrência do defeito traduz risco do empreendimento que deve ser suportado exclusivamente pelo empreendedor e em hipótese alguma pode ser transferido ao consumidor”.

19. Consoante acrescenta, “a álea da produção defeituosa não pode acarretar, para a compra de bens de consumo pelo consumidor, uma equação de sorte ou azar” (ob. cit. id).

20. Destarte, conclui afirmando que:

A insatisfação do consumidor numa experiência de compra ou contratação deve ser tutelada pelo Estado, em razão da hipossuficiência e debilidade do

primeiro como parte mais fraca da relação de consumo e sua incapacidade de reagir perante o agente econômico. Ademais, a satisfação do consumidor é determinante para motivá-lo a consumir mais, com óbvios reflexos positivos na economia, e especialmente para sua eventual fidelidade à marca do fornecedor. (ob. cit. id)

21. De todo o exposto, deflui-se que o dano indenizável decorre do risco a que fora exposto o consumidor. Ainda que, na espécie, a potencialidade lesiva do dano não se equipare à hipótese de ingestão do produto contaminado (diferença que necessariamente repercutirá no valor da indenização), é certo que, conquanto reduzida, aquela também se faz presente na hipótese concreta.

22. Convém lembrar que o reconhecimento do dano moral como categoria de dano indenizável, mesmo antes da edição do novo Código Civil brasileiro, enfrentou uma rápida evolução decorrente de sua conformação aos paradigmas da Constituição Federal de 1988. A priorização do ser humano pelo ordenamento jurídico nacional exige que todo o Direito deva convergir para sua máxima tutela e proteção. Desse modo, exige-se o pronto repúdio a quaisquer violações dirigidas à dignidade da pessoa, bem como a responsabilidade civil quando já perpetrados os danos morais ou extrapatrimoniais.

23. Destarte, a partir da consagração do direito subjetivo constitucional à dignidade, o dano moral deve ser entendido como sua mera violação.

24. Partindo dessa premissa, Sergio Cavalieri Filho conclui que o dano moral não mais se restringe à dor, tristeza e sofrimento, estendendo sua tutela a todos os bens personalíssimos (*Programa de Responsabilidade Civil*. 4ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003. p. 94). Aliás, cumpre ressaltar que essas sensações, que costumeiramente estão atreladas à experiência das vítimas de danos morais, não se traduzem no próprio dano, mas têm nele sua causa direta.

25. Noutras palavras, não é a dor, ainda que se tome esse termo no sentido mais amplo, mas sua origem advinda de um dano injusto que comprova a existência de um prejuízo moral ou imaterial indenizável (BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P. 130).

26. Nesse compasso, a jurisprudência do STJ, incorporando a doutrina desenvolvida acerca da natureza jurídica do dano moral, conclui pela possibilidade de compensação independentemente da demonstração da dor, traduzindo-se, pois, em consequência *in re ipsa*, intrínseca à própria conduta que injustamente atinja a dignidade do ser humano. Assim, em diversas

oportunidades se deferiu indenização destinada a compensar dano moral diante da simples comprovação de ocorrência de conduta injusta e, portanto, danosa.

27. Essa concepção também encontra raízes no valor da solidariedade social, albergado pela Constituição Republicana em seu art. 3º, inc. I.

28. Segundo Maria Celina Bodin de Moraes,

A expressa referência à solidariedade, feita pelo legislador constituinte, estabelece em nosso ordenamento um princípio jurídico inovador, a ser levado em conta não só no momento da elaboração da legislação ordinária e na execução de políticas públicas, mas também nos momentos de interpretação e aplicação do Direito, por seus operadores e demais destinatários, isto é, por todos os membros da sociedade. Se a solidariedade fática decorre da necessidade imprescindível da coexistência humana, a solidariedade como valor deriva da consciência racional dos interesses em comum, interesses esses que implicam, para cada membro, a obrigação moral de “não fazer aos outros o que não se deseja que lhe seja feito”. Esta regra não tem conteúdo material, enunciando apenas uma forma, a forma da reciprocidade, indicativa de que ‘cada um, seja o que for que possa querer, deve fazê-lo pondo-se de algum modo no lugar de qualquer outro. É o conceito dialético de “reconhecimento” do outro. (Ob. cit. p. 110-112.)

29. Nesse sentido, destaca que “as hipóteses mais conhecidas e tuteladas tendo como fundamento a solidariedade social” são exatamente “os danos causados aos consumidores e os danos causados ao meio ambiente” (Ob. cit. p. 117).

30. Em arremate, explicitando a influência da metodologia civil-constitucional sobre o dano moral, lembra a autora que “[...] a unidade do ordenamento é dada pela tutela à pessoa humana e à sua dignidade” (ob. cit. p. 182). Assim:

[...] em sede de responsabilidade civil, e, mais especificamente, de dano moral, o objetivo a ser perseguido é oferecer a máxima garantia à pessoa humana, com prioridade, em toda e qualquer situação da vida social em que algum aspecto de sua personalidade *esteja sob ameaça* ou tenha sido lesado. [...] o “objeto” primordial de tutela do ordenamento é a pessoa humana, que se configura como “sujeito e ponto de referência objetivo” da situação jurídica subjetiva que o envolve ou que lhe diz respeito. Há, tecnicamente, [...] uma “cláusula geral de tutela da pessoa”, estabelecida a partir do art. 3º, I, da Constituição Federal. [...] Nesse sentido, o dano moral não pode ser reduzido à “lesão a um direito da personalidade”, nem tampouco ao “efeito extra-patrimonial da lesão a um direito subjetivo, patrimonial ou extrapatrimonial”. Trata-se sempre de *violação da cláusula geral de tutela da pessoa humana* [...] (id. p. 182).

31. Nesse sentido, oportuna a passagem do acórdão recorrido, no sentido de que:

A ré afirma não ser devida a indenização por dano moral, já que a consumidora não chegou a sofrer dano efetivo nenhum. O possível consumo da bebida não teve lugar, constatado a irregularidade antes que pudesse ser ingerido.

Isso, todavia, não inibia a possibilidade de indenização, o dano *in re ipsa*. Como não inibe nas hipóteses de dano meramente potencial, como aqui no caso em tela ocorre, quando a consumidora encontrou o inseto dentro do produto alimentício adquirido.

Em tais condições, para ser indenizada por dano moral mister não se fará que efetivamente o tenha ingerido, o alimento tenha chegado a fazer mal a sua saúde. Aqui a situação exatamente outra, bastando apenas o dano potencial ou, em outras palavras, o efetivo perigo de dano.

[...]

O sentimento de repugnância e o nojo narrados pela autora ao deparar com um objeto estranho e com aspecto desagradável dentro da bebida a ser ingerida, certamente geraram os danos morais alegados, além da quebra ao princípio da confiança, que deve reger as relações de consumo [...]"

32. Ademais, o estudo doutrinário acerca da definição do que seja concretamente a dignidade da pessoa humana revela tratar-se de uma noção fluida, plástica e plural; traduz um valor aberto que funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais (BARROSO, Luís Roberto. *Aqui, lá e em todo lugar: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional*. Revista dos Tribunais, v. 101, n. 919. p. 154).

33. Pode-se, portanto, concluir que onde se vislumbra a violação de um direito fundamental, assim eleito pela Carta Constitucional, também se alcançará, por consequência, uma inevitável violação da dignidade do ser humano.

34. Nessa linha de raciocínio, tem-se que a proteção da segurança e da saúde do consumidor tem, inegavelmente, cunho constitucional e de direito fundamental, na medida em que tais valores decorrem da especial proteção conferida à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/1988).

35. O CDC, aliás, dando eco à essa proteção, prevê em seu art. 4º “o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo”.

36. Daí a aclamação ao *princípio da segurança*, que também “se faz presente nos artigos 12 e 14 do CDC e é um dos mais importantes no direito do consumidor em razão de servir de estrutura para todo sistema de responsabilidade civil das relações de consumo” (*Revista Luso-brasileira de Direito de Consumo*. Vol. II. n. 03. Setembro de 2012. #7. Curitiba: Edit. JM., 2012. p. 196).

37. Sua importância “se deve ao fato de que, anteriormente ao Código, não havia legislação competente a fim de proteger e defender o consumidor contra os *possíveis riscos* da relação de consumo” e, assim, “*é justamente o princípio da segurança que gera a obrigação de indenizar, caso o produto [...] não responda às expectativas do consumidor, sendo defeituoso*” (ob. cit. id).

38. Nessa esteira, impõe-se salientar a existência do *direito humano à alimentação adequada*, valor constitucional implicitamente reconhecido pela CF/1988 a partir da exegese de seu art. 6º c.c. art. 1º, inc. III. A propósito, à luz desse direito, foi publicada a Lei n. 11.346/2006, a qual, dentre outras providências, cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN.

39. Conforme o art. 2º da referida Lei,

Art. 2º A alimentação adequada é direito fundamental do ser humano, inerente à dignidade da pessoa humana e indispensável à realização dos direitos consagrados na Constituição Federal, devendo o poder público adotar as políticas e ações que se façam necessárias para promover e garantir a segurança alimentar e nutricional da população.

40. Com efeito, não só no Brasil mas também na Europa há uma preocupação acentuada quanto à segurança alimentar, estando a proteção à determinadas relações de consumo intimamente ligadas à essa vertente. Como lembra Ana Carolina Hasse de Moraes “a União Europeia tem como uma de suas prioridades a proteção à saúde e à vida dos seus cidadãos” (*Revista Luso-brasileira de Direito de Consumo*. Vol. II. n. 03. Setembro de 2012. #7. Curitiba: Edit. JM., 2012. p. 197).

41. Nesse compasso, registra que “o consumidor, tanto o brasileiro quanto o europeu, deve ter o direito de acesso a uma alimentação saudável, de qualidade diversificada”. Vale dizer, “devem ter direito ao acesso a alimentos nutricionalmente apropriados, *assim como seguros quanto à sua qualidade*, de modo que possam ter uma vida sustentável, ou seja, livre de doenças” (Ob. cit. p. 206).

42. Em conclusão,

[...] os alimentos que consumimos devem se achar disponíveis de maneira que haja uma preocupação em relação à existência de qualidade e segurança nos mesmos ainda que produzidos ou importados, tanto no âmbito internacional quanto local. Consiste em direito fundamental o acesso à alimentação, estabelecido no Declaração Universal dos Direitos Humanos. Deve, portanto, o poder público criar políticas e ações que tenham por finalidade assegurar e promover a segurança alimentar em seu país (Ob. cit. 207).

43. Assim, uma vez verificada a ocorrência de *defeito* no produto, a afastar a incidência exclusiva do art. 18 do CDC à espécie (o qual permite a reparação do prejuízo material experimentado), inafastável é o dever do fornecedor de reparar também o dano extrapatrimonial causado ao consumidor, fruto da exposição de sua saúde e segurança à risco concreto.

## **2. Violação ao 944, parágrafo único, do CC/2002 – revisão do valor da compensação por danos morais.**

44. A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que a modificação do valor fixado a título de danos morais somente é permitida quando a quantia estipulada for irrisória ou exagerada, o que não está caracterizado neste processo. Incidência do Enunciado n. 7 da Súmula-STJ.

Forte nessas razões, *nego provimento* ao recurso especial.

### **VOTO**

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Sr. Presidente, peço vênias, mas entendo que dano moral se aprecia caso a caso. Não importa o risco potencial. Fosse assim, teríamos que condenar todo fabricante de armas porque a arma, em tese, pode ser utilizada para um fim que não é o seu habitual. Então, não vejo possibilidade de se aplicar dano moral com risco potencial, *data venia* da doutrina. Aliás, a questão da dignidade humana não tem nada com o contexto que se colocou. Não há intenção aqui de se ferir a dignidade humana. O que houve, na realidade, se não implantaram esse réptil dentro da Coca-Cola, foi um descuido que, realmente, tem de ser reparado no dano material. Agora, se a garrafa tivesse sido pelo menos aberta, se tivessem colocado o líquido no copo. Todavia, a pessoa viu que a garrafa estava com defeito. Do mesmo modo, se chego diante de uma gôndola de supermercado e pego algum produto que está

vencido, digo que não quero e vou pegar outro. Não há condenação por dano moral em razão disso.

Penso que houve uma infelicidade da Coca-Cola, do bar ou do supermercado que vendeu. Poderiam ter trocado o produto e acabado com tudo imediatamente.

Sr. Presidente, Srs. Ministros, acredito que, não tendo sido aberta a garrafa e consumida a bebida, o simples repúdio à situação causa desconforto, mas não dano moral, que pode ser definido como sofrimento, constrangimento enorme, e não qualquer dissabor.

Dissabores não dão azo a condenação por dano moral. É preciso que a pessoa se sinta realmente ofendida, realmente constrangida com profundidade no seu íntimo, e não que tenha um simples mal-estar.

Entendo que a questão da dignidade humana não está posta em xeque, não houve nenhum atentado à dignidade humana. O que se discute é esse dissabor, que poderia ter sido resolvido com a troca da garrafa. Deve-se levar mais adiante e se dar uma indenização pecuniária por causa disso, por um mero dissabor?

Portanto, peço vênha para *dar provimento ao recurso especial e afastar o dano moral*.

#### VOTO-VISTA (VENCIDO)

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva: Trata-se de recurso especial interposto pela *Coca Cola Industrias Ltda.*, com arrimo no artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim ementado:

*Responsabilidade civil. Indenização. Dano moral. Materiais biológicos (fungos) encontrados no interior da garrafa de refrigerante. Apelo contra sentença de parcial procedência. Alegação de não ter chegado a ser consumida a bebida. Irrelevância. Indeniza-se a mera potencialidade, mesmo que produto alimentício contaminado (com um inseto dentro), não chegue a ser ingerida pela consumidora. Indenização devida e fixada no equivalente a 20 salários mínimos, vigentes a época do efetivo pagamento. Invertidos os ônus do sucumbimento. Sentença reformada. Apelo parcialmente provido.*

Em suas razões, a sociedade empresarial recorrente aponta a violação dos artigos 12 do Código de Defesa do Consumidor e 944, parágrafo único, do

Código Civil, bem como dissídio jurisprudencial, sustentando, em síntese, que “a sensação de nojo e asco noticiada na exordial por ter a Recorrida encontrado corpo estranho em garrafa de refrigerante, cujo conteúdo sequer foi consumido, não é capaz de trazer qualquer sofrimento moral, que deva ser mitigado pela pecúnia da Recorrente. Com efeito, tal situação nada mais é do que mero aborrecimento que não enseja, *data venia*, qualquer constrangimento” (fl. 276).

A insigne Ministra Nancy Andrichi, relatora do processo, em meticoloso voto, negou provimento ao recurso.

Iniciados os debates, observada a jurisprudência até então construída no âmbito desta Corte, pedi vista dos autos para melhor exame da controvérsia.

Noticiam os autos que a autora, ora recorrida, adquiriu uma garrafa de refrigerante e, ao reunir-se para um almoço com familiares e amigos, notou a presença de um corpo estranho dentro do recipiente da bebida que, por esse motivo, não foi servida na ocasião.

O incidente ensejou o ajuizamento de ação de reparação por danos materiais e morais, cujo pedido foi provido para fixar a indenização em montante equivalente a 20 (vinte) salários-mínimos.

O dano material é incontroverso, remanescendo apenas a discussão a propósito dos danos morais.

A questão é polêmica e já foi objeto de várias discussões no âmbito desta Corte, prevalecendo atualmente a orientação no sentido de não reconhecer a ocorrência de dano nas hipóteses em que o alimento contaminado não foi efetivamente consumido.

Segundo precedente pioneiro a respeito do tema, “a indenização por dano moral objetiva atenuar o sofrimento, físico ou psicológico, decorrente do ato danoso, que atinge aspectos íntimos e sociais da personalidade humana. Na presente hipótese, a simples aquisição do produto danificado, uma garrafa de refrigerante contendo um objeto estranho no seu interior, sem que se tenha ingerido o seu conteúdo, não revela, a meu ver, o sofrimento descrito pelos recorrentes como capaz de ensejar indenização por danos morais” (AgRg no Ag n. 276.671-SP, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, DJ 8.5.2000).

Na mesma oportunidade, restou também consagrado o entendimento de que “a constatação de existência de prática infrativa pelo fornecedor não enseja, necessariamente, o pagamento de indenização por danos morais”, posição que,

talvez, seja ainda mais importante para a solução da controvérsia, especialmente porque nota-se hodiernamente uma tendência à exasperação do espectro do ilícito civil, tanto para albergar hipóteses que não justificam a atuação jurisdicional, quanto para legitimar a imposição de sanções de cunho civil incompatíveis com o nosso ordenamento jurídico, que não prevê as denominadas *punitive damages*.

O sistema aberto de quantificação das reparações civis adotado no Brasil, modernamente influenciado pela denominada *Teoria do Valor do Desestímulo*, tem como característica essencial a avaliação do caráter pedagógico da indenização sob o enfoque do caso concreto, da hipótese objetivamente considerada, distinguindo-se, nesse aspecto, do sobredito sistema de indenizações punitivas, em que o olhar do julgador é direcionado para um dano atual considerado em sua perspectiva abstrata e futura.

Sobre o tema, Maria Celina Bodin de Moraes, conquanto admita excepcionalmente a aplicação no Brasil da figura da indenização punitiva, “quando for imperioso dar uma resposta à sociedade, isto é, à consciência coletiva, ou, ainda, quando se der o caso, não incomum, de prática danosa reiterada”, e bem assim “na reparação do dano moral para situações potencialmente causadoras de lesões a um grande número de pessoas, como ocorre nos direitos difusos”, assinala que se requer “a manifestação do legislador tanto para delinear as extremas do instituto, quanto para estabelecer as garantias processuais respectivas, necessárias sempre que se trate de um juízo de punição” (*in* MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003).

Da mesma forma, observa-se um exagero na horizontalização de determinados princípios de índole constitucional (eficácia horizontal) para atingir situações da vida cotidiana que não justificam sequer a atuação do Poder Judiciário. Hipóteses em que a atuação jurisdicional, desafiando a sua primordial função de pacificação social, ao revés, estimula a proliferação de novas lides tendo como pano de fundo questões que não produzem qualquer impacto na dimensão coletiva das relações de consumo.

Não se nega a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, mas é preciso observar que os conflitos de interesses devem ser solucionados à luz da harmonização, com o amparo dos princípios, igualmente constitucionais, da proporcionalidade e da razoabilidade.

E é exatamente essa a dificuldade do caso. Harmonizar o sofisticado sistema de proteção da sociedade de consumo com a realidade dos processos econômicos e das práticas comerciais vigentes para se buscar um equilíbrio jurídico entre o que é juridicamente relevante e o que, de fato, é normal ou tolerável e, portanto, não merece a proteção do Direito.

Sob esse prisma, ganha relevo a constatação de que, na maioria dos casos como o presente, não é possível saber em qual o momento o alimento foi contaminado, em quais circunstâncias e, o fundamental, se houve interferência de agentes externos, alheios ao processo de produção, distribuição e comercialização desses produtos.

Não é outro o motivo pela qual esta Corte já afastou a pretensão reparatória em hipótese que o produto foi consumido fora do prazo de validade.

A propósito:

Recurso especial. Ação de indenização por danos morais. Bombons. Larvas. Existência. Produto consumido após a data de validade. Rompimento do nexo de causalidade. Exigência. Garantia do produto. Segurança e qualidade. Código de Defesa do Consumidor. Prazo. Estudos biológicos e químicos. Validade determinada pelo fabricante. Recurso improvido.

I - Ainda que as relações comerciais tenham o enfoque e a disciplina determinadas pelo Código de Defesa do Consumidor, tal circunstância não afasta, para fins de responsabilidade civil, o requisito da existência de nexo de causalidade, tal como expressamente determina o artigo 12, § 3º e incisos, do Código de Defesa do Consumidor.

II - O fabricante ao estabelecer prazo de validade para consumo de seus produtos, atende aos comandos imperativos do próprio Código de Defesa do Consumidor, especificamente, acerca da segurança do produto, bem como a saúde dos consumidores. O prazo de validade é resultado de estudos técnicos, químicos e biológicos, a fim de possibilitar ao mercado consumidor, a segurança de que, naquele prazo, o produto estará em plenas condições de consumo.

III - Dessa forma, na oportunidade em que produto foi consumido, o mesmo já estava com prazo de validade expirado. E, essa circunstância, rompe o nexo de causalidade e, via de consequência, afasta o dever de indenizar.

IV - Recurso especial improvido. (REsp n. 1.252.307-PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 7.2.2012, DJe 2.8.2012).

Por outro lado, não se pode esquecer do aspecto tecnológico das embalagens alimentícias. No caso específico dos refrigerantes, verifica-se que os

recipientes que recebem a bebida são padronizados e guardam, na essência, os mesmos atributos e qualidades no mundo inteiro. São invólucros que possuem bastante resistência mecânica, suportam razoável pressão e carga, mostrando-se adequados para o armazenamento e transporte da bebida em condições normais, essas consideradas até muito além das ideais.

Nesse panorama, não se vislumbra o perigo latente enfaticamente destacado no voto condutor. Não se confirma um sistemático defeito de segurança capaz de colocar em risco a incolumidade da sociedade de consumo, a culminar no desrespeito à dignidade da pessoa humana, o desprezo à saúde pública e, muito menos, o descaso com a segurança alimentar.

O episódio trazido a esta Corte denota, ao contrário, hipótese pontual, excepcional, que não conduz, necessariamente, às conclusões esposadas no muito bem lançado voto inaugural, mas bem traduz situação sem relevância no aspecto coletivo do Direito do Consumidor, esvaziando essa dimensão informadora do subsistema das relações de consumo.

Para essas situações, entende-se que o aparato estatal, por meio de suas competências, dos órgãos reguladores e fiscalizadores, de saúde e sanitários, se mostra capaz de coibir abusos, por meio da fiscalização da atividade econômica e com a possibilidade de aplicação de sanções administrativas.

Talvez, por isso, isto é, (i) por entender que não há motivo para extrapolar o âmbito individual da reparação pleiteada em casos tais, (ii) que não se justifica a litigiosidade na maioria dessas hipóteses, (iii) que a tecnologia envolvida e empregada atualmente pelo fornecedor atende aos anseios da sociedade de consumo e, finalmente (iv) que a expectativa do consumidor em sua dimensão plural é atendida, é que prevalece ainda nesta Corte a compreensão de que, não tendo havido o efetivo consumo do produto, ainda que parcial, não se reconhece o dano moral indenizável.

Nesse sentido, destacam-se os seguintes precedentes:

Agravo regimental. Responsabilidade civil. Análise da ingestão do alimento impróprio. Súmula n. 7-STJ. Dano moral inexistente. Súmula n. 83-STJ.

1. A revisão do acórdão, que concluiu pela ausência de ingestão de alimento impróprio para consumo, demanda o incursionamento na matéria fático-probatória. Incidência do enunciado da Súmula n. 7-STJ.

2. Segundo a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, a ausência de ingestão de produto impróprio para o consumo, por força da presença de objeto estranho, não acarreta dano moral apto a ensejar reparação. Incidência da Súmula n. 83-STJ.

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp n. 1.305.512-SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 20.6.2013, DJe 28.6.2013, grifou-se).

Recurso especial. Responsabilidade civil. Aquisição de refrigerante contendo inseto. Dano moral. Ausência.

1. A simples aquisição de refrigerante contendo inseto em seu interior, sem que seu conteúdo tenha sido ingerido ou, ao menos, que a embalagem tenha sido aberta, não é fato capaz de, por si só, de provocar dano moral.

2. “O mero dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige” (AgRgREsp n. 403.919-RO, Quarta Turma, Relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 23.6.2003).

3. Recurso especial conhecido e provido. (REsp n. 747.396-DF, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 9.3.2010, DJe 22.3.2010)

Agravo regimental. Recurso especial não admitido. Dano moral não caracterizado. Aquisição de produto danificado.

1. A indenização por dano moral objetiva atenuar o sofrimento, físico ou psicológico, decorrente do ato danoso, que atinge aspectos íntimos e sociais da personalidade humana. Na presente hipótese, a simples aquisição do produto danificado, uma garrafa de refrigerante contendo um objeto estranho no seu interior, sem que se tenha ingerido o seu conteúdo, não revela, a meu ver, o sofrimento descrito pelos recorrentes como capaz de ensejar indenização por danos morais.

2. O artigo 12 do Decreto n. 2.181/1997 mostra-se impertinente para sustentar a tese recursal, já que a constatação de existência de prática infrativa pelo fornecedor não enseja, necessariamente, o pagamento de indenização por danos morais.

3. Agravo regimental improvido. (AgRg no Ag n. 276.671-SP, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 4.4.2000, DJ 8.5.2000)

Agravo regimental. Agravo em recurso especial. Ingestão de barra de cereal contendo ovos e lagarta morta. Danos morais. Ausência de omissões no acórdão. Prova pericial. Reexame do conjunto fático-probatório. Impossibilidade. Súmula 7-STJ. Ausência de similitude fática. Dissídio jurisprudencial não comprovado. Decisão agravada mantida. Improvimento.

(...)

4.- A intervenção do STJ, Corte de caráter nacional, destinada a firmar interpretação geral do Direito Federal para todo o país e não para a revisão de questões de interesse individual, no caso de questionamento do valor fixado

para o dano moral, somente é admissível quando o valor fixado pelo Tribunal de origem, cumprindo o duplo grau de jurisdição, se mostre teratológico, por irrisório ou abusivo.

5.- Inocorrência de teratologia no caso concreto, em que foi fixado o valor de indenização em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), devido pelo ora Agravante à autora, a título de *danos morais decorrentes de ingestão de alimento contaminado por ovos e larvas de inseto*.

(...).

8.- Agravo Regimental improvido. (AgRg no AREsp n. 409.048-RJ, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 26.11.2013, DJe 9.12.2013, grifou-se)

Direito Processual Civil e do Consumidor. Recurso adesivo. Admissibilidade. Requisitos. Aquisição de alimento com inseto dentro. Ingestão pelo consumidor. Dano moral. Existência. Valor. Revisão pelo STJ. Possibilidade, desde que irrisório ou exorbitante.

(...)

3. A aquisição de lata de leite condensado contendo inseto em seu interior,  *vindo o seu conteúdo a ser parcialmente ingerido pelo consumidor, é fato capaz de provocar dano moral indenizável.*

4. A revisão da condenação a título de danos morais somente é possível se o montante for irrisório ou exorbitante. Precedentes.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido. Recurso adesivo não conhecido. (REsp n. 1.239.060-MG, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 10.5.2011, DJe 18.5.2011, grifou-se)

Processual Civil. Direito Civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Responsabilidade civil. Aquisição de barra de chocolate contendo corpo estranho. Pedacos de borracha. Prova do nexos de causalidade e do dano moral. Súmula n. 7-STJ.

(...).

2. No caso concreto, a análise das razões apresentadas pela recorrente, quanto à insuficiência das provas da existência do nexos de causalidade e do dano moral, demandaria o reexame do conjunto fático-probatório.

3. O Tribunal de origem entendeu configurados o nexos de causalidade e o dano moral e destacou que o laudo pericial forneceu a *“necessária verossimilhança à versão do autor, pois indica a existência de três pedacos de borracha na barra de chocolate por ele adquirida e parcialmente consumida”*.

4. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de reconhecer a possibilidade de lesão à honra subjetiva decorrente da aquisição de alimentos e bebidas contendo objeto estranho.

5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp n. 38.957-SP, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 6.11.2012, DJe 13.11.2012, grifou-se)

*Embargos de declaração no agravo regimental no recurso especial. Não apreciação do pedido de redução do quantum indenizatório a que fora condenada. Pretensão que esbarra no óbice da Súmula n. 7-STJ. Montante arbitrado com razoabilidade pelo Tribunal de origem pelos **danos morais sofridos decorrentes da fratura de dentes do consumidor após morder peça metálica contida em alimento** fabricado pela ré. Embargos declaratórios conhecidos e rejeitados. (EDcl no AgRg no REsp n. 1.220.998-SP, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 20.9.2012, DJe 26.9.2012, grifou-se).*

Diante do exposto, divergindo do laborioso voto desenvolvido pela ilustre relatora, dou parcial provimento ao recurso especial para afastar o dano moral fixado na hipótese, mantendo-se a condenação aos danos materiais reconhecida pela sentença de mérito, fixando os honorários advocatícios em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), a cargo da sociedade empresarial parcialmente sucumbente.

É como voto.

#### **VOTO (CONCORDANTE COM O VOTO DA RELATORA)**

O Sr. Ministro Sidnei Beneti: 1.- Meu voto acompanha o voto da E. Relatora, Min. *Nancy Andrigbi*, manifestando, embora, o maior respeito pelo entendimento divergente, inaugurado pelo voto do E. Min. *João Otávio de Noronha* e seguido pelo voto do E. Min. *Ricardo Villas Boas Cuevas*.

2.- O cerne da dissensão localiza-se na aptidão ou não de produzir dano moral (o dano material foi reconhecido) o produto defeituoso (CDC, art. 12), consistente em existência, em garrafa de refrigerante, que não chegou a ser ingerido, de corpo estranho, que de início “aparentava ser um feto”, e ulteriormente, com exame mediante o uso de uma lupa, ter-se-ia constatado ser “algo semelhante a uma lagartixa ou, ainda, pedaços de pele humana” – fato tornado seguro, ante a dupla-conforme estabelecida pela Justiça Estadual, visto que fato reconhecido pela sentença e pelo Acórdão.

A configuração de dano moral deve ser reconhecida, pois o único ponto ora controvertido, isto é, a aptidão ou não à configuração de dano moral no caso de não-ingestão do refrigerante, deve nortear a conclusão positiva em prol do consumidor.

3.- Evidente o dano moral. Não é porque o refrigerante se destine à ingestão e esta não tenha sido realizada que se conclua pela inexistência de nexo de causalidade com dano moral, visto que a sensação de grave padecimento psicológico resulta não apenas do ingresso no corpo físico do consumidor no ato da ingestão, mas, ao contrário, mesma sensação de grave sofrimento psicológico, como é da experiência comum, decorre da apreensão psíquica por intermédio dos órgãos do sentido em geral, entre os quais o da visão.

Com efeito, a sensação de repugnância, evidente a ponto de ser acaciano demonstrar, ingressa na representação psíquica do ser humano dotado de sensibilidade normal, cujo psiquismo “representa” a imagem da ingestão, psiquicamente realizando-a, com as consequências da sensação de asco, repugnância e rejeição, ou seja, já se configurando o sofrimento moral.

A tese, aliás, resulta de resposta a simples pergunta: - Quem, após a sensação visual de existência de um corpo estranho “parecendo ser um feto” no interior da garrafa de refrigerante, em seguida o ingeriria, ou, mesmo, em seguida ingeriria sem má sensação o conteúdo de outro idêntico refrigerante?

4.- Em outra ordem de considerações, o reconhecimento de direito a indenização por dano moral em produto como o refrigerante em causa é relevante dado o sentido pedagógico tão necessário à defesa do consumidor – que se nutre exatamente da prevenção geral, ou seja, da sensação civilizatória, por parte do fornecedor, de que deve zelar à exaustão pela inexistência de defeitos no produto, a fim de não lesar o consumidor, visto que inimaginável bastasse apenas a prevenção especial em cada caso concreto, de que resultaria indenização irrisória pautada pelo ressarcimento do dano material em valor idêntico à modicidade do produto.

O caráter pedagógico da conclusão indenizatória recomenda a procedência da ação por dano moral – sem prejuízo, contudo, de expressamente consignar-se, no presente voto, que, como é da experiência da vida diária, normalmente irrepreensível a boa qualidade dos produtos da fornecedora ora Recorrente.

Esse caráter pedagógico, por outro lado, avulta se se considerar o raciocínio “a contrario sensu”, isto é, atentando-se a que, da exculpação de um caso, pode-se criar precedente que venha a abrir largo caminho à irresponsabilização de outros e, conseqüentemente, à queda do grau de cuidado pela qualidade de produtos assemelhados, o que deve, a todo o custo, ser desestimulado, em lugar de indiretamente incrementado.

5.- Pelo meu voto, pois, acompanhando o voto da E. Relatora, nega-se provimento ao Recurso Especial, nos termos de referido voto.

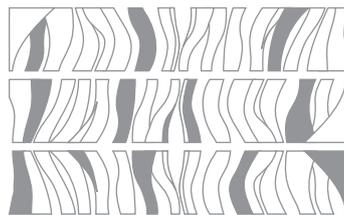
## VOTO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: Sr. Presidente, com a vênua da divergência, acompanho integralmente o voto da eminente Relatora.

Penso que, realmente, basta esse tipo de resíduo (fungos) para caracterização do dano moral. A potencialidade do consumo já fere a segurança legitimamente esperada pelo consumidor. Houve, no mínimo, uma falha de higienização da garrafa de refrigerante. E não é necessário que a pessoa venha a consumir para realmente sentir todo o asco da possibilidade de provar um refrigerante contaminado.

Nego provimento ao recurso especial.





---

**Quarta Turma**



---

**RECURSO ESPECIAL N. 678.497-RJ (2004/0098630-4)**

---

Relator: Ministro Raul Araújo  
Recorrente: Marina Pontes Macacchero  
Advogado: Bruno Vianna de Castro Teixeira  
Recorrido: Tatiana Dantas Nery  
Advogado: Pedro Gama da Costa

---

**EMENTA**

Recurso especial. Propriedade industrial. Nome artístico. Proteção a direito da personalidade (CC/1916, art. 74; CC/2002, arts. 11, 12 e 19). Ausência de prequestionamento (Súmula n. 211-STJ). Grupo musical. Nome artístico e título genérico. Distinção. Registro como marca. Possibilidade (Lei n. 9.279/1996, arts. 122, 124, XVI, e 129). Proteção devida. Dissídio jurisprudencial. Ausência de confronto analítico. Recurso desprovido.

1. A designação de grupo musical por título genérico não se confunde com aquela por pseudônimo, apelido notório ou nome artístico singular ou coletivo, esses quatro últimos utilizados por pessoas físicas para se apresentarem no meio artístico, identificando-se como artistas. Para pseudônimo, apelido notório e nome artístico singular ou coletivo são assegurados atributos protetivos inerentes à personalidade, inclusive a necessidade de prévio consentimento do titular como requisito para o registro da marca (Lei n. 9.279/1996, art. 124, XVI).

2. No caso de distinção de grupo artístico por título genérico, essa designação não identifica, nem se reporta, propriamente às pessoas que compõem o conjunto, de modo que a impessoalidade permite até que os integrantes facilmente possam ser substituídos por outros sem que tal implique modificação essencial que prejudique a continuidade do grupo artístico. Por isso, não se pode falar em direito da personalidade nessa hipótese, como sucede no caso em debate.

3. Nesse contexto, diversamente do que entende a recorrente, a proteção relativa à designação, por título genérico, de banda ou grupo

musical se subsume às regras da propriedade industrial, pois se trata de objeto suscetível de ampla possibilidade de registro como marca, a teor do art. 122 da Lei n. 9.279/1996.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

### ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por unanimidade, conhecer em parte do recurso especial e, nessa parte, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. 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), 20 de fevereiro de 2014 (data do julgamento).

Ministro Raul Araújo, Relator

---

DJe 17.3.2014

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Raul Araújo: Cuida-se de recurso especial interposto por *Marina Pontes Macacchero*, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, em face de acórdão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado:

*Obrigação de fazer. Dano moral. Conjunto musical. Nome artístico.* Sendo certo que conforme a prova dos autos que o nome da marca "Pancake" criado pela apelante, foi registrado pela apelada no INPI (fls. 103), com a publicação de sua viabilidade na Revista do INPI (fls. 104), sem a apresentação de qualquer oposição. A apelada com o registro passou a ser a legítima detentora da marca, conferindo-lhe o direito de utilizar o nome registrado com exclusividade. *Improvemento ao recurso.* (fl. 258)

Opostos embargos de declaração pela recorrente, foram rejeitados nos termos do acórdão de fls. 267-269.

No especial, aponta a recorrente, em suas razões, violação aos arts. 122 e 124, XVI, da Lei n. 9.279/1996, bem como ao art. 74 do Código Civil de 1916 e aos arts. 11, 12 e 19 do Código Civil atual.

Sustenta não estar o nome artístico submetido à legislação marcária, mas sim à proteção conferida aos direitos da personalidade, não se aplicando, à espécie, o Código de Propriedade Industrial (Lei n. 9.279/1996). Ainda que se admitisse a incidência da legislação referida, o art. 124, XVI, da Lei n. 9.279/1996 somente permite ao próprio artista titular do nome artístico que o registre como marca, de modo a facilitar a divulgação e venda de obra. No caso, entretanto, a recorrida jamais foi a titular do nome artístico “Pancake”, razão pela qual não poderia tê-lo registrado, sem autorização da titular.

Entende equivocada a conclusão do Tribunal *a quo* no sentido de que o direito de personalidade somente “envolve pessoa e não nome de conjunto ou banda”, ressaltando ser o nome artístico uma emanção da personalidade do artista titular desse nome.

Afirma, de outra parte, não exigir a Lei de Direitos Autorais o registro da obra artística para que se lhe seja dada proteção, decorrendo a preservação do próprio uso. Entende, assim, que a aquisição do direito ao nome artístico ocorre com o primeiro uso em público. Nesse sentido, o aresto recorrido viola o art. 74 do Código Civil de 1916 ao deferir a proteção a quem não detinha o nome.

Apona ademais, a existência de flagrante má-fé na conduta da recorrida, pois não somente copiou o nome artístico, como também a ideia de formação de uma banda unicamente com mulheres músicas, registrando o nome como marca e notificando os legítimos detentores extrajudicialmente. Diz ser a própria Corte de origem quem reconhece que a recorrida “(...) apropriou-se do nome da banda.”

Destaca estar o termo “Pancake” registrado como marca no INPI não somente pela recorrida, como também por terceiros, o que, porém, não obsta o uso do nome artístico, pois as áreas de atuação são distintas.

Esclarece que, ao se permitir o registro de nome artístico como marca, o acórdão violou o art. 122 da Lei n. 9.279/1996, legitimando a apropriação indevida desse nome.

Ressalta não pretender a desconstituição do registro feito pela recorrida, mas somente a cessação do uso da palavra “Pancake” na área musical.

Assevera ter o Código Civil atual positivado a proteção do nome artístico em seus arts. 11, 12 e 19.

Resume o litígio à seguinte questão: “Pode a Recorrida registrar como marca o nome artístico da Recorrente e utilizar esse (mesmo) nome - e não a

marca, pois é através do nome artístico que o artista se apresenta publicamente, e não através da marca - na mesma área de atuação da Recorrente?” (fl. 285)

Aponta como paradigma acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - AGI n. 599251659, julgado em 11.8.1999.

Requer sejam julgados procedentes os pedidos iniciais.

Não foram apresentadas contrarrazões - fl. 302.

O recurso ascendeu a esta Corte por força de juízo positivo de admissibilidade (fls. 303-306).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Raul Araújo (Relator): Por Marina Pontes Macacchero foi proposta ação ordinária de obrigação de não fazer, com pedido de antecipação de tutela, em face de Tatiana Dantas Nery, afirmando ter fundado, juntamente com uma amiga, em 1996, a banda musical denominada “Pancake”, grupo que alcançou fama até mesmo fora do Brasil, tendo existência pública, notória e continuada. Em 2001, porém, diz ter sido surpreendida com o aparecimento de uma nova banda com o mesmo nome da que criara, atuando para igual tipo de público e também formada somente por mulheres. Requereu, em vista disso, fosse antecipada a tutela de mérito para que se determinasse a imediata cessação do uso do nome artístico “Pancake”, providência a ser definitivamente confirmada na sentença, com a condenação da ré ao pagamento de danos morais, a serem arbitrados pelo juízo.

O pedido de antecipação de tutela foi indeferido e a ação foi julgada improcedente, com a condenação da autora ao pagamento de honorários advocatícios no montante de R\$ 500,00 (quinhentos reais - fls. 212-214), consignando o juízo de piso:

Resta comprovado que a Autora fundou a banda “Pancakes” no ano de 1996, não significando a paralisação momentânea de suas atividades a renúncia à marca comercial.

Entretanto, a Ré apropriou-se do nome da banda, ambas operando no mesmo segmento, registrando o nome no IPI, tendo sido publicada sua viabilidade, sem a apresentação de qualquer oposição, de modo que ela passou a ser a legítima detentora da marca que, como se sabe, constitui sinal distintivo de mercadorias, produtos e serviços, de outro idênticos ou semelhantes, na classe correspondente

à sua atividade, surgindo seu direito com o registro realizado, atendidas as disposições pertinentes do Código de Propriedade Industrial, conferindo à Ré o direito de utilizá-los com exclusividade, em todo o Território Nacional, e impedir sua utilização por terceiros.

Em sendo assim, inexistente ilícito a resultar no direito ao recebimento de qualquer indenização. (fl. 214)

Interposta apelação pela recorrente, foi desprovida pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Passa-se ao exame do recurso especial.

### **I - Da violação ao art. 74 do Código Civil de 1916 e aos arts. 11, 12 e 19 do Código Civil atual**

Preliminarmente, verifica-se que as matérias contidas no art. 74 do Código Civil de 1916 e nos arts. 11, 12 e 19 do Código Civil atual, referentes às regras para aquisição de direitos, bem como à intransmissibilidade e irrenunciabilidade dos direitos da personalidade, à possibilidade de se exigir a cessação de ameaça ou lesão a esses, além da questão da proteção ao pseudônimo como se nome fosse, não foram debatidas pelo col. Tribunal de origem, apesar da oposição de embargos de declaração. Cabia à recorrente alegar violação ao art. 535 do Estatuto Processual Civil, sob pena de atrair a censura da Súmula n. 211-STJ.

Na realidade, no que concerne à matéria relativa a direitos da personalidade, a col. Corte fluminense cingiu-se a afirmar sua inaplicabilidade ao caso em debate, como se extrai do seguinte trecho do acórdão recorrido, *verbis*:

Com relação ao direito da personalidade alegado pela recorrente, não é o caso dos autos, pois este envolve pessoa e não nome de conjunto ou banda. (fl. 260)

### **II - Da violação aos arts. 122 e 124, XVI, da Lei n. 9.279/1996**

Os dispositivos invocados têm a seguinte redação;

*Art. 122. São suscetíveis de registro como marca os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais.*

*Art. 124. Não são registráveis como marca:*

I - brasão, armas, medalha, bandeira, emblema, distintivo e monumento oficiais, públicos, nacionais, estrangeiros ou internacionais, bem como a respectiva designação, figura ou imitação;

II - letra, algarismo e data, isoladamente, salvo quando revestidos de suficiente forma distintiva;

III - expressão, figura, desenho ou qualquer outro sinal contrário à moral e aos bons costumes ou que ofenda a honra ou imagem de pessoas ou atente contra liberdade de consciência, crença, culto religioso ou idéia e sentimento dignos de respeito e veneração;

IV - designação ou sigla de entidade ou órgão público, quando não requerido o registro pela própria entidade ou órgão público;

V - reprodução ou imitação de elemento característico ou diferenciador de título de estabelecimento ou nome de empresa de terceiros, suscetível de causar confusão ou associação com estes sinais distintivos;

VI - sinal de caráter genérico, necessário, comum, vulgar ou simplesmente descritivo, quando tiver relação com o produto ou serviço a distinguir, ou aquele empregado comumente para designar uma característica do produto ou serviço, quanto à natureza, nacionalidade, peso, valor, qualidade e época de produção ou de prestação do serviço, salvo quando revestidos de suficiente forma distintiva;

VII - sinal ou expressão empregada apenas como meio de propaganda;

VIII - cores e suas denominações, salvo se dispostas ou combinadas de modo peculiar e distintivo;

IX - indicação geográfica, sua imitação suscetível de causar confusão ou sinal que possa falsamente induzir indicação geográfica;

X - sinal que induza a falsa indicação quanto à origem, procedência, natureza, qualidade ou utilidade do produto ou serviço a que a marca se destina;

XI - reprodução ou imitação de cunho oficial, regularmente adotada para garantia de padrão de qualquer gênero ou natureza;

XII - reprodução ou imitação de sinal que tenha sido registrado como marca coletiva ou de certificação por terceiro, observado o disposto no art. 154;

XIII - nome, prêmio ou símbolo de evento esportivo, artístico, cultural, social, político, econômico ou técnico, oficial ou oficialmente reconhecido, bem como a imitação suscetível de criar confusão, salvo quando autorizados pela autoridade competente ou entidade promotora do evento;

XIV - reprodução ou imitação de título, apólice, moeda e cédula da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios, dos Municípios, ou de país;

XV - nome civil ou sua assinatura, nome de família ou patronímico e imagem de terceiros, salvo com consentimento do titular, herdeiros ou sucessores;

XVI - *pseudônimo ou apelido notoriamente conhecidos, nome artístico singular ou coletivo, salvo com consentimento do titular, herdeiros ou sucessores;*

XVII - obra literária, artística ou científica, assim como os títulos que estejam protegidos pelo direito autoral e sejam suscetíveis de causar confusão ou associação, salvo com consentimento do autor ou titular;

XVIII - termo técnico usado na indústria, na ciência e na arte, que tenha relação com o produto ou serviço a distinguir;

XIX - reprodução ou imitação, no todo ou em parte, ainda que com acréscimo, de marca alheia registrada, para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, suscetível de causar confusão ou associação com marca alheia;

XX - dualidade de marcas de um só titular para o mesmo produto ou serviço, salvo quando, no caso de marcas de mesma natureza, se revestirem de suficiente forma distintiva;

XXI - a forma necessária, comum ou vulgar do produto ou de acondicionamento, ou, ainda, aquela que não possa ser dissociada de efeito técnico;

XXII - objeto que estiver protegido por registro de desenho industrial de terceiro; e

XXIII - sinal que imite ou reproduza, no todo ou em parte, marca que o requerente evidentemente não poderia desconhecer em razão de sua atividade, cujo titular seja sediado ou domiciliado em território nacional ou em país com o qual o Brasil mantenha acordo ou que assegure reciprocidade de tratamento, se a marca se destinar a distinguir produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, suscetível de causar confusão ou associação com aquela marca alheia.

Merece transcrição também, extraído da mesma Lei, o art. 129:

Art. 129. *A propriedade da marca adquire-se pelo registro validamente expedido, conforme as disposições desta Lei, sendo assegurado ao titular seu uso exclusivo em todo o território nacional, observado quanto às marcas coletivas e de certificação o disposto nos arts. 147 e 148.*

§ 1º *Toda pessoa que, de boa fé, na data da prioridade ou depósito, usava no País, há pelo menos 6 (seis) meses, marca idêntica ou semelhante, para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, terá direito de precedência ao registro.*

§ 2º O direito de precedência somente poderá ser cedido juntamente com o negócio da empresa, ou parte deste, que tenha direta relação com o uso da marca, por alienação ou arrendamento.

Vale ressaltar, de início, que a designação de grupo musical por título genérico (p. ex.: Banda Eva) não se confunde com pseudônimo (p. ex.: Patativa do Assaré), apelido notório (p. ex.: Cazuza) ou nome artístico singular (p. ex.:

Roberto Carlos) ou coletivo (p. ex.: Alvarenga e Ranchinho), esses quatro últimos utilizados por pessoas físicas para se apresentarem no meio artístico, identificando-se como artistas. Para pseudônimo, apelido notório e nome artístico singular ou coletivo são assegurados atributos protetivos inerentes à personalidade, inclusive a necessidade de prévio consentimento do titular como requisito para o registro da marca (Lei n. 9.279/1996, art. 124, XVI).

No caso de designação de grupo artístico por título genérico, a designação não identifica, nem se reporta, propriamente às pessoas que compõem o conjunto, de modo que a impessoalidade permite até que os integrantes facilmente possam ser substituídos por outros sem que isso implique modificação essencial que prejudique a continuidade do grupo artístico. Por isso, não se pode falar em direito da personalidade nessa hipótese, como sucede no caso em debate, como bem decidiu a Corte Estadual.

Sobre o tema, a lição de **Marlon Tomazette**:

O nome civil integra a personalidade da pessoa natural, a individualiza e indica a sua procedência familiar. No Brasil, usam-se o prenome (identifica o indivíduo) e o apelido de família, patronímico (sobrenome) para essa identificação. O direito ao nome é um direito de personalidade, permitindo distinguir um indivíduo do outro. Não há como se garantir a exclusividade de um nome - não há como proibir a homonímia -, mas é indiscutível que os nomes devem ser protegidos como direito da personalidade.

A mesma proteção também deve ser atribuída aos *pseudônimos* ou *apelidos* notoriamente conhecidos, bem como aos *nomes artísticos*, na medida em que essas expressões passam a identificar a própria pessoa, gozando da mesma importância do nome civil. Prova dessa importância é o artigo 58 da Lei n. 6.015/1973, que admite a substituição do prenome por apelidos públicos e notórios.

(in *Curso de Direito Empresarial. Teoria Geral e Direito Societário*. Vol. 1. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009)

Feitos esses esclarecimentos, fica afastada a alegação de violação ao art. 124, XVI, da Lei n. 9.279/1996, sob a argumentação de que a recorrente, como detentora do título “Pancake”, não autorizara seu registro, como exigiria o referido dispositivo legal quando se trata de nome artístico, pois, como visto, de nome artístico não se cuida.

Convém esclarecer, ainda, que a designação dada a “banda musical” ou a um “grupo musical” também não se constitui em nome empresarial ou em

título de estabelecimento. Aliás, na espécie, não afirma a autora ser empresária individual ou ter constituído pessoa jurídica para organizar a atividade da banda.

Trata-se, na realidade, de marca (“*Pancake*”), isto é, de um sinal, título ou palavra que se atribui como elemento distintivo de grupo artístico com atuação na atividade “grupo musical”, assegurando sua identidade de modo a diferenciá-lo dos demais existentes no mercado. De acordo com a normatização estabelecida pelo INPI - Instituto de Propriedade Industrial, o título de banda musical deve ser registrado como marca sob a classe “grupo musical - 41”, providência que, nos termos do art. 129 da Lei n. 9.279/1996, confere ao titular a exclusividade no uso ([http://www.inpi.gov.br/images/docs/lista\\_auxiliar\\_de\\_servicos\\_atualizada\\_segunda\\_a\\_ncl\(10\)\\_2013\\_versao\\_pra\\_elis\\_correcao\\_em\\_16\\_10\\_2013.pdf](http://www.inpi.gov.br/images/docs/lista_auxiliar_de_servicos_atualizada_segunda_a_ncl(10)_2013_versao_pra_elis_correcao_em_16_10_2013.pdf)).

A propósito, a lição de **Gladston Mamede**, *verbis*:

A busca pelo sucesso dos empreendimentos implicou, ao longo da história, o desenvolvimento de estratégias negociais diversas, isto é, diferentes maneiras de se buscar melhor acesso aos mercados, otimizando resultados e favorecendo a conquista da riqueza. Uma dessas estratégias é a valorização da identidade de agente ou organizações negociais, regiões, bens, serviços etc. Identidade, obviamente, para estabelecer diferenças em relação aos concorrentes, mas igualmente para transmitir, acessoriamente, informações suplementares, adjetivas, como qualidade, preço, luxo, modernidade, tradição etc. *Um meio para assegurar essa identidade é a atribuição de uma marca para o agente negocial, para o bem que produz ou para a atividade que desenvolve. Essa marca é um sinal: uma palavra e/ou imagem que se atribui como elemento distintivo de uma pessoa, atividade ou bens.*

(in *Direito Empresarial Brasileiro. Empresa e Atuação Empresarial*. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 234)

Nesse contexto, diversamente do que entende a recorrente, a proteção relativa à designação, por título genérico, de banda ou grupo musical se subsume às regras da propriedade industrial, pois se trata de objeto suscetível de ampla possibilidade de registro como marca, a teor do art. 122 da Lei n. 9.279/1996.

Cumprе assinalar, por outro lado, que o art. 129, § 1º, da Lei n. 9.279/1996 afirma que será dada precedência à pessoa que, de boa-fé, utilizava a marca há mais de seis meses a contar da data do depósito. Porém, como se vê na petição inicial, não pretende a recorrente a anulação do registro, nem requer seja a marca atribuída a si, razão pela qual deixa-se de analisar a matéria sob esse enfoque.

### III - Do dissídio jurisprudencial

Aponta a recorrente, ainda, a existência de divergência entre o aresto recorrido e acórdão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Segue obstado, porém, o trânsito do apelo nobre pela alínea **c** do permissivo constitucional, porque deixou de ser cumprido o disposto nos arts. 541, parágrafo único, do CPC e 255, § 2º, do RISTJ.

Com efeito, para a caracterização da sugerida divergência jurisprudencial, não basta a simples transcrição de ementas. Devem ser mencionadas e expostas as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, sob pena de não serem atendidos, como na hipótese, os requisitos previstos nos mencionados dispositivos.

Confira-se o seguinte julgado:

Agravo regimental no agravo regimental no agravo em recurso especial. Direito Autoral. Programa de computador. Violação. Indenização. Artigo 535, II, do CPC. Súmula n. 284-STF. Revisão da conclusão do julgamento. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ. Dissídio jurisprudencial não demonstrado.

1. Deixando a parte embargante de apontar a existência de qualquer omissão, contradição ou obscuridade no acórdão embargado, incide o óbice contido na Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal.

2. Rever as conclusões do acórdão recorrido demandaria o reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.

3. *A divergência jurisprudencial com fundamento na alínea c do permissivo constitucional, nos termos do art. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil e do art. 255, § 1º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, requerida comprovação e demonstração, esta, em qualquer caso, com a transcrição dos trechos dos acórdãos que configurem o dissídio, a evidenciar a similitude fática entre os casos apontados e a divergência de interpretações.*

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AgRg no AREsp n. 192.808-SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 4.6.2013, DJe de 12.6.2013, grifou-se)

Não fosse isso, não junta a recorrente cópia do julgado, nem indica o repositório de jurisprudência no qual está inserido, de modo a permitir o conhecimento de seu inteiro teor.

Ante o exposto, conhece-se do recurso em parte e, nessa parte, nega-se provimento ao especial.

É como voto.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 698.234-MT (2004/0148481-8)**

---

Relator: Ministro Raul Araújo

Recorrente: Dikavel Distribuidora Kyabis

Advogado: Roberto Carlos Melgarejo de Vargas e outro(s)

Recorrido: Valmor Bressan

Advogado: Marcelo Segura

---

**EMENTA**

Recurso especial. Processual Civil. Civil. Execução. Arrematação de bem imóvel locado. Direito à percepção dos aluguéis. Consignação em pagamento. Formalização do auto de arrematação. Ausência do registro imobiliário da carta de arrematação. Frutos do bem arrematado. Direito do arrematante. (CPC, art. 694; CC/1916, arts. 530, I, e 533). Recurso especial desprovido.

1. Assim como sucede nas operações de venda e compra de imóvel, desde a celebração do respectivo contrato, normalmente por escritura pública, a transferência do domínio e posse sobre o bem já se opera entre transmitente e adquirente. O registro posterior do contrato no registro imobiliário, com a transferência da propriedade sobre o imóvel, é requisito de validade perante terceiros (efeito *erga omnes*), mas não entre os próprios contratantes, já obrigados desde a celebração do negócio. Ante terceiros é que somente com o registro imobiliário se tem como transmitida a propriedade do imóvel, aperfeiçoando-se, em face de pessoas estranhas à relação contratual originária, a transferência de domínio de imóvel.

2. O mesmo ocorre na arrematação de bem penhorado em execução, quando o devedor executado, após devidamente lavrado e formalizado o respectivo auto, já não pode desconhecer sua condição de expropriado do bem imóvel que antes lhe pertencia. No momento em que a alienação judicial se torna perfeita e acabada, o bem deixa de integrar o patrimônio do devedor, independentemente de formalização do registro imobiliário da Carta de Arrematação.

3. No caso, a relação jurídica em exame é aquela travada entre a própria executada expropriada, como locadora, e o arrematante, sócio da sociedade empresária locatária, não tendo os referidos artigos do anterior Código Civil, que tratam do registro do bem imóvel, o alcance pretendido pela ora recorrente.

4. Em julgado recente, proferido em caso análogo, esta Corte Superior entendeu prevalente a antecedente arrematação, perfeita e acabada, até mesmo em face de outro credor, noutra execução (REsp n. 866.191-SC, Rel. Ministro *Teori Albino Zavascki*, *Primeira Turma*, julgado em 22.2.2011, DJe de 28.2.2011).

5. Recurso especial desprovido.

#### ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. 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), 25 de março de 2014 (data do julgamento).

Ministro Raul Araújo, Relator

---

DJe 30.4.2014

#### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Raul Araújo: *Bressan & Biondo Ltda.*, na condição de locatária, ajuizou ação de consignação em pagamento em desfavor de *Diskavel Distribuidora Kayabis de Veículos Ltda* e *Valmor Bressan*, tendo em vista haver celebrado contrato de locação de imóvel com a primeira ré, como locadora, tendo o bem locado sido posteriormente alienado judicialmente, em execução fiscal, e arrematado pelo segundo réu, em 19.6.2001, com a lavratura e assinatura do auto de arrematação em 20.6.2001, sendo que ambos os réus pleiteiam o recebimento dos alugueres devidos a partir desta data, o que justifica o pedido consignatório.

Informam os autos que o imóvel em referência foi penhorado em processo de execução fiscal que a *União* move contra a locadora *Diskavel Distribuidora Kayabis de Veículos Ltda*, levado à hasta pública e arrematado pelo Sr. *Valmor Bressan*, um dos sócios da locatária.

Há, ainda, notícia de que a carta de arrematação foi expedida em 16.1.2002 (fl. 150), depois de terem sido julgados improcedentes os embargos à arrematação (fls. 112-118) e o respectivo recurso apelatório ter sido recebido somente no efeito devolutivo.

O pedido consignatório foi acolhido, efetuado o depósito e extinta a obrigação em face da consignante, continuando o processo a correr entre os credores (fls. 76-80).

A r. sentença, com fundamento no art. 694 do CPC, reconheceu que *Valmor Bressan* tem direito de receber os valores dos alugueres depositados, sob o entendimento de que, “com a assinatura do auto de arrematação, os aluguéis passam a pertencer ao arrematante, independente da expedição e registro da carta de arrematação” (fls. 159-163).

Com isso, foi interposta apelação por *Diskavel Distribuidora Kayabis de Veículos Ltda*, asseverando, em síntese, que a transferência do domínio, quando a arrematação versar sobre bens imóveis, se opera com a transcrição no Registro Imobiliário, e não somente com a assinatura do respectivo auto.

O col. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, por unanimidade, negou provimento ao apelo, em aresto assim ementado:

Consignatória. Bem imóvel arrematado. Auto formalizado. Ausência do registro. Aluguel. Direito do arrematante. Procedência. Apelo improvido. Decisão unânime.

Formalizado o auto de arrematação, os aluguéis devem ser pagos ao arrematante. (fl. 209)

Ainda inconformada, *Diskavel Distribuidora Kayabis de Veículos Ltda* interpôs o presente recurso especial, com fundamento na alínea a do permissivo constitucional, sustentando ofensa aos arts. 530, I, e 533 do Código Civil de 1916 e ao art. 8º, § 2º, da Lei n. 8.245/1991, argumentando o seguinte, *verbis*:

Com efeito, a recorrente alegou em síntese que apenas a expedição do auto de arrematação não legitima o recorrido a perceber os créditos, pois a recorrente continua proprietária do bem imóvel até a expedição da carta de arrematação e

competente registro no Cartório Imobiliário. Assim, a recorrente sustentou que segundo a sistemática do nosso ordenamento jurídico, a propriedade imobiliária apenas se transfere com o registro do respectivo título (art. 530, I, e art. 533 do Código Civil de 1916). (fl. 221)

Sem contrarrazões (fl. 232), o recurso foi admitido (fls. 233-234) e encaminhado a esta Corte.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Raul Araújo (Relator): A questão posta nos autos cinge-se em definir, em caso de arrematação, antes da expedição da carta e, conseqüentemente, do registro imobiliário, a quem pertencem os frutos do bem arrematado, se ao anterior proprietário, executado, ou ao arrematante.

A r. sentença, confirmada pelo v. aresto estadual, fundamentou-se integralmente na dicção do art. 694 do CPC, afirmando que, com a assinatura do auto, considera-se perfeita, acabada e irrevogável a arrematação, transferindo-se ao arrematante os frutos pendentes.

Assim dispunha o mencionado artigo do diploma adjetivo civil:

*Art. 694. Assinado o auto pelo juiz, pelo escrivão, pelo arrematante e pelo porteiro ou pelo leiloeiro, a arrematação considerar-se-á perfeita, acabada e irrevogável.*

Parágrafo único. Poderá, no entanto, desfazer-se:

I - por vício de nulidade;

II - se não for pago o preço ou se não for prestada a caução;

III - quando o arrematante provar, nos 3 (três) dias seguintes, a existência de ônus real não mencionado no edital;

IV - nos casos previstos neste Código (arts. 698 e 699).

Essa redação foi modificada nos seguintes termos:

*Art. 694. Assinado o auto pelo juiz, pelo arrematante e pelo serventuário da justiça ou leiloeiro, a arrematação considerar-se-á perfeita, acabada e irrevogável, ainda que venham a ser julgados procedentes os embargos do executado.*

(...) (redação dada pela Lei n. 11.382/2006).

Por seu turno, a apelante, ora recorrente, anterior proprietária do bem imóvel, entende ser necessária, no caso, a observância dos arts. 530, I, e 533 do Código Civil de 1916, vigentes à época dos fatos. Confram-se os dispositivos pertinentes:

*Art. 530. Adquire-se a propriedade imóvel:*

I - Pela transcrição do título de transferência no registro do imóvel;

(...)

*Art. 532. Serão também transcritos:*

(...)

III - A arrematação e as adjudicações em hasta pública.

*Art. 533. Os atos sujeitos a transcrição (arts. 531 e 532) não transferem o domínio, senão da data em que se transcreverem (arts. 856, 860, parágrafo único).*

Saliente-se, de início, que o art. 8º, § 2º, da Lei n. 8.245/1991, tido por violado nas razões recursais, não foi alvo de decisão, nem sequer debate, pelas instâncias ordinárias, carecendo, por esse motivo, do requisito do prequestionamento, fazendo incidir, no ponto, por analogia, o que dispõem as Súmulas n. 282 e 356 do eg. STF.

Quanto ao mérito, é incontestável que a propriedade de bem imóvel é adquirida pela transcrição do título de transferência no registro do imóvel, sendo absolutamente clara a dicção do art. 530, I, do Código Civil de 1916, repetida no art. 1.245 do Código Civil de 2002.

Contudo, assim como sucede nas operações de venda e compra de imóvel, desde a celebração do respectivo contrato, normalmente por escritura pública, a transferência do domínio e posse sobre o bem já se opera entre transmitente e adquirente. O registro posterior do contrato no registro imobiliário, com a transferência da propriedade sobre o imóvel, é requisito de validade perante terceiros (efeito *erga omnes*), mas não entre os próprios contratantes, já obrigados desde a celebração do negócio. O mesmo ocorre na arrematação de bem penhorado em execução, quando o devedor executado, após devidamente lavrado e formalizado o respectivo auto, já não pode desconhecer sua condição de expropriado do bem imóvel que antes lhe pertencia.

Em comentários ao art. 694 do CPC, **Nelson Nery Junior** e **Rosa Maria de Andrade Nery** afirmam:

*Não se pode confundir o efeito de concretização da arrematação, que possui o auto correspondente, com a transmissão da propriedade do bem arrematado, do*

executado para o arrematante. A transmissão da propriedade só acontece com o registro do título, no caso dos bens imóveis (CC 1.245), e pela tradição, no caso dos bens móveis (representada, no processo de execução, pela ordem de entrega do bem ao arrematante). (Código de Processo Civil comentado, 13ª ed., Revista dos Tribunais - grifou-se)

Como leciona **Fredie Didier Jr**, “a alienação judicial assemelha-se a um contrato de compra e venda” (*in* Curso de Direito Processual Civil, vol. V, 5ª ed., p. 663). É como tal, para o contrato particular ter validade entre as partes contratantes, gerando apenas um direito obrigacional, não é necessário o registro no cartório competente, pois o ato do registro torna pública e exigível a propriedade perante a sociedade.

Da mesma forma, esclarece **Araken de Assis**, “o acordo de transmissão do bem penhorado formar-se-á no momento da assinatura do auto”, vinculando nesse momento as partes envolvidas na arrematação, sendo que “a carta de arrematação constitui o título formal da aquisição”, oponível contra terceiros (*in* Manual da Execução, 13ª ed., p. 875 e 890).

Portanto, nos moldes como afirmado no v. aresto recorrido, no momento da venda judicial, perfeita e acabada, o bem deixa de integrar o patrimônio do devedor, independentemente de formalização do registro da Carta de Arrematação no Registro de Imóveis.

Na doutrina de **Humberto Theodoro Júnior**, “a arrematação é título de domínio, em sentido material, do arrematante sobre os bens adquiridos na hasta pública. O auto de arrematação funciona como título em sentido formal.” (*in* Curso de Direito Processual Civil, vol. II, 46ª ed., Ed. Forense, p. 364). Ainda, segundo lição do renomado jurista, “a arrematação perfeita e acabada produz os seguintes efeitos: a) transfere o domínio do bem ao arrematante; b) transfere ao arrematante direito aos frutos pendentes, com a obrigação de indenizar as despesas havidas com os mesmos; c) torna o arrematante e seu fiador devedores do preço; d) obriga o depositário judicial ou particular ou eventualmente o devedor a transferir ao arrematante a posse dos bens arrematados; e) extingue as hipotecas inscritas sobre o imóvel; f) transfere para o preço depositado pelo arrematante o vínculo da penhora.” (ob. citada, p. 366).

Portanto, perante terceiros é que somente com o registro imobiliário se tem como transmitida a propriedade imóvel, aperfeiçoando-se, em face de pessoas estranhas à relação contratual originária, a transferência de domínio de imóveis. Nesse sentido, os seguintes precedentes:

O registro imobiliário somente é imprescindível para a oponibilidade face àqueles terceiros que pretendam sobre o imóvel direito juridicamente incompatível com a pretensão aquisitiva do promitente comprador (REsp n. 1.310-SP, Quarta Turma, Relator em. Min. *Athos Carneiro*, DJU de 18.12.1989).

A não inscrição da arrematação no registro de imóveis pressupõe relação jurídica meramente obrigacional, sem efeito *erga omnes*, vinculando apenas os sujeitos do negócio jurídico. (AgRg no Ag n. 88.561-AC, Terceira Turma, Relator em. Min. *Waldemar Zveiter*, DJU de 17.6.1996).

Ocorre que, no caso, a relação jurídica em exame é aquela travada entre a própria executada expropriada, como locadora, e o arrematante, sócio da sociedade empresária locatária, não tendo os referidos artigos do anterior Código Civil, que tratam do registro do bem imóvel, o alcance pretendido pela ora recorrente.

Em julgado mais recente, proferido em caso análogo, esta Corte Superior entendeu prevalente a antecedente arrematação, perfeita e acabada, até mesmo em face de outro credor, noutra execução, como se vê na seguinte ementa:

Processual Civil. Execução cível. Arrematação do bem. Expedição da respectiva carta. Execução fiscal. Penhora. Desconstituição da arrematação. Impossibilidade.

1. Nos termos do art. 694 do CPC, "assinado o auto pelo juiz, pelo arrematante e pelo serventuário da justiça ou leiloeiro, a arrematação considerar-se-á perfeita, acabada e irretratável, ainda que venham a ser julgados procedentes os embargos do executado", somente podendo ser tornada sem efeito em situações excepcionais, como as do § 1º do mencionado artigo.

2. *Assinado o auto de arrematação de bem imóvel, não pode ele ser objeto de posterior penhora em execução fiscal movida contra o proprietário anterior, mesmo que ainda não efetivado o registro da respectiva carta no registro imobiliário. Precedentes do STJ.*

3. Recurso especial a que se dá provimento.

(REsp n. 866.191-SC, Rel. Ministro *Teori Albino Zavascki*, Primeira Turma, julgado em 22.2.2011, DJe de 28.2.2011)

Na oportunidade, o em. relator destacou em seu voto:

A reconhecida preferência do crédito tributário sobre o hipotecário é irrelevante para o caso. *O que aqui importa é saber se, expedida a carta de arrematação de um bem imóvel, pode ele ser, ainda assim, objeto de penhora por dívida do primitivo proprietário, enquanto não promovido o registro da respectiva carta no registro imobiliário.* A resposta afirmativa, dada pelas instâncias ordinárias,

não pode ser mantida, porque incompatível com o disposto no art. 694 do CPC, que considera “perfeita, acabada e irretroatável” a arrematação quando assinado o auto de penhora, somente podendo ser tornada sem efeito em situações excepcionais, como as do § 1º daquele artigo. A manutenção do entendimento do acórdão recorrido importa, na prática, revogar a arrematação, sem processo, sem contraditório e em situação não elencada no referido texto normativo. É situação que atenta contra a seriedade do ato jurisdicional de alienação do bem em hasta pública e a boa-fé do arrematante, valores jurídicos que o legislador buscou preservar com as medidas de salvaguarda com que revestiu o auto de arrematação. Não por outra razão, *a jurisprudência do STJ considera “irrelevante o fato de haver ou não transcrição no registro imobiliário da carta de arrematação, uma vez que já decidiu este Tribunal que assinado o auto pelo juiz, considera-se perfeita, acabada e irretroatável a arrematação que só pode ser anulada por meio de ação própria”* (REsp n. 426.106-MG, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 11.10.2004 e AgRg no Ag n. 607.531-MG, 2ª T., Min. Humberto Martins, DJ de 17.8.2006). Aliás, a absoluta sacralidade do registro imobiliário, para fins de preservação dos direitos sobre imóvel, não tem sustento na jurisprudência do STJ, do que são exemplos eloqüentes a Súmula n. 84 (“É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda de compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido de registro”) e a Súmula n. 239 (“O direito à adjudicação compulsória não se condiciona ao registro do compromisso de compra e venda no cartório de imóveis”). *Se até a simples promitentes compradores, por mero contrato particular, são assegurados direitos dessa magnitude, com maior razão há de se preservar os direitos de domínio sobre o imóvel em prol de quem o adquiriu por alienação intermediada pelo próprio Judiciário e atestada por instrumento revestido de autoridade estatal, que é o auto de arrematação.*

Por fim, merece referência o aspecto de o art. 694 do CPC, em sua parte final, ressaltar que, mesmo quando venham a ser julgados procedentes os embargos do executado, a arrematação será considerada perfeita e irretroatável se já assinado o auto pelo juiz, pelo arrematante e pelo serventuário da justiça ou leiloeiro. Isso se dá em razão da necessidade de se prestigiar a segurança jurídica do arrematante do bem, como nos ensina **Luiz Guilherme Marinoni**:

A norma do art. 694 visa a proteger o arrematante, considerado terceiro de boa-fé. Além disto, se o arrematante pudesse perder o bem arrematado diante da procedência da impugnação, certamente ninguém mais adquiriria bem em hasta pública enquanto não definida a impugnação, o que eliminaria a celeridade que se pretendeu outorgar à execução com a previsão da não suspensividade, como regra, da impugnação. Ou então, diante do risco inerente à aquisição do bem nesta condição, a sua arrematação apenas se daria por valor bem mais baixo do que o de mercado, suficiente para tornar a sua compra atraente, diante do risco da sua perda em decorrência da procedência da impugnação. Esta última

situação, como é intuitivo, favoreceria apenas a especulação, causando evidente prejuízo à atividade jurisdicional, ao instituto da execução e às partes. (Curso de Processo Civil, v. 3, 4ª ed, Revista dos Tribunais, p. 333).

No presente caso, os embargos à arrematação opostos pela ora recorrente foram julgados improcedentes por sentença, decisão confirmada em grau recursal, já com trânsito em julgado, conforme consulta efetuada no sítio eletrônico do eg. TRF da 1ª Região.

Portanto, se, mesmo em caso de procedência dos embargos do executado, o arrematante do bem permanece em sua posse, prestigiando-se a segurança jurídica em confronto com o direito do executado à propriedade do bem penhorado, com maior razão há de prevalecer a arrematação no presente feito, em que os embargos à arrematação foram julgados improcedentes. A arrematação perfeita e acabada leva à conclusão em prol do domínio do arrematante sobre o bem adquirido em hasta pública.

Cite-se, ainda, o seguinte julgado:

Locação. Processual Civil. Ação de despejo. Bem imóvel objeto da locação. Alienação em praça pública. Direitos decorrentes do pacto locatício. Transferência ao arrematante. Termo inicial. Lavratura do auto de arrematação. Dicção do art. 694 do Código de Processo Civil. Ilegitimidade ativa *ad causam* do ex-proprietário para propositura da ação de despejo após o auto de arrematação.

1. Nos termos da redação do art. 694 do Codex Processual, vigente à época da realização do ato processual, "Assinado o auto pelo juiz, pelo escrivão, pelo arrematante e pelo porteiro ou pelo leiloeiro, a arrematação considerar-se-á perfeita, acabada e irretroatável."

2. Aperfeiçoada a arrematação, com a lavratura do auto, resta materializada causa de transferência da propriedade com todos os direitos que lhe são inerentes, ressalvados aqueles que dependem, por lei, de forma especial para aquisição.

3. *Transferência ao Arrematante dos direitos de uso e/ou fruição do imóvel locado, que prescindem de forma especial translaticia, bem como do direito de obter a transferência do domínio, a qual condiciona-se ao registro de título.*

4. *Aperfeiçoada a arrematação, nos termos o art. 694 do CPC, após a lavratura do respectivo auto, carece de legitimidade ativa ad causam para propositura de ação de despejo o Locador, ex-proprietário do imóvel arrematado, na medida em que configurada a sub-rogação ao Arrematante dos direitos decorrentes do pacto locatício relativo ao imóvel adquirido.*

5. Recurso especial provido.

(REsp n. 833.036-SP, Rel. *Ministra Laurita Vaz*, Quinta Turma, julgado em 18.11.2010, DJe de 28.3.2011)

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso especial.

É como voto.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 855.578-DF (2006/0136744-0)**

---

Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira

Recorrente: Otto Leal de Brito

Advogado: Ulisses Riedel de Resende e outro(s)

Recorrido: Graciete Guerra da Costa

Advogado: Marcus Ruperto Souza das Chagas e outro(s)

---

**EMENTA**

Processual Civil. Ação de prestação de contas. Cabimento. Contrato verbal de empreitada. Reforma de imóvel.

1. Assumidas pela empreiteira as obrigações (i) de aplicar as importâncias recebidas exclusivamente na obra e (ii) de concluir a reforma com tal valor, é plenamente cabível o ajuizamento de ação de prestação de contas pelo dono do imóvel, contratante. Tem-se como irrelevante, para o cabimento da referida demanda, saber se haverá saldo credor em benefício do autor e obrigação complementar em desfavor do réu. Primeiro, exige-se a prestação de contas, em seguida, conforme o resultado, postula-se, na forma processual adequada, a complementação da obrigação.

2. Recurso especial provido.

---

**ACÓRDÃO**

A Quarta Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros

Marco Buzzi, Luis Felipe Salomão, Raul Araújo (Presidente) e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 4 de fevereiro de 2014 (data do julgamento).

Ministro Antonio Carlos Ferreira, Relator

---

DJe 30.4.2014

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Trata-se, na origem, de ação de prestação de contas proposta por *Otto Leal de Brito*, ora recorrente, contra *Graciete Guerra da Costa*, recorrida, narrando o autor ter contratado verbalmente a ré, arquiteta, para a construção do primeiro andar e acabamentos do imóvel situado na SHIN-QI-16, conjunto 04, casa 19, Lago Norte. Acrescentou que, “por esse contrato, a arquiteta teria que gastar somente a verba que foi colocada a disposição do Requerente, através de financiamento do Sistema Financeiro da Habitação - SFH, da Caixa Econômica Federal, ou seja, a verba no valor total de R\$ 96.949,00 (noventa e seis mil, novecentos e quarenta e nove reais), dividida em 6 (seis) vezes conforme os cronogramas estabelecidos pela instituição financeira” (e-STJ fl. 6). Tais parcelas teriam “como única finalidade pagar os honorários da arquiteta, custear os serviços dos trabalhadores, mestre de obras e comprar todos os materiais necessários para a edificação da obra, tudo sob a responsabilidade da arquiteta” (e-STJ fl. 6). Ocorre que, segundo o autor, recebeu cobranças do dono da Madeireira do Lago, culminando com uma duplicata protestada no Cartório do 3º Ofício, e do mestre de obras, ameaçando entrar na Justiça do Trabalho para receber a quantia de R\$ 5.100,00 (cinco mil e cem reais), referente a salário. “Interpelada extrajudicialmente, através do Cartório de 1º Ofício de Registro de Títulos e Documentos, para que, no prazo de 5 (cinco) dias, apresentasse os documentos para prestação de contas, ou os motivos da não prestação, a mesma não se manifestou” (e-STJ fl. 7). Pediu, ao final, em desfavor da ré:

a) Preste as Contas exigidas pelo Contratante, pormenorizadamente, parcela por parcela, ou seja, a exposição dos componentes do débito e crédito, concluindo pela apuração aritmética do saldo credor ou devedor.

b) Requer que as contas prestadas sejam acostadas com todas as notas fiscais dos materiais adquiridos para a construção e acabamentos da casa e os recibos de pagamentos de todos os funcionários contratados, assim como os honorários da arquiteta.

c) A citação da requerida, para, no prazo de cinco dias, apresentar as contas ou contestar a ação, nos termos do artigo 915, *caput*, do CPC, sob pena de não o fazendo, ser a presente ação julgada procedente e de não lhe ser lícito impugnar as que o Autor, apresentar, condenando a Requerida no pagamento das custas e honorários advocatícios com base em 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa (e-STJ fl. 11).

Em primeiro grau, em uma única sentença (e-STJ fls. 563-584), o magistrado julgou boas as contas apresentadas (Ação de Prestação de Contas n. 2001.01.1.051203-0), concluindo pela ausência de saldo “em favor de nenhuma das partes” (e-STJ fl. 579), e improcedente o pedido deduzido na ação de cobrança ajuizada pela ora ré em outro feito (Ação de Cobrança n. 2001.01.1.057299-4). Condenou “Graciete Guerra da Costa a pagar as custas dos Processos n. 2001.01.1.051203-0 e 2001.01.1.057299-4 e os honorários do advogado de Otto Leal de Brito, arbitrados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais)” (e-STJ fl. 584). Foram rejeitados, ainda, os aclaratórios respectivos (e-STJ fls. 605-606).

O TJDFJT julgou extinto o processo, sem exame do mérito, ficando prejudicado o exame dos recursos, nos termos da seguinte ementa:

Ação de prestação de contas. Contrato de empreitada por preço global. Descabimento. Carência de ação. Extinção do feito sem julgamento de mérito.

1. Se dentro do montante combinado para o contrato de empreitada já se encontram embutidos os valores relativos ao material, à mão de obra e o ao lucro do empreiteiro, importando ao comitente apenas o recebimento da obra pronta e acabada, e não o que foi feito com o dinheiro empregado, incabível se configura a exigência de prestação de contas por parte deste.

2. Reconhecida a carência do direito de ação do autor, extinguiu-se o feito sem exame do mérito, com espeque no art. 267, VI, do CPC (e-STJ fl. 650).

Condenou o autor “ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios”, fixado “em R\$ 1.000,00, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC” (e-STJ fl. 653).

Os embargos de declaração opostos pelo ora recorrente foram “desprovidos” (e-STJ fls. 663-668).

O autor, então, interpôs o presente recurso especial com base no art. 105, III, a, da CF, apontando violação dos arts. 125, 267, VI, 914 a 919 do CPC. Argumenta estarem presentes as condições da ação, tendo em vista “que o Autor-recorrente tem direito de exigir as contas e a Ré tem de prestá-las, garantia advinda e regulada pelo direito objetivo. As partes são legítimas,

posto que há aceitação e afirmação da Ré da existência de Contrato Verbal de Empreitada, gerando um conflito de interesses. O que ratifica a improcedência do pedido de Carência de Ação são os documentos, ora acostados nos autos, e o próprio comando legal do artigo 914 do Código de Processo Civil” (e-STJ fl. 674). Acrescenta estar “evidenciado o dever da recorrida de prestar contas em função do vínculo negocial, para que o recorrente possa aferir a real situação de débito/crédito existente entre os contratantes principalmente em se tratando de um contrato de empreitada verbal, que foi baseado na relação de extrema confiança e de uma amizade de mais de 30 anos entre o recorrente e a recorrida” (e-STJ fls. 673-674). Sustenta que “foi acertado que haveria uma prestação de contas por parte da arquiteta, a fim de que se abatesse o valor do material adquirido pelo proprietário do valor inserido na planilha apresentada à CEF e a diferença entre esses valores seriam devolvidos pela arquiteta, o que não aconteceu” (e-STJ fl. 676). Destacou, “ainda, que o acordo foi entabulado porque a empreiteira utilizava na obra, materiais de péssima categoria e de ponta de estoque, esse motivo fez com que o autor comprasse alguns materiais do seu gosto e para um melhor acabamento” (e-STJ fl. 676). Não haveria, assim, “como enquadrar o caso em comento como sendo de empreitada global e sim a preço de custo” (e-STJ fl. 676).

Reproduziu os textos dos arts. 914, I, 915 e 917 do CPC e citou precedentes relativos à ação de prestação de contas, postulando, ao final, o provimento do recurso “para o fim de cassar o v. Acórdão ora recorrido, por afronta direta e frontal aos artigos 267, VI, 914 ao 919, do Código de Processo Civil, para ser restabelecida a r. sentença monocrática, em toda a sua plenitude, além da inversão do ônus da sucumbência” (e-STJ fl. 683).

Transcorreu *in albis* o prazo para contrarrazões (e-STJ fl. 704), e o recurso especial foi admitido na origem (e-STJ fls. 706-708).

Inadmitido o recurso extraordinário, deixou o recorrente de interpor o respectivo agravo de instrumento para o Supremo Tribunal Federal (e-STJ fls. 706-708 e 710).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira (Relator): *Otto Leal de Brito*, ora recorrente, propôs em 25.5.2001 ação de prestação de contas contra *Graciete*

*Guerra da Costa*, ora recorrida, narrando o autor ter contratado verbalmente a ré, arquiteta, para a construção do primeiro andar e acabamentos do imóvel situado na SHIN-QI-16, conjunto 04, casa 19, Lago Norte. Acrescentou que, “por esse contrato, a arquiteta teria que gastar somente a verba que foi colocada a disposição do Requerente, através de financiamento do Sistema Financeiro da Habitação - SFH, da Caixa Econômica Federal, ou seja, a verba no valor total de R\$ 96.949,00 (noventa e seis mil e novecentos e quarenta e nove reais), dividida em 6 (seis) vezes conforme os cronogramas estabelecidos pela instituição financeira” (e-STJ fl. 6). Tais parcelas teriam “como única finalidade pagar os honorários da arquiteta, custear os serviços dos trabalhadores, mestre de obras e comprar todos os materiais necessários para a edificação da obra, tudo sob a responsabilidade da arquiteta” (e-STJ fl. 6). Ocorre que, segundo o autor, recebeu cobranças do dono da Madeireira do Lago, culminando com uma duplicata protestada no Cartório do 3º Ofício, e do mestre de obras, ameaçando entrar na Justiça do Trabalho para receber a quantia de R\$ 5.100,00 (cinco mil e cem reais), referente a salário. “Interpelada extrajudicialmente, através do Cartório de 1º Ofício de Registro de Títulos e Documentos, para que, no prazo de 5 (cinco) dias, apresentasse os documentos para prestação de contas, ou os motivos da não prestação, a mesma não se manifestou” (e-STJ fl. 7). Pediu, ao final, em desfavor da ré:

a) Preste as Contas exigidas pelo Contratante, pormenorizadamente, parcela por parcela, ou seja, a exposição dos componentes do débito e crédito, concluindo pela apuração aritmética do saldo credor ou devedor.

b) Requer que as contas prestadas sejam acostadas com todas as notas fiscais dos materiais adquiridos para a construção e acabamentos da casa e os recibos de pagamentos de todos os funcionários contratados, assim como os honorários da arquiteta.

c) A citação da requerida, para, no prazo de cinco dias, apresentar as contas ou contestar a ação, nos termos do artigo 915, *caput*, do CPC, sob pena de não o fazendo, ser a presente ação julgada procedente e de não lhe ser lícito impugnar as que o Autor, apresentar, condenando a Requerida no pagamento das custas e honorários advocatícios com base em 205 (vinte por cento) sobre o valor da causa (e-STJ fl. 11).

Em primeiro grau, em uma única sentença (e-STJ fls. 563-584), o magistrado julgou boas as contas apresentadas (Ação de Prestação de Contas n. 2001.01.1.051203-0), e improcedente o pedido deduzido na ação de cobrança ajuizada pela ora ré em outro feito (Ação de Cobrança n. 2001.01.1.057299-

4). Condenou “Graciete Guerra da Costa a pagar as custas dos Processos n. 2001.01.1.051203-0 e 2001.01.1.057299-4 e os honorários do advogado de Otto Leal de Brito, arbitrados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais)” (e-STJ fl. 584). A referida sentença, sem dúvida, decidiu as duas fases da ação de prestação de contas, considerando (i) devidas e prestadas as contas pela ré e (ii) inexistente saldo em favor de qualquer das partes. Confrimam-se, a propósito, as seguintes passagens da sentença:

A preliminar de carência do direito de ação deve ser prontamente rejeitada, porque a Ré administrou valores de terceiros. Há dúvidas quanto ao cumprimento da avença e aplicação dos valores destinados à construção, tendo o Autor, inclusive, se responsabilizado por débitos que, no seu entender, deveriam ser liquidados pela arquiteta.

*Resta, assim, evidenciado o dever da arquiteta prestar contas em função de vínculo negocial, para que o Autor possa aferir a real situação de débito/crédito existente entre os contratantes.*

Vale ressaltar que na ação de prestação de contas a pretensão pode se limitar ao esclarecimento de determinadas situações resultantes da administração de bens alheios e não envolve, necessariamente, a existência de débito ou crédito.

[...]

Nos termos do artigo 914 do Código de Processo Civil, a ação de prestação de contas competirá a quem tiver o direito de exigi-las e a obrigação de prestá-las. A prestação de contas é devida por quantos administram bens de terceiros, mesmo que desprovidos de mandato.

*No caso, as contas foram apresentadas, embora sem a forma mercantil, resultando satisfeita a primeira fase da ação de prestação de contas, onde se analisa, apenas, se há ou não o dever de prestá-las.*

*Resta a análise daquelas que foram apresentadas em confronto com os documentos e demais provas produzidas sob o crivo do contraditório.*

Pelo que se depreende da petição inicial e da contestação, pelo pacto verbal, a Ré assumiu o compromisso de construir o primeiro andar e a efetuar o acabamento da casa, executando os projetos aprovados pelas partes, contratando trabalhadores, mestre de obras, e a adquirir os materiais necessários. Em contrapartida, o Autor deveria remunerar os serviços de execução da obra no valor certo de R\$ 92.240,00 (noventa e dois mil duzentos e quarenta reais), conforme será demonstrado na fundamentação atinente à ação de cobrança, logo a seguir.

Segundo o Autor, a empreiteira recebeu integralmente pelos serviços contratados, mas deixou de repassar as quantias relativas aos materiais por ele adquiridos.

Ressalto, por pertinente, que a contratada se limitou a relacionar, á fl. 149, quais os serviços extras realizados, sem, contudo, comprovar as despesas correspondentes.

Observe-se, ainda, que também não há prova de que a Ré tenha arcado com despesas com recursos próprios, não havendo, assim, crédito em seu favor a ser compensado.

Os documentos juntados às fls. 37-148 são referentes às despesas custeadas pela arquiteta, englobadas na empreitada a preço certo.

Na empreitada a preço certo, é irrelevante saber o custo de cada item empregado na construção, sendo viável, apenas, questionar sobre a conclusão da obra e o pagamento do preço.

Confrontando os documentos anexados pela Ré com aqueles trazidos pela parte autora, consta-se que, de fato, não há recibos dos repasses referentes às compras e despesas efetuadas pelo Autor.

Contudo, as notas fiscais de fls. 20-25, 211-247 e 250-252 comprovam, apenas, que o Autor adquiriu mercadorias em padrão superior àquele inicialmente ajustado no orçamento da construção (fls. 328-333), e portanto, não são passíveis de ressarcimento e/ou compensação na via de prestação de contas.

Note-se que todas as mercadorias adquiridas pelo Autor são itens não essenciais e/ou de valores acima daqueles estimados no orçamento de construção apresentado para obtenção do financiamento junto à Caixa Econômica Federal.

O recibo de fl. 150, passado pelo mestre de obras, diz respeito a serviços não regulares previstos no orçamento da construção e, assim, são despesas excedentes às contratadas, tais como colocação de tijolos de vidro, remoção das grades e vitrôs, grafiatto, rufos e venezianas, instalação de banheira de hidromassagem e de boiler de aquecimento, demolição e fechamento de parede, demolição do barrado e instalação de triturador.

Não poderia, assim, arcar a arquiteta sozinha com a elevação do custo inicialmente estimado em decorrência de alteração e acréscimo de materiais. Por outro lado, o abatimento ou não do preço da empreitada, em razão da não utilização dos materiais inicialmente previstos para a construção, não pode ser objeto da ação de prestação de contas, porque foge dos objetivos inicialmente propostos pelas partes e ultrapassa os limites da lide.

*Em conclusão, não há saldo apurado na ação de prestação de contas em favor de nenhuma das partes (e-STJ fls. 571-579 - grifei).*

Rejeitados os aclaratórios respectivos (e-STJ fls. 605-606), apenas o autor interpôs recurso de apelação, postulando que fosse cassada a sentença, com a seguinte determinação ao Juiz de Direito: “(...) que prossiga na ação, para que seja conhecido o débito da Ré, nela proferindo a sentença de mérito

que lhe parecer mais acertada, condenando a apelada nas custas e honorários advocatícios a serem arbitrados” (e-STJ fls. 609-618). Baseado nas provas dos autos, insistiu o apelante na existência de saldo em seu favor.

O TJDFT julgou extinto o processo, sem exame do mérito, “ficando prejudicado o exame do recurso” (e-STJ fl. 653). Entendeu-se no acórdão recorrido que a ação de prestação de contas não seria cabível, assim constando do voto condutor:

O contrato de empreitada, conforme bem asseverou a requerida, não se subordina à fiscalização ou ao controle do dono da obra, que não pode se insurgir contra a forma com que o empreiteiro decidiu administrar a construção, mas apenas contra a sua inexecução ou contra resultado final insatisfatório.

Ainda assim, tal inconformismo teria que ser exteriorizado por meio de ação própria, e não através de pedido de prestação de contas dirigido a quem não tem o dever legal de prestá-las.

Ora, se as partes acordam em realizar determinada obra mediante o pagamento de um valor *x*, certo está que, ao pagante, só assiste o direito de cobrar pelo resultado final contratado, e não o de perquirir acerca do modo com que o contratada gastou a importância que lhe foi entregue.

Dentre as obrigações do contrato de empreitada, não há espaço para prestação de contas, pois o preço para a realização da obra e os encargos do empreiteiro já se encontram acertados desde o início.

Dentro do montante combinado já estão embutidos os valores relativos ao material, à mão de obra e ao lucro do empreiteiro, importando ao comitente apenas o recebimento da obra pronta e acabada, e não o que foi feito com o dinheiro empregado.

Não é que o dono do empreendimento não tenha direito de exigir o adimplemento da obrigação contratada com o empreiteiro, mas sim que, para esse mister, configura-se irrelevante e incabível a propositura de ação de prestação de contas, pois, ainda que o contratado as preste, o objetivo final vindicado pelo comitente – a conclusão da construção pela valor combinado – permanecerá judicialmente inatingível.

Assim, carece de interesse de agir o autor, pois o provimento ora perquirido, qualquer que seja ele, em nada lhe aproveitará.

Se parte do contrato não foi cumprido, ou se algo for indevidamente pago a mais pelo dono da obra, este há que exigir o cumprimento ou a restituição por meio de ação própria, e não através do presente procedimento que tem rito específico, e não se coaduna com os fins pretendidos pelo demandante.

Diante dessas considerações, acolhendo a preliminar de carência do direito de ação do autor, suscitada pela ré-apelante, *julgo extinto o presente processo, sem exame do mérito*, nos termos do inciso VI, do art. 267, do CPC.

Condeno o autor ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios, que ora fixo em R\$ 1.000,00, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC (e-STJ fls. 652-653).

A discussão travada no recurso especial diz respeito ao cabimento, em tese, da presente ação de prestação de contas, o que deve ser acolhido nos termos do art. 914, I, do CPC. Evidentemente, a ré foi contratada para gerir os recursos que lhe foram repassados pelo autor, os quais deveriam bastar, ao que parece, para concluir a respectiva obra, obrigação também assumida pela ré.

Concretamente, portanto, a ação ajuizada é indispensável para verificar quais serviços foram efetivamente prestados e quanto das importâncias repassadas à ré foram gastas realmente na obra, conforme acordado. Tal procedimento viabiliza, sobretudo, a aferição do saldo credor ou devedor relativamente ao autor, dono da obra inacabada, e, até mesmo, da veracidade das dívidas cobradas pela empresa de material de construção e pelo mestre de obras.

Sob esse enfoque, ressalte-se que, segundo PONTES DE MIRANDA, “a pretensão a que alguém *preste contas* de modo nenhum se confunde com a pretensão a que a outra pessoa *responda pelo que fez*. Essa pode existir sem aquela; e aquela sem essa. O que nada mais deve, ou nada deve, pode estar obrigado a prestar contas” (Comentários ao Código de Processo Civil. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, tomo XIII, p. 121).

No mesmo sentido, J. E. CARREIRA ALVIM leciona:

Na linguagem do art. 914, pouco importa qual dos sujeitos pretenda fazer valer o seu alegado direito, se o que tem direito de exigir contas ou se o que tem o dever de prestá-las, porque, em qualquer caso, a ação será a de *prestação de contas*. Tanto quem se arrogue o direito de *pedir contas* quanto quem se sente no dever de *prestar contas* deve se valer dessa ação, quando pretenda obter o *quantum* do crédito ou do débito; mesmo porque também o devedor, apesar de obrigado ao pagamento, é titular do direito à liquidação do débito.

Registra Adroaldo Furtado Fabrício que não há correlação necessária entre o dever jurídico de prestar contas e a situação de devedor; nem aquele a quem as contas são devidas é necessariamente o credor de algum pagamento, tendo a prestação de contas precisamente a finalidade de aclarar qual o estado, em determinado momento, das relações contrapostas de débito e crédito entre os interessados, de tal modo que só depois de prestadas se saberá quem há de pagar e quem tem a receber. Pode ser até que alguém, como administrador de

bens alheios, seja credor do titular dos bens, por haver despendido mais do que recebeu; mas nem por isso se exime da obrigação de prestar contas; nem se confunde a obrigação específica de prestar contas com a de dar ou de pagar, nem o direito a exigir contas com o direito de receber pagamento (Comentários ao Código de Processo Civil Brasileiro. Curitiba-PR: Juruá Editora, 2011, vol. 13, p. 152).

Com efeito, no caso concreto, pelo que se extrai dos autos de modo incontroverso, a ré assumiu duas obrigações, a saber: (i) aplicar os recursos exclusivamente na obra e (ii) concluir a reforma com tal importância. Assim, independentemente das características do contrato verbal de empreitada celebrado entre as partes, cabe o pedido de prestação de contas, sendo irrelevante – diversamente do que deixa transparecer o acórdão recorrido – se haverá saldo credor em benefício do autor e obrigação complementar em desfavor da ré. Primeiro, exige-se a prestação de contas, em seguida, conforme o resultado, postula-se, na forma processual adequada, a complementação da obrigação.

Sobre a questão jurídica tratada, trago o seguinte precedente desta Corte Superior:

Recurso especial. Dissídio jurisprudencial não comprovado. Ação de prestação de contas. Legitimação ativa.

[...]

II – O contratante tem legitimidade para propor ação de prestação de contas em face do empreiteiro contratado para realizar reforma em imóvel, ainda que tenha deixado de pagar o valor total avençado pela feitura da obra.

Recurso especial não conhecido (REsp n. 456.436-PR, Relator Ministro Castro Filho, Terceira Turma, DJ de 16.12.2002).

Em tais condições, cabível, no caso concreto, a ação de prestação de contas. Nada obstante, o único pedido contido no recurso especial diz respeito ao restabelecimento da sentença. Com efeito, o recorrente, após discutir a referida questão de direito, postulou *tão somente*, de forma clara e objetiva, a manutenção da sentença “em toda a sua plenitude, além da inversão do ônus da sucumbência” (e-STJ fl. 683). Confira-se o texto do pedido, na íntegra:

V - Dos Pedidos

Diante do exposto, o recorrente requer á Turma Julgadora do Superior Tribunal de Justiça, o seguinte:

a) que o presente recurso especial seja conhecido e provido, para o fim de cassar o v. Acórdão ora recorrido, por afronta direta e frontal aos artigos 267,

VI, 914 ao 919, do Código de Processo Civil, para ser restabelecida a r. Sentença monocrática, em toda a sua plenitude, além da inversão do ônus da sucumbência.

Nestes termos,

Pede deferimento (e-STJ fl. 683).

Diante do pedido expresso acima, reconheço que o ora recorrente desistiu das demais questões apresentadas na sua apelação, pertinentes à existência de saldo credor, sendo vedado a esta Corte conceder ao recorrente mais do que foi postulado. Daí não haver necessidade de impor ao Tribunal de origem que prossiga no julgamento do recurso de apelação.

Ante o exposto, *conheço* do recurso especial e *lhe dou provimento* para restabelecer a sentença, a qual reconheceu o dever da ré em prestar contas e, apreciando as contas prestadas, concluiu inexistir saldo favorável a nenhuma das partes.

É como voto.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 949.360-RN (2007/0098642-0)**

---

Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira

Recorrente: Iguana Factoring Fomento Mercantil Ltda

Advogado: Clédina Maria Fernandes

Recorrido: DCA Distribuidora Central de Alimentos Ltda

Advogado: Francisco Tibiriçá de O Monte Paiva

---

**EMENTA**

Comercial e Processual. Recurso especial. Fac-símile. Tempestividade. *Factoring*. Direito de regresso. Cláusula contratual. Nulidade.

1. Os originais do recurso interposto via fac-símile devem ser entregues em juízo, como ocorreu no presente caso, em cinco dias após o término do prazo para a interposição do referido recurso, nos termos do art. 2º da Lei n. 9.800/1999.

2. O risco assumido pelo faturizador é inerente à operação de *factoring*, não podendo o faturizado ser demandado para responder regressivamente, salvo se tiver dado causa ao inadimplemento dos contratos cedidos.

3. Recurso especial não provido.

### ACÓRDÃO

A Quarta Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Buzzi, Raul Araújo (Presidente) e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

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

Brasília (DF), 17 de dezembro de 2013 (data do julgamento).

Ministro Antonio Carlos Ferreira, Relator

---

DJe 19.3.2014

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Trata-se, na origem, de ação monitória proposta por Iguana Factoring Fomento Mercantil Ltda., recorrente, contra DCA - Distribuidora Central de Alimentos Ltda., recorrida, na qual se busca o recebimento de dívida materializada em títulos que foram cedidos pela recorrida em decorrência de contrato de *factoring* (fomento mercantil).

O Juízo de primeiro grau rejeitou os embargos monitórios e declarou “constituído o título executivo em favor do autor, no valor de R\$ 72.115,83 (setenta e dois mil, cento e quinze reais e oitenta e três centavos), recaindo correção monetária, a partir do ajuizamento da ação, bem como os juros de mora, esses somente incidirão a partir da citação válida, no percentual de 1% ao mês” (e-STJ fl. 216).

O recurso de apelação da ré foi provido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, estando o acórdão assim ementado:

Apelação Cível. Processo Civil. Ação Monitória. Embargos monitórios. Cobrança de crédito adquirido por *factoring*. Sentença que reconheceu a constituição do título

executivo em favor do apelado. Configuração da impossibilidade de constituição do crédito, eis que a empresa de *factoring* assume o risco pela insolvência do título de crédito negociado. Recurso conhecido e provido (e-STJ fl. 260).

O Tribunal de origem acolheu também os aclaratórios opostos pela apelante para fazer constar do acórdão embargado “a reversão dos honorários advocatícios sucumbenciais no percentual de 10% (dez por cento) do valor da causa em favor do embargante” (e-STJ fl. 271).

Inconformada, a autora, Iguana Factoring Fomento Mercantil, interpôs o presente recurso especial, com fundamento no art. 105, III, alínea **a**, da CF, alegando violação dos arts. 104 e 296 do CC/2002 e incidência do princípio da obrigatoriedade dos contratos (*pacta sunt servanda*). Sustenta, em síntese, a legalidade do direito de regresso do faturizador contra o faturizado, ressaltando que “o Contrato de Fomento Mercantil acostado à fl. 55, mais precisamente, na cláusula 12, é expressa ao afirmar que sobrevindo vícios de qualquer natureza a recorrente é obrigada a recompor os títulos” (e-STJ fl. 288).

Assegura “que existem nos autos documentos devidamente assinados pela recorrente, como duplicatas, recibos e comprovante de remessa de títulos, porquanto, não são unilaterais” (e-STJ fl. 289).

Foram apresentadas contrarrazões, alegando a recorrida, preliminarmente, a intempestividade do recurso. Baseada no art. 2º da Lei n. 9.800/1999, afirma “que a recorrente apresentou suas razões, por transmissão *fac-simile* em 22 de janeiro de 2007 – *fls. 228 Verso* – entretanto, somente veio apresentar os originais em 29 de janeiro de 2007, decorridos, portanto, 07 (sete) dias” (e-STJ fl. 298), ultrapassando a ampliação legal de 5 (cinco) dias. A entrega dos originais deveria ter ocorrido até o dia 26 de janeiro de 2007, sexta-feira, não no dia 29 seguinte, segunda-feira, sendo impróprio falar em suspensão ou interrupção.

Também a título de preliminar, salienta a “ausência de requerimento de remessa do recurso à instância superior” (e-STJ fl. 300), condição indispensável ao processamento da irresignação recursal. Invoca, nessa parte, a norma do art. 295, parágrafo único, I, do CPC.

Sobre os temas de mérito, alega a recorrida que não está caracterizado o prequestionamento e que o faturizador não possui direito de regresso contra o faturizado. Argumenta que se aplica o CDC e que se cuida de contrato de adesão, sendo abusiva a Cláusula 12.

O recurso especial foi admitido na origem (e-STJ fls. 317-319).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira (Relator): Conforme relatado, a recorrente propôs ação monitória contra a recorrida, buscando o recebimento de dívida materializada em títulos que foram cedidos em decorrência de contrato de *factoring* (fomento mercantil).

O Juízo de primeiro grau rejeitou os embargos monitórios e declarou “constituído o título executivo em favor do autor, no valor de R\$ 72.115,83 (setenta e dois mil, cento e quinze reais e oitenta e três centavos), recaindo correção monetária, a partir do ajuizamento da ação, bem como os juros de mora, esses somente incidirão a partir da citação válida, no percentual de 1% ao mês” (e-STJ fl. 216). No que interessa ao julgamento do presente recurso, a sentença encontra-se assim fundamentada:

Quanto ao mérito, a embargante argumenta que não teria responsabilidade pelo inadimplemento dos títulos emitidos e, ainda, que não existiria, no instrumento de contrato, qualquer cláusula de recompra. Não merecem guarida tais alegações, conforme se demonstra a seguir.

Consta no instrumento de contrato de fomento mercantil (às fls. 55), mais precisamente, na cláusula 12, o enunciado que segue:

*Cláusula 12 – Concluída a operação e sobrevindo a constatação de vícios ou de quaisquer outras exceções na origem do (s) título (s) negociado (s), ou em caso de inadimplemento do sacado-devedor, obrigam-se a contratante e os fiadores, a recomprá-lo (s) da contratada, pelo valor de face do título negociado, acrescido da multa de 10,00% (dez por cento) e de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês.*

Do teor da cláusula acima delineada, verifica-se claramente a responsabilidade da promovida pelo inadimplemento dos valores constantes nos documentos juntados aos autos e não adimplidos em seu termo.

Ademais, constata-se ainda a referência expressa à exigência de recompra, pela demandada, no que tange aos títulos não adimplidos nos seus respectivos vencimentos, tudo indicando a insubsistência dos fundamentos descritos nos embargos injuncionais opostos pela promovida (e-STJ fl. 215).

O Tribunal de origem, por sua vez, ao reformar a sentença, afirmou que, “em sendo a prestação de serviço de fomento mercantil remunerada, justamente pelo risco assumido na liquidação dos títulos negociados, ilegal e incompatível estabelecer a obrigação de recompra, em caso de inadimplemento, sob pena de

enriquecimento indevido da empresa prestadora de serviços. Deste modo, a reforma da sentença *a quo*, não implica no desrespeito dos artigos 104 e 296, ambos do Código Civil” (e-STJ fl. 264). Salientou a Corte local, ainda, que “somente se poderia defender a possibilidade de recompra quando comprovada a existência de vício ou defeito na origem do título cujos créditos são cedidos, hipótese que não ocorre no caso concreto” (e-STJ fl. 264).

O acórdão recorrido deve ser mantido, mas antes cabe-me repelir as preliminares de não conhecimento do recurso especial deduzidas nas contrarrazões.

Diversamente do que alega a recorrida, a pretensão recursal é tempestiva. Na linha da jurisprudência desta Corte, quando interposto o recurso mediante fac-símile, a petição original deve ser protocolizada em 5 (cinco) dias, a contar do fim do prazo recursal, não da data da interposição por fax. Sobre o tema:

Processual Civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Recurso protocolado via fax. Original apresentado a destempo. Intempestividade.

1. Os originais do recurso interposto via fac-símile devem ser entregues em juízo no prazo de cinco dias após o término do prazo para a interposição do referido recurso, conforme previsto no art. 2º da Lei n. 9.800/1999.

2. O prazo para apresentação da petição original, por ser contínuo, não se interrompe aos sábados, domingos ou feriados. Precedentes.

3. A existência de feriado em data anterior ao termo final, ausente prova de suspensão do expediente forense no último dia do prazo, não obsta o reconhecimento da intempestividade.

4. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no AREsp n. 108.940-SP, de minha relatoria, Quarta Turma, DJe de 21.8.2013).

Penal e Processo Penal. Agravo regimental em agravo em recurso especial. Recurso interposto via fax. Lei n. 9.800/1999. Ausência de identidade entre a peça apresentada via fax e os originais. Agravo interno que não combateu os fundamentos da decisão agravada. Aplicabilidade da Súmula n. 182-STJ. Afronta ao art. 93, IX, da CF. Matéria constitucional. Não cabimento. Agravo regimental a que se nega provimento.

1. A Lei n. 9.800/1999 faculta a interposição de recurso via fax, desde que dentro do prazo legal, e desde que os originais sejam enviados em 5 dias, contados após o fim do prazo recursal.

2. O artigo 4º da Lei retomada exige, ademais, a identidade entre a peça enviada via fax e o original, sob pena de não conhecimento do recurso, o que não se verificou no caso em apreço.

3. Compete ao recorrente, nas razões do agravo regimental, infirmar especificamente todos os fundamentos expostos na decisão agravada. Incidência do Enunciado n. 182 da súmula do Superior Tribunal de Justiça.

4. A análise de matéria constitucional não é de competência desta Corte, mas sim do Supremo Tribunal Federal, por expressa determinação da Constituição Federal.

5. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no AREsp n. 36.607-MG, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe de 26.8.2013).

Processo Penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Interposição por fac-símile. Original da petição. Juntada extemporânea. Não conhecimento.

1. O art. 2º da Lei n. 9.800/1999 impõe o dever de ser juntado o original do recurso enviado por fax em até 5 (cinco) dias.

2. O referido prazo inicia-se no dia seguinte ao término do prazo do recurso interposto por fac-símile, que, por ser contínuo, não se interrompe aos sábados, domingos, feriados ou no recesso forense, apenas não podendo o seu termo final ocorrer em data em que não houve expediente forense.

3. No caso, o termo inicial para a juntada dos originais começou no dia 31.8.2013 (sábado). Contudo, a defesa somente procedeu à juntada no dia 5.9.2013 (quinta-feira), fora, portanto, do quinquídio legal.

4. Agravo regimental não conhecido (AgRg no AREsp n. 363.043-SE, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe de 25.9.2013).

No caso concreto, o acórdão proferido no julgamento dos aclaratórios foi publicado em 10.1.2007, quarta-feira (e-STJ fl. 273), vencendo o prazo legal de 15 (quinze) dias em 25.1.2007, quinta-feira. O recurso especial, via fax, foi protocolizado em 22.1.2007 (fl. 278), dentro do prazo recursal, e a petição original, em 29.1.2007 (e-STJ fl. 286), respeitando-se o prazo suplementar de 5 (cinco) dias, contado a partir do dia 26.1.2007.

Quanto à “ausência de requerimento de remessa do recurso à instância superior” (e-STJ fl. 300), cumpre ressaltar que tal providência é irrelevante para o julgamento do especial nesta Corte Superior. Evidentemente, a competência para julgar o recurso especial, disciplinada no art. 105, III, da Constituição Federal, é do Superior Tribunal de Justiça, cabendo ao Presidente do Tribunal de origem, *ex officio*, processá-lo. Dentro dessa atribuição, compete-lhe abrir vista ao recorrido para apresentar contrarrazões, proferir decisão de admissibilidade e, se admitido, remeter os autos à instância superior. Veja-se que as razões do recurso especial são dirigidas a esta Corte (e-STJ fl. 287) e que o art. 295, parágrafo único, I, do CPC diz respeito à ausência, na petição inicial, de “pedido ou causa de pedir”, não sendo essa a questão.

Por último, ainda preliminarmente, a questão jurídica suscitada no recurso especial foi debatida amplamente no acórdão recorrido, no qual se fez menção expressa aos arts. 104 e 296 do CC/2002 (cf. e-STJ fl. 264), indicados como violados pela recorrente. O prequestionamento, então, encontra-se caracterizado.

No mérito, conforme noticiei acima, o recurso especial não pode ser acolhido.

O *factoring* era definido nos arts. 28, § 1º, “c.4”, e 48, parágrafo único, “d.2”, da Lei n. 8.981/1995 e 10, § 1º, **d**, da Lei n. 9.065/1995 (todos revogados pela Lei n. 9.249/1995) como “prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção e riscos, administração de contas a pagar e a receber, compras de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços”. A mesma definição consta do art. 15, § 1º, III, **d**, da Lei n. 9.249/1995, em vigor.

Na doutrina, por sua vez, Fábio Ulhoa Coelho descreve desta forma o *factoring* e as respectivas obrigações:

Pelo contrato de fomento mercantil, um dos contratantes (*faturizador*) presta ao empresário (*faturizado*) o serviço de administração do crédito, garantindo o pagamento das faturas por este emitidas. A faturizadora assume, também, as seguintes obrigações: *a*) gerir os créditos do faturizado, procedendo ao controle dos vencimentos, providenciando os avisos e protestos assecuratórios do direito creditício, bem como cobrando os devedores das faturas; *b*) assumir os riscos do inadimplemento dos devedores; *c*) garantir o pagamento das faturas objeto de faturização. Há duas modalidades de fomento mercantil. De um lado, o *convencional factoring*, em que a faturizadora garante o pagamento das faturas *antecipando* o seu valor ao faturizado. Essa primeira modalidade compreende três elementos: serviços de administração do crédito, seguro e financiamento. De outro lado, o *maturity factoring*, no qual a faturizadora paga o valor das faturas ao faturizado apenas no vencimento, modalidade em que estão presentes a prestação de serviços de administração do crédito e o seguro, mas ausente o financiamento (Curso de Direito Comercial. 14ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 163).

Arnaldo Rizzardo, aprofunda-se no tema definindo e enumerando as características e as consequências em relação aos créditos e aos títulos originários, ao faturizado e ao devedor cuja dívida tenha sido cedida à empresa de *factoring*, faturizadora, nos seguintes termos:

Por este contrato, um comerciante ou industrial, denominado “faturizado”, cede a outro, que é o “faturizador” ou “factor”, no todo ou em parte, créditos

originados de vendas mercantis. Assume este, na posição de cessionário, o risco de não receber os valores. Por tal risco, paga o cedente uma comissão.

[...]

Esta modalidade de contrato não é própria das atividades bancárias, mas utilizada por estabelecimentos diferentes, nas operações de comerciantes ou industriais em venda de títulos de crédito. Tem, no entanto, alguma semelhança com os descontos de títulos que se procede junto aos bancos.

Efetivamente, não se consideram as empresas que atuam no *factoring* instituições financeiras reguladas pelo Banco Central do Brasil. Nem são disciplinadas pela Lei n. 4.595, de 31.12.1964. Em verdade, o art. 17 desta Lei conceitua como bancos as pessoas jurídicas que visem ou tenham por finalidade básica a coleta, a intermediação ou aplicação de recursos financeiros de terceiros ou próprios. Já a finalidade que leva a constituir uma empresa de *factoring* nunca será a coleta ou captação de recursos monetários e a intermediação – o que é característico das instituições financeiras. Nesta ordem, não integram os escritórios de *factoring* o Sistema Financeiro Nacional. Verdade que a sua maior finalidade consiste na aplicação de recursos mas de recursos próprios e não de terceiros. Não se lhes permite a captação de dinheiro, sob pena de passar a desempenhar uma atividade específica de bancos.

Sobressaem duas modalidades: o *factoring* convencional (faturização convencional), pelo qual os créditos negociados são pagos ao cedente no momento da cessão, o que significa o adiantamento dos valores dos títulos; e o *naturality factoring* (faturização no vencimento), com o pagamento quando do vencimento dos títulos.

[...]

Três as partes que atuam necessariamente:

- a) Um comerciante ou industrial, que é o cedente, titular do crédito, que o endossa;
- b) Um estabelecimento adquirente, ou a empresa de *factoring*, o faturizador, que é o cessionário do crédito, o qual paga o valor respectivo ao cedente;
- c) O devedor do crédito, que é o comprador da mercadoria, ou cliente do vendedor ou cedente, junto ao qual a instituição ou faturizador receberá o montante da transação. Poderá ser pessoa física ou jurídica.

Para configurar a espécie, vários requisitos são necessários:

- a) Venda a prazo, pois se for à vista é, na prática, inócua a transferência do crédito, já que a operação busca munir de capital de giro o faturizado, que não está em condições de aguardar o vencimento do título;
- b) Transferência das contas do faturizado ao faturizador, relativas a seus clientes, o que se processa através da remessa de um *borderau*, instruído de

copias das faturas emitidas pelo vendedor, acompanhadas dos títulos de crédito, os quais serão endossados ao futurizador (banco). Este deverá efetuar a cobrança, junto ao devedor, que deverá ser notificado da transferência;

c) Caráter oneroso da operação, consistente na remuneração que receberá o futurizador pela cobrança dos títulos.

Quanto à estrutura do *factoring*, considera-se um contrato atípico, não regulado por nossa lei, como ocorre na maioria dos países onde é conhecido. É contrato misto, pois composto de elementos de cessão de crédito, do mandato e da locação de serviços.

Representa um financiamento da empresa faturizada adquirindo o futurizador os créditos da mesma, à qual paga a quantia correspondente. Assume o risco com a cobrança, sendo que a falta de pagamento pelo devedor não acarreta o direito de regresso contra o faturizado.

Enfatiza Caio Mário da Silva Pereira: “Pelo fato de assumir os riscos, não tem ação de *in rem verso* contra o faturizado. Por esta razão, ainda, deve ter a liberdade de escolher os créditos antes de sua cessão. Pelo fato de prestar um serviço de cobrança, tem uma remuneração percentual sobre os resultados obtido”.

*Será o faturizado responsabilizado unicamente se a dívida cedida encontrava-se eivada de vício a ponto de invalidá-la, como, por exemplo, se não se referia a fatura a uma venda efetiva.*

*Daí a distinção relativamente ao desconto, porquanto neste é assegurado o direito de regresso.*

Salientam-se os seguintes efeitos do contrato:

a) Cessão de crédito pelo faturizado, a título oneroso, para o futurizador;

b) Sub-rogação do futurizador nos direitos do faturizado, que se torna credor do comprador-devedor, contra o qual é reconhecido o direito de ação, se inadimplente;

c) Criação de vínculo entre o futurizador e o comprador-devedor, desde que notificado o último da cessão e para efetuar os pagamentos ao primeiro (Contratos. 13ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 1.397-1.399 - grifei).

A respeito do não enquadramento das empresas de *factoring* como instituições financeiras, nos termos dos ensinamentos doutrinários reproduzidos, acrescento que a Lei Complementar n. 105/2001 (que “dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências”) reforçou tal entendimento ao enumerar as entidades consideradas, efetivamente, como instituições financeiras (art. 1º, § 1º), dispondo no § 2º do art. 1º, ainda, que “as empresas de fomento comercial ou *factoring*, para efeito desta Lei

Complementar, obedecerão às normas aplicáveis às instituições financeiras previstas no § 1º. Daí que, por mais essa razão, descabe inserir a atividade de fomento comercial no conceito dos arts. 17 da Lei n. 4.595/1964 (“dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências”) e 1º da Lei n. 7.492/1986 (“define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências”), os quais estabelecem, respectivamente:

Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.

Art. 1º Considera-se instituição financeira, para efeito desta lei, a pessoa jurídica de direito público ou privado, que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação intermediação ou aplicação de recursos financeiros (vetado) de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários.

Afastado o enquadramento da faturizadora como instituição financeira, possuindo, na verdade, natureza de empresa comercial, sobretudo diante da efetiva alienação mediante a transferência do crédito e de todas as obrigações originárias envolvidas, esta Corte, em vários precedentes, vedou-lhe a cobrança de encargos financeiros bancários e, principalmente, retirou-lhe, em regra, o direito de regresso contra o faturizado no caso de inadimplência do devedor. Sobre o tema, confirmam-se os seguintes julgados:

Comercial. *Factoring*. Atividade não abrangida pelo sistema financeiro nacional. Inaplicabilidade dos juros permitidos às instituições financeiras.

I – O *Factoring* distancia-se de instituição financeira justamente porque seus negócios não se obrigam no direito de regresso e nem na garantia representada pelo aval ou endosso. Daí que nesse tipo de contrato não se aplicam os juros permitidos às instituições financeiras. É que as empresas que operam com o *factoring* não se incluem no âmbito do Sistema Financeiro Nacional.

II – O empréstimo e do desconto de título, a teor do art. 17, da Lei n. 4.595/1964, são operações típicas, privativas das instituições financeiras, dependendo sua prática de autorização governamental.

III – Recurso não conhecido (REsp n. 119.705-RS, Relator Ministro Waldemar Zveiter, Terceira Turma, DJ de 29.6.1998).

Civil. Contrato de *factoring*. Julgamento *extra petita*. Exclusão do tema abordado de ofício. Juros remuneratórios. Lei de Usura. Incidência. Limitação.

[...]

II. As empresas de *factoring* não se enquadram no conceito de instituições financeiras, e por isso os juros remuneratórios estão limitados em 12% ao ano, nos termos da Lei de Usura.

III. Recurso especial conhecido e parcialmente provido (REsp n. 1.048.341-RS, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, DJe de 9.3.2009).

Agravo regimental. Contrato de aquisição de créditos. Empresa de *factoring*. Juros remuneratórios. Limitação.

1. As empresas de *factoring* não integram o Sistema Financeiro Nacional, de tal modo que a taxa de juros remuneratórios está limitada em 12% ao ano.

2. Agravo regimental provido (AgRg nos EDcl no Ag n. 887.676-SP, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, DJe de 27.5.2010).

Direito Civil e Processual Civil. Fomento mercantil. *Factoring*. Responsabilidade do cedente.

1.- Na linha dos últimos precedentes desta Corte o faturizado não pode ser demandado regressivamente pelo pagamento da dívida.

2.- Agravo Regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp n. 1.305.454-SP, Relator Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe de 4.9.2012).

Recurso especial. Títulos de crédito. Duplicatas sem causa. Protesto. Indenização por danos morais. Redução.

1. O contrato de *factoring* convencional é aquele que encerra a seguinte operação: a empresa-cliente transfere, mediante uma venda cujo pagamento dá-se à vista, para a empresa especializada em fomento mercantil, os créditos derivados do exercício da sua atividade empresarial na relação comercial com a sua própria clientela – os sacados, que são os devedores na transação mercantil.

2. Nada obstante os títulos vendidos serem endossados à compradora, não há por que falar em direito de regresso contra o cedente em razão do seguinte: (a) a transferência do título é definitiva, uma vez que feita sob o lastro da compra e venda de bem imobiliário, exonerando-se o endossante/cedente de responder pela satisfação do crédito; e (b) o risco assumido pelo faturizador é inerente à atividade por ele desenvolvida, ressalvada a hipótese de ajustes diversos no contrato firmado entres as partes.

3. Na indenização por dano moral por indevido protesto de título, mostra-se adequado o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Precedentes.

4. Recurso especial conhecido em parte e provido (REsp n. 992.421-RS, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Relator para acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, DJe de 12.12.2008).

Cumprе registrar que a ressalva contida na parte final da ementa do último precedente citado (REsp n. 992.421-RS), pertinente a “ajustes diversos no contrato”, deve ser entendida no contexto do voto condutor do aresto. Basta ver que o em. Ministro *João Otávio de Noronha*, designado Relator para lavrar o acórdão, deixou a questão suspensa, indefinida, até pelo fato de não ser alvo do recurso. Veja-se o que consta do voto vencedor:

Posso até aceitar que, por não haver legislação que regulamente o contrato de *factoring*, nele possa ser prevista cláusula que coloque o endossante na posição de garante do título. Mas, além de tal questão atrair a análise de outras, tais como a responsabilidade ser solidária ou subsidiária (em razão da especificidade do contrato), isso não foi assunto cogitado nos presentes autos.

Assim, se não há direito de regresso, certo que o protesto da duplicata foi indevido.

Com efeito, em regra, a única exceção apta a permitir o direito de regresso ou de indenização é a hipótese em que a inadimplência é provocada, de alguma forma, pela empresa faturizada, cedente dos títulos. A respeito da questão, assim decidiu este Tribunal Superior ao julgar o REsp n. 43.914-RS, Relator Ministro *Eduardo Ribeiro*, Terceira Turma, DJ de 4.3.1996:

Frustrada a expectativa do cessionário de títulos, por força de contrato de *factoring*, de receber o respectivo valor, por ato imputável ao cedente, fica esse responsável pelo pagamento.

Juros - Cômputo a partir da citação.

Cito outro precedente:

*Falência. Nota promissória. Relações decorrentes do contrato de faturização. Precedente da Corte.*

1. Se a empresa cedente dos títulos, em decorrência de contrato de *factoring*, deu causa a que os mesmos não pudessem ser recebidos, fica responsável pelo pagamento.

2. Afirmando o Acórdão recorrido que os títulos estavam viciados na origem e que a promissória foi emitida de acordo com o contrato celebrado entre as partes, afastando a hipótese de ter sido preenchida em branco, nada impede que possa servir para instruir pedido de falência.

3. Recurso especial não conhecido (REsp 330.014-SP, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, DJ de 26.8.2002).

Parece-me que o entendimento contido nos precedentes acima deve ser mantido, tendo em vista estar condicionado o regresso à eventual má-fé ou à culpa exclusiva da faturizada, inviabilizando o adimplemento da dívida pelo suposto devedor originário. Em outras palavras, nesse caso, a cessão de direito decorrente do *factoring* envolveria uma dívida inexistente, absolutamente nula, sem lastro algum ou cuja liquidação não poderia ser efetuada em virtude de ato omissivo ou comissivo oriundo, exclusivamente, da própria faturizada. Em tais circunstâncias, em suma, *em decorrência de atos tão somente seus*, a faturizada encontra-se obrigada a ressarcir os danos que causou à faturizadora, seja por má-fé, seja por simples culpa.

Aliás, o próprio Tribunal de origem, no acórdão recorrido, observou que “somente se poderia defender a possibilidade de recompra quando comprovada a existência de vício ou defeito na origem do título cujos créditos são cedidos, hipótese que não ocorre no caso concreto” (e-STJ fl. 264).

Nesse contexto, deve-se discutir no presente julgamento a legalidade de cláusula contratual que garanta à empresa de *factoring*, de algum modo, independentemente da nomenclatura utilizada, o direito de regresso contra o faturizado *na hipótese de simples inadimplência do devedor principal*.

Conforme extraio da sentença reformada, o contrato estabelece na Cláusula 12 que, “concluída a operação e sobrevindo a constatação de vícios ou de quaisquer outras exceções na origem do (s) título (s) negociado (s), ou em caso de inadimplemento do *sacado-devedor*, obrigam-se a *contratante* e os *fiadores*, a *recomprá-lo (s)* da *contratada*, pelo valor de face do título negociado, acrescido da multa de 10,00% (dez por cento) e de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês” (cf. fl. 215).

A cláusula de recompra, sem dúvida – a própria sentença reconhece –, responsabiliza a faturizada pela liquidação da dívida meramente inadimplida pelo devedor principal, o que não se pode admitir, tendo em vista ser da essência do *factoring*, conforme demonstração acima, o dever de a faturizadora suportar os prejuízos pela inadimplência do crédito que “comprou” e se sub-rogou mediante instrumento de cessão de crédito.

Assim, na hipótese de mera inadimplência do devedor, a possibilidade de a faturizadora reaver da faturizada o que lhe pagou pela cessão do crédito

desnatura o contrato de fomento mercantil, confundindo-se com o contrato de desconto bancário, uma forma de empréstimo, assim definido por Fábio Ulhoa Coelho:

O desconto bancário é o contrato em que o banco (descontador) antecipa ao cliente (descontário) o valor de crédito que este titulariza perante terceiro, em geral não vencido, e o recebe em cessão. O banco, ao pagar pelo crédito descontado, deduz do seu valor a importância relativa a despesas e juros correspondentes ao lapso temporal entre a data da antecipação e a do vencimento. O interesse do banco no negócio de desconto de títulos decorre exatamente dessa dedução: se ele antecipasse ao cliente valor igual ao que recebe no vencimento da obrigação, não teria ganho nenhum, a operação não teria sentido econômico.

[...]

O desconto bancário é contato real, que se aperfeiçoa com a transferência do crédito ao banco descontador. *Nesse contrato, ao contrário do que se verifica no fomento mercantil, o cliente garante ao banco o pagamento do crédito transferido. Se o devedor com quem o descontário entabulou a relação jurídica originária do crédito não honra a obrigação no vencimento, o banco pode cobrá-la do seu cliente, em regresso* (ob. cit., pp. 156-157 - grifei).

Em sentido semelhante, embora tratando o fomento comercial como um contrato bancário atípico, Orlando Gomes, assim realiza o confronto entre as duas espécies contratuais referidas:

O *factoring* é um contrato bancário atípico que reúne prestações da cessão de crédito, do mandato e da locação de serviços. Sua individualidade decorre da função econômica própria e inconfundível que exerce. Distingue-se do *desconto* porque é uma cessão de crédito sem direito de regresso contra o cedente; assemelha-se, porém, ao *desconto* a forfait (Contratos. 11ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 530).

Por último, para reforçar o “regresso” como ponto de separação entre o fomento comercial e o desconto bancário, volto a invocar lições de Arnaldo Rizzardo, com o seguinte teor a respeito do desconto:

Trata-se do contrato pelo qual o banco, com prévia dedução dos juros, adianta ao freguês a importância de um crédito contra um terceiro, ainda não vencido, mediante a cessão do próprio crédito ao banco, desde que razoável. O art. 1.851 do Código Civil italiano apresenta o mesmo conceito, ou seja, o contrato em que o banco, mediante prévia dedução dos juros, antecipa ao cliente a importância de um crédito para com terceiro, ainda não vencido, por meio da cessão do próprio crédito.

[...]

*O descontário, porém, permanecerá vinculado ao banco até que o débito seja inteiramente satisfeito. Responderá ele pela obrigação na falta de resgate pelo devedor. É o que se depreende da lição do prof. Bonfim Viana: “Os negócios de desconto estão sujeitos à cláusula implícita de bom êxito. Não resgatados os títulos no seu vencimento, assiste ao banco o direito de agir em regresso contra os coobrigados cambiários.*

*No tocante à responsabilidade do descontário, poderá o banco acioná-lo fundado na inexecução contratual. A ação extracambiária contra o descontário pressuporá a devolução do título descontado.*

*O credor carecerá de ação cambiária na hipótese de desconto a forfait. O negócio estipularia a exoneração da responsabilidade do descontário. O título teria sido endossado com a cláusula sem garantia” (ob. cit. pp. 1.418-1.419 - grifei).*

Enfim, a diferença fundamental entre o fomento mercantil e o desconto bancário, *forma de empréstimo de dinheiro*, reside no fato de que, no primeiro, inexistente o direito de regresso e, no segundo, encontra-se garantido o referido direito, podendo, entretanto, a instituição financeira abrir mão desse regresso no “desconto a forfait”.

Sob esse enfoque, é importante ressaltar que o deságio ou o preço pago pela faturizada, se admitido o regresso no *factoring*, passaria a ter natureza de juros. É mais: considerando que as empresas de fomento mercantil possuem como “*atividade principal [...] a aplicação de recursos financeiros próprios*”, estaria atuando como verdadeira instituição financeira, inserindo-se no conceito estabelecido nos arts. 17 da Lei n. 4.595/1964 e 1º da Lei n. 7.492/1986, reproduzidos anteriormente, e os mencionados juros seriam, indubitavelmente, “remuneratórios”.

A propósito, destaco precedente desta *Quarta Turma*, no qual se registrou a impossibilidade de empresa de *factoring* atuar com a liberdade de contratar operações típicas das instituições financeiras, sem os ônus e sem a fiscalização impostos a essas. Confira-se a ementa do julgado:

Ação de revisão contratual e ação indenizatória. Contrato de financiamento com cessão de crédito a empresa de *factoring* vinculada a instituição financeira. Incidência da Lei de Usura. Juros moratórios. Dano moral. Protesto indevido. *Quantum* indenizatório excessivo. Redução.

“*Tratando-se de empresa que opera no ramo de factoring, não integrante do Sistema Financeiro Nacional, a taxa de juros deve obedecer à limitação prevista*

no art. 1º do Decreto n. 22.626, de 7.4.1933” (REsp n. 330.845-RS, relatado pelo eminente Ministro Barros Monteiro, DJ de 15.9.2003). O fato de a empresa de factoring ser vinculada a instituição financeira tampouco altera tal disciplina.

Os juros moratórios podem ser convenionados no limite previsto no Decreto n. 22.626/1933, consoante jurisprudência pacificada nesta Corte.

“O valor da indenização por dano moral não pode escapar ao controle do Superior Tribunal de Justiça” (REsp n. 53.321-RJ, Min. Nilson Naves). Redução da condenação a patamares razoáveis, considerando as peculiaridades da espécie.

Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido (REsp n. 623.691-RS, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, DJ de 28.11.2005).

Extraio do voto do em. Relator proferido no referido precedente as seguintes passagens, *in verbis*:

2. Conforme delineado pelo MM. Juízo originário, a relação contratual em tablado não é de índole estritamente bancária, como evidencia o seguinte excerto da r. sentença:

*Inicialmente, observo o inusitado contrato firmado entre as partes, juntado à fl. 73. Cuida-se de um instrumento denominado “Contrato de Compra e Venda a Prazo com Reserva de Domínio e de Cessão de crédito”, envolvendo a autora, a Ribeiro Jung S/A Com. Automóveis e a Cruzeiro Factoring Sociedade de Fomento Comercial.*

Nota-se que as partes originárias do pacto são a autora e a Ribeiro Jung S/A. Por esse contrato, primeiro, a autora torna-se devedora da Ribeiro Jung. Contudo, no mesmo instrumento, a Ribeiro Jung cede seu crédito à Cruzeiro Factoring.

Veja-se que o Banco ABN AMRO S/A não aparece no contrato. Seria, pois, em princípio, parte passiva ilegítima, se ele próprio não defendesse sua legitimidade.

*Atente-se para o que diz o banco (fl. 85): “(...), o referido contrato encontra-se juntado aos autos a fl. 73, sendo que foi firmado com a empresa do mesmo grupo do demandado, ou seja, com Cruzeiro Factoring Sociedade de Fomento Comercial. Tratando-se de empresas do mesmo grupo, e tendo sido citado o Banco ABN, há a legitimidade deste para esta defesa no presente feito.” (Grifei).*

(...)

*Nessa senda, deve é o réu responder pela demanda, já que se responsabiliza pelos fatos, em que pese praticados por empresa diversa (fl. 53).*

Em vista desse quadro fático, não alterado pelo Tribunal *a quo*, o Decreto n. 22.626/1933 foi tido por incidente na hipótese em tela, nos seguintes termos:

Todavia, mesmo que o Banco assuma a responsabilidade, não pode ele legitimar cláusulas contratuais absolutamente nulas. Anota-se que, afora a discussão se os juros praticados pelos bancos sofrem ou não limites, é consenso que as entidades diversas das instituições financeiras não podem cobrar juros acima dos legalmente permitidos, ou seja, 6% ao ano, podendo chegar a 12% ao ano, com a incidência do Decreto n. 22.626/1933.

Tanto a Ribeiro Jung quanto a Cruzeiro Factoring não são instituições financeiras, devendo, portanto, sujeitar-se aos juros legalmente permitidos, que não podem ser superiores a 12% ao ano.

*Desse modo, a ilegalidade reside na fixação dos juros entre as partes originárias, Autora e Ribeiro Jung, que não poderiam exceder a 12% ao ano nem ser capitalizados. E, mesmo que houvesse endosso no próprio instrumento à Cruzeiro Factoring, a situação jurídica não sofre alteração alguma, porque a Cruzeiro Factoring também não é instituição financeira e, se fosse, não poderia legitimar um vício de origem (fls. 53-54).*

Correta a r. sentença no ponto. A instituição de *factoring*, que figura apenas como cessionária de crédito em relação à contratante originária, não está alheia às disposições da Lei de Usura só por ser vinculada ao banco.

Não se desconhece a importante função econômica das empresas de *factoring*, embora ausente regulamentação específica. Todavia, conforme doutrina e precedentes deste Tribunal Superior, o risco assumido pelo faturizador é inerente à operação de *factoring*, não podendo o faturizado ser demandado para responder regressivamente, salvo se tiver dado causa ao inadimplemento dos contratos cedidos.

Ante o exposto, *nego provimento* ao recurso especial.

É como voto.

#### VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Raul Araújo (Presidente): Srs. Ministros, também cumprimento o eminente Relator pelo voto muito técnico e preciso que nos traz e acompanho integralmente S. Exa.

Nego provimento ao recurso especial.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.258.389-PB (2011/0133579-9)**

---

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Recorrente: Município de João Pessoa

Advogados: Alexandre Vieira de Queiroz e outro(s)

Carlos Alexandre Paranhos de Macedo

Recorrido: Rádio e Televisão Paraibana Ltda

Advogado: Sylvio Torres Filho e outro(s)

---

**EMENTA**

Direito Civil-Constitucional. Responsabilidade civil. Informações veiculadas em rede de rádio e televisão. Ação indenizatória por dano moral ajuizada por município contra o particular. Impossibilidade. Direitos fundamentais. Pessoa jurídica de direito público. Reconhecimento limitado.

1. A tese relativa à indenização pelo dano moral decorrente de ofensa à honra, imagem, violação da vida privada e intimidade das pessoas somente foi acolhida às expensas no ordenamento jurídico brasileiro com a Constituição Federal de 1988 (artigo 5º, incisos V e X), que o alçou ao seletivo catálogo de direitos fundamentais. Com efeito, por essa ótica de abordagem, a indagação acerca da aptidão de alguém sofrer dano moral passa necessariamente pela investigação da possibilidade teórica de titularização de direitos fundamentais, especificamente daqueles a que fazem referência os incisos V e X do art. 5º da Constituição Federal.

2. A inspiração imediata da positivação de direitos fundamentais resulta precipuamente da necessidade de proteção da esfera individual da pessoa humana contra ataques tradicionalmente praticados pelo Estado. É bem por isso que a doutrina vem entendendo, de longa data, que os direitos fundamentais assumem “posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das

necessidades dos cidadãos” (MENDES, Gilmar Ferreira [*et. al.*]. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 222-223).

3. Em razão disso, de modo geral, a doutrina e jurisprudência nacionais só têm reconhecido às pessoas jurídicas de direito público direitos fundamentais de caráter processual ou relacionados à proteção constitucional da autonomia, prerrogativas ou competência de entidades e órgãos públicos, ou seja, direitos oponíveis ao próprio Estado e não ao particular. Porém, ao que se pôde pesquisar, em se tratando de direitos fundamentais de natureza material pretensamente oponíveis contra particulares, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nunca referendou a tese de titularização por pessoa jurídica de direito público. Na verdade, há julgados que sugerem exatamente o contrário, como os que deram origem à Súmula n. 654, assim redigida: “A garantia da irretroatividade da lei, prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição da República, não é invocável pela entidade estatal que a tenha editado”.

4. Assim, o reconhecimento de direitos fundamentais – ou faculdades análogas a eles – a pessoas jurídicas de direito público não pode jamais conduzir à subversão da própria essência desses direitos, que é o feixe de faculdades e garantias exercitáveis principalmente contra o Estado, sob pena de confusão ou de paradoxo consistente em se ter, na mesma pessoa, idêntica posição jurídica de titular ativo e passivo, de credor e, a um só tempo, devedor de direitos fundamentais, incongruência essa já identificada pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão (*BVerfGE* 15, 256 [262]; 21, 362. *Apud*. SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013 p. 639).

5. No caso em exame, o reconhecimento da possibilidade teórica de o município pleitear indenização por dano moral contra o particular constitui a completa subversão da essência dos direitos fundamentais, não se mostrando presente nenhum elemento justificador do pleito, como aqueles apontados pela doutrina e relacionados à defesa de suas prerrogativas, competência ou alusivos a garantias constitucionais do processo. Antes, o caso é emblemático e revela todos os riscos de se franquear ao Estado a via da ação indenizatória.

6. Pretende-se a responsabilidade de rede de rádio e televisão local por informações veiculadas em sua programação que, como alega o

autor, teriam atingido a honra e a imagem da própria Municipalidade. Tal pretensão representa real ameaça a centros nervosos do Estado Democrático de Direito, como a imprensa livre e independente, ameaça que poderia voltar-se contra outros personagens igualmente essenciais à democracia.

7. A Súmula n. 227-STJ constitui solução pragmática à recomposição de danos de ordem material de difícil liquidação – em regra, microdanos – potencialmente resultantes do abalo à honra objetiva da pessoa jurídica. Cuida-se, com efeito, de resguardar a credibilidade mercadológica ou a reputação negocial da empresa, que poderiam ser paulatinamente fragmentadas por violações a sua imagem, o que, ao fim e ao cabo, conduziria a uma perda pecuniária na atividade empresarial. Porém, esse cenário não se verifica no caso de suposta violação à imagem ou à honra – se existente – de pessoa jurídica de direito público.

8. 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 Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de dezembro de 2013 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

---

DJe 15.4.2014

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. O Município de João Pessoa-PB ajuizou ação de indenização por danos morais em face de Rádio e Televisão Paraibana Ltda., aduzindo que, nos programas chamados Tribuna Livre, Rádio

Verdade e Rede Verdade, transmitidos pela TV Miramar e Rádio 92 FM, seus respectivos apresentadores teceram vários comentários que denegriram a imagem da municipalidade, a exemplo de imputar à Secretaria de Educação e ao seu Secretário a prática de maus-tratos contra alunos da rede pública; permitir que ouvinte de um dos programas chamasse o Prefeito de “ditador”; afirmar que, em determinado evento de confraternização de servidores da Secretaria Municipal de Saúde, o Prefeito da capital paraibana estava a distribuir brindes em troca de votos, fato esse que, segundo entende o autor, configurou ataque em desfavor da mencionada Secretaria e de sua Secretária; ter afirmado que “João Pessoa parece não ter prefeitura” e que a “cidade parecia um buraco”.

O município sustentou, por isso, que “as matérias veiculadas, expondo depoimentos e opiniões diversas, ferem a moral, a dignidade, a honra e a reputação da promovente, não importando ser ela pessoa jurídica” (fl. 7), razão pela qual pleiteou o depósito, em juízo, dos arquivos originais dos mencionados programas e a condenação da ré ao pagamento de indenização por dano moral.

O Juízo de Direito da 7ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de João Pessoa-PB julgou improcedente o pedido (fls. 121-126).

A sentença foi mantida, em grau de apelação, por acórdão assim ementado:

*Processual Civil. Apelação Cível. Ação de indenização por danos morais. Condição da ação. Legitimidade ad causam. Arts. 3º e 267, VI, CPC. Matéria cognoscível de ofício. Município. Imprensa. Lei n. 5.250/1967. Ofensas. Prefeito. Teoria da asserção. Pertinência subjetiva presente.*

- Segundo a teoria da asserção, far-se-á presente a condição da ação da legitimidade *ad causam*, quando, no pólo ativo da demanda, figure quem, na petição inicial, afirme-se titular do bem controvertido, e, no passivo, aquele a quem se atribui a resistência à satisfação da pretensão.

*Civil. Apelação Cível. Responsabilidade Civil. Dano moral. Lei n. 5.250/1967. Programas radiotelevisivos. Patrimônio imaterial. Agressão. Pessoa jurídica. Município. Honra objetiva. Calúnia. Difamação. Possibilidade. Súmula n. 227, do STJ. Tensão constitucional. Princípios. Liberdade de imprensa. Art. 5º, IV, IX e XIV e 220, CF/1988. Ponderação de interesses. Dever de informar. Prevalência. Exercício lícito. Art. 188, I, CC. Ouvinte. Intervenção por telefone. Jornalista. Opinião. Crítica. Excludente. Art. 27, VI, Lei de Imprensa. Desprovisamento.*

- “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral” (Súmula n. 227, do STJ).

- A tensão entre princípios constitucionais, a exemplo do que ocorre, em sede de indenização por danos morais, entre a liberdade de imprensa e a proteção à honra e imagem, deve ser resolvida através da técnica da ponderação de interesses, cujas ferramentas principais são a proporcionalidade e razoabilidade.

- Inocorre ofensa à dignidade, à honra e à imagem, quando o exercício da liberdade de imprensa, mesmo tecendo críticas ou oportunizando que ouvintes e/ou entrevistados as façam, pauta-se dentro das fronteiras da licitude, sem descambar para o *animus caluniandi* ou *animus diffamandi* (fl. 159-160).

Opostos embargos de declaração (fls. 174-181), foram rejeitados (fls. 204-206).

Sobreveio, então, recurso especial apoiado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, no qual se alegou, além de dissídio jurisprudencial, ofensa ao art. 186 do Código Civil e arts. 1º, 12, 27 e 49 da Lei n. 5.250/1967 (Lei de Imprensa).

O recorrente sustenta, em síntese, que as condutas apontadas na inicial extrapolaram a liberdade de informação e de imprensa, atingindo ilicitamente a honra e a imagem da municipalidade.

Contra-arrazoado (fls. 220-229), o recuso especial não foi admitido (fls. 235-237) por decisão contra a qual foi interposto agravo de instrumento (Ag. n. 1.202.934-PB), provido por este relator para melhor exame do recurso especial (fls. 251-252).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 2. De saída, afirmo a competência das Turmas de direito privado do Superior Tribunal de Justiça para conhecer do caso em apreço.

Cuida-se de ação de responsabilidade civil ajuizada pelo Município de João Pessoa-PB em face de particular (Rádio e Televisão Paraibana Ltda.). A causa subsume-se, portanto, ao que dispõe o art. 9º, § 2º, inciso III, do RISTJ:

§ 2º À Segunda Seção cabe processar e julgar os feitos relativos a:

[...]

III - responsabilidade civil, salvo quando se tratar de responsabilidade civil do Estado;

Assim, não se tratando de responsabilidade civil do Estado, mas sim de responsabilidade civil do particular para com o Estado, a matéria é própria de direito privado.

3. Seguindo à análise do recurso especial, primeiramente, tal como o fez o acórdão recorrido, mister examinar a legitimidade ativa do recorrente no que concerne ao pleito de indenização por danos morais.

O Município de João Pessoa-PB pleiteia reparação de suposto dano próprio que alega ter experimentado em razão dos fatos descritos na inicial, malgrado se tenha aduzido fatos que dizem respeito, também, a pessoas naturais, como a do Prefeito e de secretários municipais.

É de cursivo conhecimento que as condições da ação, entre as quais se insere a legitimidade ativa para a causa, são extraídas *in statu assertionis*, vale dizer, segundo a causa de pedir e o pedido narrados pela parte, sem que se ingresse, nesse momento, na concreta aferição da titularidade do direito alegado ou na procedência das alegações (REsp n. 1.324.430-SP, Rel. Ministra *Nancy Andrigbi*, *Terceira Turma*, julgado em 19.11.2013; REsp n. 1.354.983-SE, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, *Segunda Turma*, julgado em 16.5.2013).

No caso, não se trata de pleito de direito alheio em nome próprio (art. 6º do CPC), como bem demonstra a passagem da inicial em que a municipalidade afirma que os fatos narrados “ferem a moral, a dignidade, a honra e a reputação do promovente, não importando ser ela pessoa jurídica” (fl. 7).

Saber se, concretamente, há dano moral indenizável é questão meritória não circunscrita às condições da ação.

4. Quanto ao mérito, a controvérsia instalada nos autos diz respeito à possibilidade de pessoa jurídica de direito público experimentar dano moral por apontadas matérias jornalísticas, muito embora o acórdão recorrido tenha analisado apenas se, concretamente, havia ilicitude ou dano moral indenizável.

O acórdão estadual sustentou suas conclusões nos seguintes termos:

Num primeiro nível de análise, impõe-se assentar a possibilidade das pessoas jurídicas postularem reparação por danos morais em juízo. Seguem-se, doravante, os argumentos que respaldam tal postura.

Primeiro, inexistente no ordenamento pátrio vigente dispositivo legal vedando tal pretensão, o que, por si só, já seria o bastante para franquear o acesso ao Judiciário.

Da prevalência dessa exegese decorreu a sedimentação jurisprudencial materializada na Súmula n. 227, do *STJ*, a saber:

Súmula n. 227, *STJ*: A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.

Tampouco há “discrimen” razoável para excluir dessa possibilidade as pessoas jurídicas de direito público, a exemplo do recorrente (art. 41, III, CC/2002).

[...]

A hipótese dos autos expõe o já clássico choque aparente entre dois bens jurídicos de envergadura constitucional. De um lado, a liberdade de expressão e/ou informação - liberdade de imprensa - e, de outro, a intangibilidade da honra e dignidade.

[...]

Fincando-se nessas considerações introdutórias, não se detecta, na hipótese, senão o exercício da liberdade de imprensa dentro das fronteiras da licitude. Quanto ao Programa “Tribuna Livre”, a suposta agressão teria se consumado, segundo a exordial, sobretudo, quando da participação de ouvinte precariamente identificado pelo prenome de “Cosme”, que atribuiu uma postura ditatorial ao Prefeito Constitucional da Capital.

Nessa ordem de idéias, de plano, salta aos olhos a tentativa de uma inconcebível transferência de autoria, claramente obstaculizada pelo princípio da individualização das sanções (art. 5º, XLV e XLVI, CF/1988), ainda mais quando inexistente a previsão legal de responsabilização por ato de terceiro para o caso.

Assim, ressalvada eventual orquestração entre o órgão de imprensa e o participante do programa, fato sequer alegado e, muito menos, provado, impossível se vislumbrar no caderno processual outro fenômeno senão o exercício regular do dever de informar.

Nesse contexto, ainda que se vasculhe com olhos de lince, não se consegue identificar, na intervenção do ouvinte em tela, ato ilícito ofensor do patrimônio imaterial do apelante atribuível à recorrida.

Ao ensejo, salutar ter em mente o que a Corte Suprema assentou acerca da liberdade de imprensa: “A liberdade de expressão constitui-se em direito fundamental do cidadão, envolvendo o pensamento, a exposição de fatos atuais ou históricos e a crítica.”

Em precedente no qual a ‘indigitada agressão foi, ao menos, em tese, muito mais contundente (RE n. 208.685-RJ), foi assim que o Supremo Tribunal Federal se pronunciou:

A simples reprodução, pela imprensa, de acusação de mau uso de verbas públicas, prática de nepotismo e trafico de influência, objeto de representação devidamente formulada perante o TST por federação de sindicatos, não constitui abuso de direito. Dano moral indevido.

Desse modo, importa concluir, a respeito deste ponto, que tudo se deu nos limites da liberdade de expressão e manifestação de pensamento.

Não merece melhor sorte a causa de pedir fundada nos comentários realizados pelo apresentador e comentarista dos programas “Rádio Verdade” e “Rede Verdade”, porquanto, a rigor, não fizeram muito mais do que difundir fato também noticiado por outros órgãos de comunicação, imprimindo-lhe a conotação que lhe aprouve, sem, com isso, desembocar nos chamados “*animus caluniandi*” ou “*animus diffamandi*”.

Nesse diapasão, o Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do REsp n. 719.592-AL, não sem antes bem rememorar que “a *responsabilidade civil decorrente de abusos perpetrados por meio da imprensa* abrange a colisão de dois direitos fundamentais: a liberdade de informação e a tutela dos direitos da personalidade (honra, imagem e vida privada). A atividade jornalística deve ser livre para informar a sociedade acerca de fatos cotidianos de interesse público, em observância ao princípio constitucional do Estado Democrático de Direito; contudo, o direito de informação não é absoluto, vedando-se a divulgação de notícias falaciosas, que exponham indevidamente a intimidade ou acarretem danos à honra e à imagem dos indivíduos, em ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa *humana*”, assevera que:

No que pertine à honra, a responsabilidade pelo dano cometido através da imprensa tem lugar tão-somente ante a ocorrência deliberada de injúria, difamação e calúnia, perfazendo-se imperioso demonstrar que o ofensor agiu com o intuito específico de agredir moralmente a vítima. Se a matéria jornalística se ateve a tecer críticas prudentes (*animus criticandi*) ou a narrar fatos de interesse coletivo (*animus narrando*, está sob o pálio das “excludentes de ilicitude” (art. 27 da Lei n. 5.250/1967), não se falando em responsabilização civil por ofensa à honra, mas em exercício regular do direito de informação.

[...]

Com efeito, num Estado Democrático de Direito, é imprescindível que se tenha uma imprensa livre, independente e imparcial, e que possa exercer sua missão sem censura, observados os princípios da “*Lex Mater*”.

A imperiosa tarefa de levar ao conhecimento do público o desenrolar dos acontecimentos relevantes para a comunidade, bem o franqueamento de oportunidade para que os concidadãos exponham seu pensamento, não deve ser confundida com o ânimo de desfechar ataques e/ou ofensas pessoais.

O objeto primordial da atividade desenvolvida pela imprensa, tanto falada quanto escrita, é justamente este, e, sendo exercida com respeito à dignidade e intimidade alheias, não há que se falar em ofensa à honra.

[...]

Nesse contexto processual, não há outra decisão a proferir senão a de, declarando que a conduta da recorrida, porquanto acobertada pelo exercício

regular de um direito (art. 188, I, CC), não gera direito a dano moral indenizável, desprover o recurso, sem óbice, contudo, até por força dos limites subjetivos da coisa julgada (art. 472, primeira parte, CPC), a que o atual Chefe do Poder Executivo Municipal futuramente afores demanda autônoma com similar intento, em nome próprio.

Não há precedente específico na Casa acerca do tema ora em análise, vale dizer, a possibilidade de município - pessoa jurídica de direito público - pleitear indenização por danos morais em face de particular, no caso, uma rede de rádio e televisão local.

4.1. É certo que, a par das intermináveis controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, o Superior Tribunal de Justiça sedimentou entendimento acerca da possibilidade de pessoa jurídica sofrer dano moral (Súmula n. 227), posição essa que, todavia, teve como substrato fático o alegado abalo moral de pessoas jurídicas de direito privado, essencialmente sociedades empresárias que sustentaram descrédito mercadológico em sua atividade comercial em razão de informações desabonadoras, como as veiculadas pela imprensa, protesto indevido de títulos, inclusão de seu nome em cadastro restritivo de crédito ou a devolução equivocada de cheques (REsp n. 161.913-MG, Rel. Ministro *Carlos Alberto Menezes Direito*, *Terceira Turma*, julgado em 22.9.1998; REsp n. 177.995-SP, Rel. Ministro *Barros Monteiro*, *Quarta Turma*, julgado em 15.9.1998; REsp n. 134.993-MA, Rel. Ministro *Sálvio de Figueiredo Teixeira*, *Quarta Turma*, julgado em 3.2.1998).

Com efeito, a situação tratada nos presentes autos não se ajusta nem à Súmula n. 227 nem aos precedentes acima citados, os quais deram lastro à edição do mencionado verbete.

4.2. Nesse passo, para o desate da controvérsia afigura-se-me necessária a abordagem, mesmo que breve, acerca de como a doutrina do dano moral foi acolhida no direito brasileiro, porquanto em décadas pretéritas, sobretudo antes dos anos 80 do século passado, não se admitia a possibilidade nem mesmo de pessoa física pleitear indenização por dano moral.

A doutrina dos antigos, embora cogitasse da reparabilidade *em tese* do dano moral, resistia em reconhecer, em concreto, o acolhimento desse direito no ordenamento jurídico pátrio.

Nesse sentido, confira-se o registro histórico de Yussef Said Cahali acerca do tema:

Uma coisa é admitir *a tese* da reparabilidade do dano moral; outra coisa é reconhecer que o nosso direito civil, em suas fases anteriores, a tivesse perfilhado.

Na fase da legislação pré-codificada, Lacerda de Almeida manifestou-se adepto da teoria negativista da reparação: “As cousas inestimáveis repelem a sanção do Direito Civil que com elas não se preocupa”.

Também Lafayette: “O mal causado pelo delito pode constituir simplesmente em um sofrimento físico ou moral, sem relação direta com o patrimônio do ofendido, como é o que resulta do ferimento leve que não impede de exercer a profissão, ou de ataque à honra. Nestes casos não há necessidade de satisfação pecuniária. Todavia, não tem faltado quem queira reduzir o simples sofrimento físico ou moral a valor: *são extravagâncias do espírito humano*”.

[...]

Assim Orlando Gomes, reconhecendo que já então prevalecia a doutrina da reparabilidade do dano moral, mas como o Código Civil de 1916 não inseria qualquer preceito alusivo a ele, contestava os que se manifestavam no sentido de que, perante o nosso direito, o dano moral poderia ser reparado (CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 39-40).

O Código Civil de 1916, a despeito de prever a possibilidade de uma pessoa experimentar dano não patrimonial, não referendava expressamente a reparabilidade do dano moral, vinculando a contraprestação pecuniária do ofensor à multa da pena criminal, no caso de lesão corporal, ou ao dote, caso o lesionado fosse “mulher solteira ou viúva ainda capaz de casar” (art. 1.538).

Quanto ao dano resultante de injúria ou calúnia, o Código revogado explicitamente adotou predileção pela reparação do prejuízo patrimonial, exceto se a vítima não pudesse comprovar dano de tal espécie, hipótese em que o ofensor lhe pagaria “o dobro da multa no grão máximo da pena criminal”. Na mesma linha, o dano à honra da mulher era reparado preferencialmente pelo casamento com o ofensor, por cuja falta seria a vítima recompensada com um “dote correspondente à condição e estado da ofendida” (art. 1.548).

Somente foi acolhida às expressas no ordenamento jurídico brasileiro com a Constituição Federal de 1988 (artigo 5º, incisos V e X), que alçou ao seletor catálogo de direitos fundamentais aquele relativo à indenização pelo dano moral decorrente de ofensa à honra, imagem, violação da vida privada e intimidade das pessoas.

Com efeito, por essa ótica de abordagem, no atual cenário civil-constitucional, a indagação acerca da aptidão de alguém sofrer dano moral passa necessariamente pela investigação da possibilidade teórica de titularização de

direitos fundamentais, especificamente daqueles direitos fundamentais a que fazem referência os incisos V e X do art. 5º da Constituição Federal.

Assim, nessa ordem de ideias, de forma mais geral, a controvérsia instalada nos presentes autos cinge-se em saber se pessoa jurídica de direito público pode ser titular de direitos fundamentais oponíveis contra o particular, e, de forma específica, se pode ser titular do direito fundamental à indenização por dano moral relacionado à violação da honra ou da imagem.

4.3. Como assevera José Afonso da Silva, em princípio, os direitos e garantias previstos no art. 5º da Constituição Federal - e de forma esparsa em outros dispositivos - são direcionados à pessoa natural e não às pessoas jurídicas, como também entendia Pontes de Miranda ainda na vigência da Constituição de 1967/1979 (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 191).

Não obstante, a regra de que os direitos fundamentais são titularizados, essencialmente, por pessoas naturais, não afastou a previsão expressa de direitos de titularidade própria de pessoa jurídica, como a propriedade de marcas, nome empresarial e outros signos distintivos (art. 5º, inciso XXIV); a autonomia assegurada aos partidos políticos e seu direito de antena, relacionado ao acesso ao rádio e à televisão (art. 17, §§ 1º e 3º); ou mesmo o direito à liberdade de imprensa, que é assegurado não só ao jornalista, mas também à própria empresa de comunicação (art. 220).

Por outro lado, há direitos fundamentais que, em razão de sua compatibilidade com a natureza das pessoas jurídicas, devem a elas ser reconhecidos por extensão, como a isonomia, o direito de resposta, de propriedade, sigilo de correspondência, de dados e telefônico, a proteção da coisa julgada, do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, direitos fundamentais de natureza judicial e as garantias constitucionais do processo - como a do juiz natural, a via do mandado de segurança, mandado de injunção, inadmissibilidade de provas ilícitas, ampla defesa, contraditório e inafastabilidade da jurisdição.

Outros direitos, à sua vez, por absoluta incompatibilidade, não podem ser extensíveis às pessoas jurídicas - de natureza privada ou pública -, como, por exemplo, a vedação de pena de morte, os direitos e garantias constitucionais do preso, os direitos sociais de moradia e proteção à maternidade e à infância. São direitos para cuja existência se faz necessária uma base biológica ou espiritual própria da pessoa humana.

Como aduz o eminente constitucionalista e Procurador Regional da República José Adércio Leite Sampaio, ao tratar da questão da titularidade de direitos fundamentais por pessoas jurídicas:

Não há uma extensão automática da lista de direitos a tais pessoas como se humanas fossem (e nem mesmo por equiparação), mas um reconhecimento por arrastamento e sempre na medida exata em que haja necessidade e conveniência de fazê-lo, em virtude de suas finalidades orgânicas ou funcionais. Os direitos fundamentais das pessoas jurídicas, sob ponto [de vista] subjetivo, não podem ser considerados sequer poderes da vontade, mas “interesses teleologicamente legitimados” ou “vinculações a um fim”. Parece, por isso, fora de questão a impossibilidade de um sindicato ser titular de liberdade religiosa, por exemplo, embora nada impeça que a mesma liberdade seja reconhecida a entidades de caráter religioso ou beneficente (SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 627-628).

Na mesma linha, o Código Civil de 2002 afirma aplicar-se “às pessoas jurídicas, *no que couber*, a proteção dos direitos da personalidade” (art. 52).

A questão aqui tratada ganha ainda mais relevo porquanto, diversamente dos direitos fundamentais reconhecidos às pessoas jurídicas de direito privado - que constituem faculdades oponíveis essencialmente contra o Estado ou, no máximo, de forma horizontal, contra os demais particulares -, o reconhecimento de direitos fundamentais titularizados por pessoas jurídicas de direito público percorre caminho exatamente inverso, uma vez que abre a possibilidade teórica de o próprio Estado ser detentor de tais direitos e, por consequência, de faculdades exercitáveis contra terceiros, vale dizer, contra outros órgãos ou entidades estatais ou até contra particulares.

Ocorre, porém, que a inspiração imediata da positivação de direitos fundamentais resulta precipuamente da necessidade de proteção da esfera individual da pessoa humana contra ataques tradicionalmente praticados pelo Estado.

A consagração constitucional de direitos intangíveis, nesse passo, radica sua razão de ser na evolução da afirmação histórica dos direitos humanos, em um cenário de reacomodação de valores que deslocou o cerne do sistema jurídico-normativo do Estado para o indivíduo, da sociedade para as pessoas que a compõem, em uma nova perspectiva pela qual se legitimou o direito individual de resistência à opressão ilegítima (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 4).

É bem por isso que a doutrina vem entendendo, de longa data, que os direitos fundamentais assumem “posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos” (MENDES, Gilmar Ferreira [*et. al.*]. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 222-223).

É como consectário direto dessa característica que os direitos fundamentais, em essência, manifestam-se a partir de três vertentes principais, todas elas oponíveis pelo indivíduo contra o Estado: (i) como direitos de defesa, mediante os quais se impõe a este (o Estado) um dever de abstenção no espaço de autodeterminação da pessoa; (ii) como direitos de prestação, pelos quais se impõe ao Estado o dever de comportamento positivo para a satisfação das necessidades do indivíduo; (iii) como direitos de participação, a partir dos quais é garantida ao cidadão a participação político-decisória no ambiente público do Estado.

Em razão disso, de modo geral, a doutrina e jurisprudência nacionais só têm reconhecido às pessoas jurídicas de direito público direitos fundamentais de caráter processual ou relacionados à proteção constitucional da autonomia, prerrogativas ou competência de entidades e órgãos públicos, ou seja, direitos oponíveis ao próprio Estado e não ao particular.

Os debates jurisprudenciais centraram-se, sobretudo, no cabimento de mandados de segurança e de injunção impetrados por entidades públicas, tendo sido na maioria dos casos reconhecido tal direito (MS n. 21.239, Relator(a): Min. *Sepúlveda Pertence*, Tribunal Pleno, julgado em 5.6.1991; MI n. 725, Relator(a): Min. *Gilmar Mendes*, Tribunal Pleno, julgado em 10.5.2007).

Nesse último julgado, o eminente relator, Ministro Gilmar Mendes, delimitou bem a controvérsia:

Não se deve negar aos Municípios, peremptoriamente, a titularidade de direitos fundamentais e a eventual possibilidade de impetração das ações constitucionais cabíveis para sua proteção. Se considerarmos o entendimento amplamente adotado de que as pessoas jurídicas de direito público podem, sim, ser titulares de direitos fundamentais, como, por exemplo, o direito à tutela judicial efetiva, parece bastante razoável vislumbrar a hipótese em que o Município, diante de omissão legislativa inconstitucional impeditiva do exercício desse direito, se veja compelido a impetrar mandado de injunção. A titularidade de direitos fundamentais tem como consectário lógico a legitimação ativa para propor as ações constitucionais destinadas à proteção efetiva desses direitos.

Porém, ao que se pôde pesquisar, em se tratando de direitos fundamentais de natureza material pretensamente oponíveis contra particulares, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nunca referendou a tese de titularização por pessoa jurídica de direito público.

Na verdade, há julgados que sugerem exatamente o contrário, como os que deram origem à Súmula n. 654, assim redigida: “A garantia da irretroatividade da lei, prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição da República, não é invocável pela entidade estatal que a tenha editado”.

Nesse linha, a doutrina também tem restringido bastante as hipóteses de titularização de direitos fundamentais por pessoas jurídicas de direito público.

Confira-se, nesse sentido, o magistério de Ingo Wolfgang Sarlet:

Questão bem mais controversa diz com a atribuição de titularidade às pessoas jurídicas de direito público, visto que, em regra, consideradas destinatárias da vinculação dos direitos fundamentais, na condição de sujeitos passivos da obrigação de tutela e promoção dos direitos fundamentais, de tal sorte que, em termos gerais, as pessoas jurídicas de direito público têm tido recusada a condição de titulares de direitos fundamentais. Todavia, considerando, especialmente quando se trata de um Estado Democrático de Direito [...], não há como deixar de reconhecer às pessoas jurídicas de direito público, evidentemente consideradas as peculiaridades do caso, a titularidade de determinados direitos fundamentais.

*Com efeito, a exemplo do que tem sido reconhecido no âmbito do direito comparado, onde o tema tem alcançado certa relevância, também no direito constitucional brasileiro é possível identificar algumas hipóteses atribuindo a titularidade de direitos fundamentais às pessoas jurídicas de direito público, o que se verifica especialmente na esfera dos direitos de cunho processual (como o direito de ser ouvido em juízo, o direito à igualdade de armas – este já consagrado pelo STF – e o direito à ampla defesa) (SARLET, Ingo Wolfgang [et. al.]. Curso de direito constitucional. 2 ed. (Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 324).*

Na mesma direção é o já citado magistério de José Adércio Leite Sampaio:

*Parece ainda mais contundente o argumento de que a titularidade jusfundamental pelo poder público leva à subversão da própria ideia de direitos fundamentais, desenvolvida a partir da esfera privada e em face do Estado e de suas instrumentalidades. Os direitos fundamentais não são mera técnica jurídica de tutela constitucional de pretensões subjetivas, mas institutos constitucionais de proteção de indivíduos e grupos sociais contra formas de opressão ou de desrespeito à dignidade humana, promovidas pelo Estado ou por poderes civis. Pode-se bem*

*dizer que uma entidade pública é titular do mandado de segurança ou do devido processo legal como instrumentos assegurados pela legislação infraconstitucional, não como garantia fundamental. Ou, pelo menos, não como extensão da titularidade jusfundamental, mas como produto de uma proteção reflexa extraída das normas de direitos.*

Assim também, dizemos que certos órgãos públicos detêm poderes ou competências constitucionais que podem ser defendidas em juízo. São direitos públicos subjetivos, como vimos, mas aceitamos que venham a ser identificados como garantias institucionais ou interesses legítimos, como desejam alguns, que estarão sempre relacionados a prerrogativas ou a direitos constitucionais não fundamentais. Em qualquer das modalidades de compreensão, direitos, garantias ou interesses, serão titulares de uma posição jurídica para defesa constitucional e administrativa de sua autonomia e competências, tendo à disposição o recurso à Justiça. [...] Mais importante é o seu fundamento: por mais que se critique o viés liberal da leitura dos direitos fundamentais que nega a titularidade das pessoas jurídicas de direito público, não se pode deixar de reconhecer que a inspiração da esfera de autonomia privada, seja como expressão de individualidade ou da dignidade humana, seja, mais correto, como poder de ação intersubjetiva, livre de opressão, é a pedra de toque que confere identidade ao sistema de direitos fundamentais (SAMPAIO, José Adércio Leite. *Op. cit.* p. 639-640).

Com efeito, o reconhecimento de direitos fundamentais – ou faculdades análogas a eles – a pessoas jurídicas de direito público não pode jamais conduzir à subversão da própria essência desses direitos, que é o feixe de faculdades e garantias exercitáveis principalmente contra o Estado, sob pena de confusão ou de paradoxo consistente em se ter, na mesma pessoa, idêntica posição jurídica de titular ativo e passivo, de credor e, a um só tempo, devedor de direitos fundamentais, incongruência essa já identificada pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão (*BVerfGE* 15, 256 [262]; 21, 362. *Apud.* SAMPAIO, José Adércio Leite. *Op. cit.*, p. 639).

5. No caso em exame, o reconhecimento da possibilidade teórica de o município pleitear indenização por dano moral contra o particular, a meu juízo, constitui a completa subversão da essência dos direitos fundamentais, não se mostrando presente nenhum elemento justificador do pleito, como aqueles apontados pela doutrina e relacionados à defesa de suas prerrogativas, competência ou alusivos a garantias constitucionais do processo.

Antes, o caso é emblemático e revela todos os riscos de se franquear ao Estado a via da ação indenizatória.

Pretende-se a responsabilidade de rede de rádio e televisão local por informações veiculadas em sua programação que, como alega o autor, teriam atingido a honra e a imagem da própria municipalidade.

Tal pretensão representa real ameaça a centros nervosos do Estado Democrático de Direito, como a imprensa livre e independente, ameaça que poderia voltar-se contra outros personagens igualmente essenciais à democracia.

Eventuais ataques ilegítimos a pessoas jurídicas de direito público podem e devem ser solucionados pelas vias legais expressamente consagradas no ordenamento, notadamente por sanções administrativas ou mesmo penais, soluções que, aliás, se harmonizam muito mais à exigência constitucional da estrita observância, pela administração pública, do princípio da legalidade, segundo o qual não lhe é dado fazer nada além do que a lei expressamente autoriza.

Finalmente, cumpre dizer que os próprios fundamentos utilizados pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e pela doutrina para sufragar o dano moral da pessoa jurídica não socorrem os entes de direito público.

Em boa verdade, a Súmula n. 227 constitui solução pragmática à recomposição de danos de ordem material de difícil liquidação – em regra, microdanos – potencialmente resultantes do abalo à honra objetiva da pessoa jurídica (TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, Tomo I. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004).

Cuida-se, com efeito, de resguardar a credibilidade mercadológica ou a reputação negocial da empresa, que poderiam ser paulatinamente fragmentadas por violações a sua imagem, o que, ao fim e ao cabo, conduziria a uma perda pecuniária na atividade empresarial.

Porém, esse cenário não se verifica no caso de suposta violação à imagem ou à honra – se existente – de pessoa jurídica de direito público. Poder-se-ia cogitar, por exemplo, de potencial abalo moral da população de determinado município, do turismo ou do comércio local, em razão de informações desabonadoras a envolver a administração e seus administradores ou, ainda, as próprias características da cidade. Porém, mesmo nesse caso, não caberia ao Município pleitear para si a reparação de um dano que, se existente, seria coletivo ou difuso, cuja tutela se faz essencialmente pela via da ação civil pública.

Portanto, não há violação ao art. 186 do Código Civil, mostrando-se prejudicada a análise da suposta ofensa aos artigos da Lei de Imprensa, dada a não recepção pela Constituição Federal de 1988 (ADPF n. 130-STF).

6. Diante do exposto, e com o acréscimo desses fundamentos, o acórdão recorrido merece ser mantido, por isso nego provimento ao recurso especial.

É como voto.

## VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Sr. Presidente, acompanho a solução do voto do eminente Relator, cumprimentando-o pela minuciosa pesquisa, mas me reservo a possibilidade de, em outra ação, com outro tipo de panorama de fato, proposta por pessoa jurídica de direito público, adotar outra conclusão.

Do voto do Relator, destaco esta passagem de Gustavo Tepedino, que sintetiza muito bem o meu ponto de vista:

Em verdade, a Súmula n. 227 constitui solução pragmática à recomposição de danos de ordem material de difícil liquidação - em regra, microdanos -, potencialmente resultantes do abalo à honra objetiva da pessoa jurídica.

Penso que eventualmente se poderá colocar questões em que a pessoa jurídica de direito público sofra um abalo à honra e que mereça, da mesma forma que a pessoa jurídica de direito privado, uma composição. Não no caso em exame, em que se trata de uma rádio, em que está sendo alegado que as opiniões transmitidas por ela violariam um pretense direito do município. Na verdade, é um direito de crítica exercido por meio dessa rádio a agentes públicos municipais. Não houve ofensa à pessoa jurídica, ao Município, propriamente dito.

Mas figuro a hipótese de uma municipalidade entrar com uma ação, alegando que houve uma campanha difamatória da municipalidade vizinha contra ela, por exemplo, alardeando falsamente que o balneário vizinho está com todas as praias poluídas, e, portanto, houvesse, de fato, uma campanha contra a honra, causadora de danos à pessoa jurídica de direito público, danos morais limítrofes a danos materiais, porque a campanha difamatória poderia causar grande prejuízo ao comércio e ao erário municipal.

Não penso, data máxima vênia, que a circunstância de ser pública ou privada a pessoa jurídica seja o fator que impeça o ajuizamento de uma ação de dano moral. Entendo que há situações em que um município pode ser altamente difamado por motivos escusos de cidadãos alheios à municipalidade vítima. Estou figurando um exemplo caricato, mas, muitas vezes, é com exemplos

caricatos que se demonstra o equívoco de uma premissa, *data venia*. Não adiro a essa premissa, mas acompanho perfeitamente a conclusão de que não se deve valer o município de uma ação por danos morais em uma situação como a retratada nos autos.

Acompanho, portanto, a conclusão do voto do Relator.

Nego provimento ao recurso especial.

#### VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Sr. Presidente, cumprimento inicialmente o Ministro *Luis Felipe Salomão* pelo voto percuciente, que subscrevo integralmente.

*Nego provimento* ao recurso especial.

---

#### RECURSO ESPECIAL N. 1.306.443-SP (2011/0224178-0)

---

Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti

Recorrente: João Antônio Aidar Coelho e outro

Advogados: Ricardo Laerte Gentil Junior

Ramon Santos Morais

Recorrido: Pedro Luiz Ricardo Gagliardi

Advogado: Giulio Cesare Cortese e outro(s)

---

#### EMENTA

Recurso especial. Ação de indenização. Queixa-crime. Conteúdo. Ofensa à honra. Ausência. Dano moral. Inexistência. Responsabilidade das partes pela conduta do advogado. Inexistência. Precedentes do STJ.

1. Quando a própria causa de pedir da ação judicial consiste em imputação de crime, o insucesso do autor não autoriza a sua posterior responsabilização a título de danos morais pelos fatos

descritos em suas peças processuais, pertinentes ao debate da causa. “O STJ pacificou entendimento de que a apresentação de notícia-crime constitui, em regra, exercício regular de direito e, portanto, não sujeita o denunciante à responsabilização por danos materiais e morais sofridos pelo acusado, exceto nas hipóteses em que a má-fé ou culpa grave do delator contribuir para a imputação de crime não praticado pelo acusado. (Embargos de declaração no REsp n. 914.336-MS, rel. Min. João Otávio de Noronha. Quarta Turma, DJe 29.3.2010).

2. Embora a responsabilidade civil e a penal sejam independentes, o ordenamento jurídico é uno; suas diferentes regras devem ser interpretadas de forma coerente, harmônica. Não é crime a injúria ou a difamação cometida em juízo como argumento para a discussão da causa. Igualmente não acarreta, em princípio, responsabilidade civil, desde que as afirmações ofensivas tenham pertinência com o debate da causa. Pouco adiantaria a lei excluir o crime, se o direito de livre discussão da causa fosse freado pelo temor de responsabilização civil na hipótese de insucesso do autor da manifestação tida por ofensiva. Apenas os abusos, as ofensas divorciadas de sentido no contexto do debate da causa, são passíveis de punição na esfera penal e também na civil.

3. Hipótese em que o conteúdo de queixa-crime em que os querelantes pretendem demonstrar os fatos e circunstâncias do suposto ilícito praticado pelo querelado, ainda que dotado de animosidade, não é suscetível de ensejar indenização por danos morais.

4. A jurisprudência do STJ vem se firmando no sentido de que o advogado, e não a parte, responde por ofensas proferidas ao ensejo de sua atuação em juízo. Precedentes.

5. Recurso especial provido.

## ACÓRDÃO

Após o voto-vista do Ministro Luis Felipe Salomão, dando parcial provimento ao recurso, divergindo da Relatora, e os votos dos Ministros Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi e Raul Araújo, acompanhando a Relatora, a Quarta Turma, por maioria, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Relatora. Votou vencido o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (voto-vista).

Os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi (Presidente) e Raul Araújo votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 19 de novembro de 2013 (data do julgamento).

Ministra Maria Isabel Gallotti, Relatora

---

DJe 5.3.2014

## RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Trata-se de recurso especial interposto de acórdão que recebeu a seguinte ementa (e-STJ fl. 368):

*Apelação cível.* Ação de indenização por dano moral. Sentença de procedência. Inconformismo dos réus. Não acolhimento. Conquanto recomendável a indicação de um valor, ainda que como mera referência para o dano moral pretendido, a ausência dessa estimativa na petição inicial não implica em inépcia dessa inicial. Inexistência de cerceamento ao direito de defesa. Apelantes que, em suas razões de recurso, tiveram amplas condições de analisar o montante fixado e postular sua redução. Apelantes que ofereceram queixa-crime contra o apelado, acusando-o da prática de crimes de calúnia e injúria. Queixa crime rejeitada pelo Superior Tribunal de Justiça. Excesso na argumentação dos apelantes, que não se limitaram a tecer comentários a respeito do comportamento do apelado, Grão Mestre da Grande Loja Maçônica do Estado de São Paulo, por eles considerado indevido, mas também teceram comentários ofensivos a respeito da vida profissional do apelado. Devida a indenização por dano moral. Valor fixado que atende à dupla finalidade de amenizar a dor sofrida pelo ofendido e desestimular a reiteração da conduta ofensiva. Sentença mantida. Negado provimento ao recurso.

As instâncias de origem entenderam pelo dever de indenizar decorrente dos termos em que a queixa-crime foi ofertada pelos recorrentes em face do recorrido, mantendo o valor indenizatório a título de danos morais em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Nas suas razões de recurso, os recorrentes sustentam, em síntese, violação aos arts. 186, 188 e 945 do Código Civil, sob o fundamento de ausência do dever de indenizar.

Relatam o oferecimento de queixa-crime em desfavor do recorrido e alegam que na elaboração da peça “entendeu-se necessário o destaque ao comportamento do recorrido, aí realçando destaque aos seus cargos de Desembargador e Grão Mestre, tão somente como forma de elucidar e instruir

a convicção de quem receberia a queixa, mesmo porque a impressão que se tinha era a de que um Desembargador efetivamente não haveria de se envolver em questões daquele jaez” (*sic* e-STJ fls. 399-400).

Aduzem que “cumpriu-se desiderato do art. 59 do Código Penal evidenciando-se perplexidade com o comportamento do recorrido naquele nefasto episódio em que assacara mentirosas, injustas e infundadas acusações contra os recorrentes, abordando com irresignação os traços de personalidade que o recorrido evidenciara, seus motivos, circunstâncias e consequências que advieram daquele impensado e irresponsável ato de acusação” (e-STJ fl. 400).

Argumentam que o comportamento irresponsável é incompatível com a dignidade dos cargos que exercia, tanto na maçonaria, quanto na magistratura, mas que em momento algum os recorrentes se imbuíram do intento de ofender a honra do recorrido na peça que instrui a queixa-crime, tendo se referido aos cargos unicamente para exteriorização de incredulidade com o fato de que pessoa tão bem postada socialmente fosse capaz de atitudes tão vis.

Sustentam não haver ilícito na conduta de quem está no exercício regular do direito.

Asseveram que “eventuais excessos de linguagem cometidos no calor de uma ação penal e que não configurem injúria, difamação ou calúnia, não são passíveis de gerar reparação por dano moral, porque, ausente a intenção deliberada de ofender, limitada a questão ao âmbito do processo e inexistente a prova do dano, não há que se cogitar de ato ilícito, pressuposto único do dever de indenizar, tal como prescrito pelo artigo 186 do Código Civil” (e-STJ fl. 403).

Acrescentam que “não constitui ato ilícito as expressões tidas por ofensivas utilizadas em Juízo, pelo procurador da parte, se são correlatas com os fatos discutidos no processo, pois, presentes o nexos entre o exercício do direito vinculado aos termos da peça processual, incide a inviolabilidade, havendo que se distinguir entre a responsabilidade do profissional visando defender os interesses de seu cliente e a vontade livre de ofender, estando ele acobertado pela garantia da intangibilidade profissional, ainda que tenha se expressado de modo agressivo e até grosseiro, porém, mantidos os excessos de linguagem na discussão de causa, guardando um liame com o objeto do litígio” (e-STJ fl. 404).

Subsidiariamente invocam a inépcia da inicial por ausência de indicação de valor relativo ao pedido indenizatório ou, ainda, a redução da referida quantia por entendê-la excessiva.

Postulam a reforma do acórdão recorrido.

Contrarrrazões ao recurso especial às e-STJ fls. 465-480. Alega-se que, quanto à inépcia, não se apontou dispositivo de lei federal afrontado (e-STJ fl. 470). Aponta, também, ausência de prequestionamento das normas indicadas nas razões do recurso especial, incidência da Súmula n. 7 do STJ e ausência de demonstração do dissídio.

Em decisão de e-STJ fl. 543, foi dado provimento ao agravo para a conversão em recurso especial para melhor exame da questão neste órgão colegiado.

É o relatório.

## VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti (Relatora): A presente controvérsia cinge-se à responsabilidade civil dos ora recorrentes pelas palavras proferidas em peças da queixa-crime oferecida contra o recorrido, Grão Mestre da Loja Maçônica do Estado de São Paulo e Desembargador do Tribunal de Justiça do referido estado (fls. e-STJ 34-49) e em petição nos mesmos autos assinada por seu advogado (fls. e-STJ 53-60)

Consta dos autos que o recorrido, Pedro Luiz Ricardo Gagliardi, na qualidade de Grão Mestre da Grande Loja Maçônica do Estado de São Paulo, representou junto aos órgãos competentes da referida Loja para a apuração de práticas ilícitas (subtração, apropriação e receptação de programas e bancos de dados da 1ª Inspeção Litúrgica do Estado de São Paulo) supostamente cometidas pelos recorrentes em detrimento de outra entidade maçônica, o Supremo Conselho do Grau 33 do Rito Escocês Antigo e Aceito da Maçonaria para a República Federativa do Brasil, à qual vinculada a mencionada Inspeção.

Estes, a seu turno, ofereceram queixa-crime contra o recorrido acusando-o de injúria e calúnia. A queixa-crime dos ora recorrentes foi apreciada no âmbito desta Corte Superior, quando do julgamento da APn n. 448-SP, de relatoria do Ministro Ari Pargendler, e recebeu a seguinte ementa:

*Penal. Crime contra a honra. Ausência de dolo específico.* Quem exerce função institucional numa associação e relata ao órgão competente irregularidades praticadas no respectivo âmbito não comete o crime de calúnia nem de injúria, por faltar em ambos os casos o dolo específico. Queixa crime rejeitada.

(APn n. 448-SP, Rel. Ministro Ari Pargendler, Corte Especial, julgado em 20.9.2006, DJ 9.10.2006, p. 245)

O recorrido, em razão de entender que houve excesso na referida queixa-crime, ajuizou a presente ação ordinária de indenização por danos morais alegando que a petição inicial daquela queixa-crime deveria relatar apenas fatos tidos como criminosos imputados ao autor e que, no entanto, traz em seu bojo uma série de impropérios dirigidos à pessoa do autor na qualidade de magistrado e Grão Mestre da Ordem Maçônica (e-STJ fl. 4).

Alegou que houve abuso do direito de litigante, com o único intuito de denegrir a sua imagem, na qualidade de membro do Poder Judiciário.

O juízo de primeiro grau julgou procedente o pedido entendendo que “as considerações feitas importaram em ofensa não só à auto-estima do autor, mas ao seu conceito profissional junto aos seus pares integrantes do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e aos Ministros do Tribunal Superior de Justiça, onde foi apreciada a peça acusatória” (*sic* - e-STJ fl. 247). Condenou os réus ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Em sede de apelação o tribunal de origem manteve, por maioria de votos, a sentença. Assim constou do voto condutor do acórdão recorrido (e-STJ fls. 372-373):

O fato da queixa-crime ter sido rejeitada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, por si só, não implicaria na responsabilização dos querelantes, por danos morais.

Todavia, é forçoso reconhecer que, no caso concreto, houve excesso na argumentação dos apelantes que não se limitaram a tecer comentários a respeito do comportamento do Grão Mestre, por eles considerado indevido, mas também, inegavelmente, teceram comentários ofensivos a respeito da vida profissional do apelado, Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Esses comentários ofensivos são encontrados não apenas na petição inicial da queixa-crime, mas também em outra petição, protocolada sob n. 00105202, dirigida ao eminente Ministro Relator, no Colendo Superior Tribunal de Justiça (fls. 50-57).

A petição inicial da ação de indenização transcreve os trechos considerados ofensivos: “(...) O ilustrado Desembargador querelado não é afeito ao trato gentil com os mais humildes, tampouco costuma respeitar aqueles que o contrariam, colocando-se sempre acima de todos com a articulação veemente do poder que representa junto ao judiciário (...) (...) Abusa da credibilidade naturalmente decorrente desse cargo para iludir as pessoas e incentivá-las à prática de atos que muitas vezes não primam pela lisura. (...)” (*sic*. 2.1 doe. 02, 9º ao 14º parágrafo). A conduta do querelado é gravíssima, principalmente pelo fato de ocupar um dos

mais altos postos da magistratura paulista, onde atua como Desembargador da Câmara Criminal. Isto porque não há como lhe isentar pela ignorância ou errada compreensão da lei, pois ao menos, em tese deve aplicá-la diuturnamente no Tribunal onde presta serviço público, ainda que no caso presente não tenha demonstrado conduta escorregada, nem se mostrado afetuoso com o cumprimento das leis (...) (sic, item 4.5 doc. 02). “A conduta do Desembargador querelado, Pedro Luiz Ricardo Gagliardi, é incompatível com o que representa, tanto na vida profissional. (...) Exercendo a magistratura, não se conteve ante as imposições de ordem legal, de ética e de moral comum aos homens, do qual jamais deveria dissociar, já que o múnus de sua atividade profissional exige no mínimo comportamento pessoal irretorquível, ao menos em atenção aos padrões mínimos de conduta, pois afinal de contas ai está julgando, absolvendo e condenando todos os dias. (...) Não são atos de pessoas de bem. Não são compatíveis com a dignidade que se exige de um Grão Mestre Maçom, muito menos de um Desembargador do Tribunal de Justiça” (sic. Item 4.6.1 doe 02). IV - Como se não bastassem as ofensas e impropérios lançados, conforme acima transcritos, os requeridos, fizeram questão de continuar as ofensas em outra petição (doc.04), conforme abaixo se depreende: “(...) como Desembargador do Tribunal de Justiça Paulista, não poderia ser leviano Muito mais, deveria ser justo e imparcial. Infelizmente é dissimulado (...)”; (sic. Item 2.1, doe 04). “Esvair sua responsabilidade pelo fato de a denúncia ter sido oferecida por oficial da instituição e que a suspensão fora ordenada pelo tribunal interno, é de suma covardia, incompatível com seus cargos, tanto maçônico, quanto da vida civil. (sic. Item 3, doe 04)” (fls. 03-04).

Impossível negar o caráter ofensivo dessas afirmações.

Para imputar ao apelado a prática dos crimes de injúria e calúnia, bastaria aos apelantes a descrição dos fatos e das condutas consideradas criminosas.

Por vezes, alguma afirmação mais contundente, em reforço da argumentação, é tolerada.

(...)

Para oferecer a queixa-crime e atribuir ao apelado a prática de crimes de calúnia e injúria, não havia necessidade daquelas considerações de caráter pessoal e profissional, inegavelmente ofensivas.

Para reclamar de uma conduta ofensiva não é necessário ofender.

Concluiu aquela corte que os apelantes, ora recorrentes, se excederam na conduta e que, embora a princípio “justificável a abordagem, por parte dos querelantes, do tema relativo aos antecedentes, à conduta social e à personalidade do querelado” é “injustificável, contudo, valer-se dessa possibilidade para atacar a honra do querelado, mormente no aspecto profissional, imputando-lhe comportamentos incompatíveis com a função desempenhada e com os deveres inerentes ao cargo, estabelecidos em lei” (e-STJ fl. 376).

Assim delimitada a controvérsia, observo que as palavras tidas como ofensivas foram utilizadas pelo réus e seu advogado em queixa-crime ajuizada contra o autor e em petição (esta assinada apenas pelo advogado) nos autos respectivos, no debate da causa. Não se alega tenha sido dada, pelos réus, divulgação à peça processual fora do Tribunal competente para seu julgamento. Também não se trata de ofensa dirigida ao magistrado condutor do processo, membro do Ministério Público ou serventuários. Incide, portanto, a hipótese de exclusão do crime prevista no art. 142 do Código Penal, segundo o qual não constitui injúria ou difamação punível “a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador”.

Respondendo a críticas formuladas, à época da edição do Código Penal, explicou Sobral Pinto a razão de ser da excludente de criminalidade:

Se, em muitos casos, tal combate deve ser empenhado sem que se lance mão de recursos extremos, que vão ferir profundamente a pessoa do adversário, outras vezes isto não pode acontecer, pela natureza mesma do pleito. É que em tais hipóteses, *o combate judiciário, ao ser travado, trás em si, no próprio fato que lhe deu origem, a injúria ostensivamente estampada.*

Como, por exemplo, numa causa intentada com fundamento em defeitos do ato jurídico, isto é, no dolo, coação, ou simulação, deixar de lado, as expressões insubstituíveis que retratem, em alto relevo; e na sua odiosidade concreta, o procedimento do doloso, do coator, e do simulador?

Será possível, numa causa desta natureza, - que tem as suas origens na conduta torpe de um homem, que se prevaleceu de certas circunstâncias que lhe favoreciam a expansão da perversidade, em detrimento da boa fé alheia -, desprezar, sem traição, os vocábulos apropriados para descrever o estado interior sombrio da alma deste doloso, coator, ou simulador? A mesma cousa acontece, bem mais comumente, nos processos de natureza criminal. O Direito Penal é sobretudo nas sociedades christianizadas, o reflexo das regras morais em vigor no seio destas sociedades. Os crimes são, muito raramente, meras criações da técnica jurídica logicamente manejada. Eles se apresentam, pelo contrário, na sua imensa maioria, como ações que o legislador proíbe, sob pena de severas sanções, porque as regras da ética usual as considera como moralmente condenáveis. Esta é a verdadeira razão pela qual uma certa categoria de crimes acarreta para aqueles que os praticam uma situação de irremediável desmoralização no seio da opinião pública. Em tais processos não se discute apenas uma tese jurídica. Neles há alguma coisa mais: ha um homem a julgar, há uma ação a classificar. Como exigir, por exemplo, de um auxiliar de acusação que discuta a ação do criminoso de maneira absolutamente objetiva, sem entrar no estudo do seu coração tenebroso, se este auxiliar da acusação é um pai que vem pedir justiça contra o estuprador de uma filha, que, além do mais se viu contagiada por moléstia que põe em risco,

para sempre, a sua, antes, robusta saúde. Haverá, por acaso, entre os juristas que estejam em contacto com a alma humana, algum que ouse sustentar que esse pai, que vê a inocência da sua filha maculada pela torpeza de um malvado, não tem o direito sagrado de verberar, em termos causticantes e vingadores, perante o juiz da causa, o procedimento infame desse homem sem entranhas, que, para satisfazer os seus instintos bestiais, não trepida em profanar a pureza de um anjo que era o encanto austero de um lar feliz?

(SOBRAL PINTO, H. Das injúrias irrogadas em juízo. *Archivo Judiciario*. vol. 59, p. 109. Rio de Janeiro, 1941, grifo não constante do original)

Benjamin Jonson, em escrito também contemporâneo à entrada em vigor do Código Penal, mas igualmente de grande atualidade, enfatizou a colisão de princípios - tutela da honra e liberdade de defesa da causa em juízo - a qual deve ser resolvida em favor da segunda, imprescindível à paz social, motivo da existência do Poder Judiciário.

“Essa imunidade foi creada em benefício da defesa. Inspirou essa impunidade, pelo excessos de linguagem forense, a necessidade de dar a maior expansão à defesa nos pretórios. Se, pelo receio de responsabilidade criminal, as partes fossem obrigadas a ocultar fatos e circunstâncias indispensáveis à prova de suas alegações, ficaria a defesa muito reduzida na sua ação combativa, tendo como consequencia o colapso judicial”

(...)

Bem raros são os que se mantem nas lides forenses, com serenidade. Desta forma, os excessos de linguagem, até certo ponto, podem ser tolerados, tanto mais quanto ficam reduzidos a uma divulgação muito restrita. A lei proíbe a divulgação na imprensa das injúrias irrogadas em juízo, mesmo quanto não riscadas.

(...)

É erro supor que o juiz da causa está exposto a receber ofensas em juízo. Ele não é parte e somente as partes, por seu patronos estão sujeitos às ofensas. Nem mesmo o representante do Ministério Público e demais auxiliares da justiça podem ser atingidos.”

(...)

“Só numa hipótese não pode o juiz escapar às ofensas nos autos: é quando é dado por suspeito ou peitado. Aí nada há a punir, porque é da essência da exceção, a prova de qualquer fato, contendo ou não acusações graves contra o juiz recusado. Por isso mesmo porque é a lei que autoriza a prova de fato, é que não ha um crime a punir.”

(...)

“Mas é intuitivo que a imunidade só foi estabelecida em nome da defesa e que, portanto, só pode existir enquanto a alegação ofensiva é necessária como argumento para sustentar a controvérsia ou fazer predominante o direito pleiteado.

O legislador deparou em completa colisão dos princípios igualmente respeitáveis, reclamando razoável solução. De um lado, o respeito à vida privada, as considerações que a honra alheia deve merecer em toda a parte em que o homem se encontrar: do outro, a liberdade de defesa, que deve ser sempre a mais ampla, principalmente quando levantada em pleito judicial.”

(...)

*Todos os tratadistas baseiam a imunidade por injúrias produzidas em juízo, na necessidade, em benefício da justiça, de conceder à defesa a maior soma de liberdade. Entre os dois princípios virtuais defesa à honra e necessidade de defesa da causa - cede a lei a esta, abrindo uma exceção, qual a da irresponsabilidade. É, portanto, nessa necessidade da defesa, correlata a uma das mais belas destinações da sociedade organizada - qual a paz social - que se deve procurar a genese ou origem da exceção”.*

(JONSON, Benjamin. Ofensas irrogadas aos magistrados. Revista dos Tribunais, São Paulo, fasc. 500, vol. 135, p. 485, 1942).

No caso dos autos, discute-se a responsabilidade civil decorrente de ato acobertado pela excludente de criminalidade. Embora a responsabilidade civil e a penal sejam independentes, o ordenamento jurídico é uno; suas diferentes regras devem ser interpretadas de forma coerente, harmônica. Não é crime a injúria ou a difamação cometida em juízo como argumento para a discussão da causa. Igualmente não acarreta, em princípio, ao meu sentir, responsabilidade civil, desde que as afirmações ofensivas tenham pertinência com o debate da causa. Pouco adiantaria a lei excluir o crime, se o direito de livre discussão da causa fosse freado pelo temor de responsabilização civil na hipótese de insucesso do autor da manifestação tida por ofensiva. Apenas os abusos, as ofensas divorciadas de sentido no contexto do debate da causa, são passíveis de punição na esfera penal e também na civil.

Nesse sentido:

Embargos de declaração no recurso especial. Processo Civil. Recurso. Recebido como agravo regimental. Notícia-crime. Exercício regular de direito. Ausência de má-fé. Responsabilidade civil. Não configuração.

1. Admitem-se como agravo regimental embargos de declaração opostos a decisão monocrática proferida pelo relator do feito no Tribunal, em nome dos princípios da economia processual e da fungibilidade.

2. O STJ pacificou entendimento de que a apresentação de notícia-crime constitui, em regra, exercício regular de direito e, portanto, não sujeita o denunciante à responsabilização por danos materiais e morais sofridos pelo acusado, exceto nas hipóteses em que a má-fé ou culpa grave do delator contribuir para a imputação de crime não praticado pelo acusado.

3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento.

(EDcl no REsp n. 914.336-MS, rel. Min. João Otávio de Noronha, Quarta Turma, DJe 29.3.2010).

Direito Civil. Indenização por dano moral. Imputação, em peça procesual, dos crimes de prevaricação e abuso de autoridade ao juiz. Advogado. Inviolabilidade. Limites.

- O advogado goza de uma situação jurídica de liberdade, necessária à sua função combativa contra quem quer que viole o ordenamento jurídico, inclusive quando age em detrimento das decisões e normas emanadas do próprio Estado, sem que seja legítima ou legal qualquer possibilidade de perseguição, tanto na esfera penal quanto na civil.

- Esta inviolabilidade, contudo, não é absoluta. O art. 133 da CF recepcionou e incorporou o art. 142, I, do CP, e, de conseqüência, situou a inviolabilidade no campo da injúria e da difamação, não alcançando a calúnia.

- Porém, também esta regra não é absoluta. Se as alegações imputadas de caluniosas estiverem no contexto da defesa dos interesses e direitos do constituinte em juízo, havendo boa-fé, evidencia-se a ausência de dolo, razão pela qual não há crime, tampouco responsabilidade civil por danos morais.

- Na espécie, constata-se que inexistiu imputação direta de crime ao Juiz. As afirmações surgiram no encadeamento de idéias da peça recursal, com o claro intuito de reforçar a alegação de que o Juiz vinha desrespeitando decisão do Tribunal, fato esse que, se confirmado, implicaria inclusive no provimento do recurso.

Tratou-se, se tanto, de forma impolida de expressão, mas que constitui excesso admissível no cotidiano forense.

Recurso conhecido e provido.

(REsp n. 854.452-RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, DJe 22.8.2008)

Postas essas premissas, entendo que o voto-vencido proferido pelo Desembargador Revisor melhor solucionou a causa, concluindo que as afirmações proferidas tiveram a intenção tão-somente de ambientar os fatos, não havendo que se falar em conteúdo ofensivo da queixa-crime apto a ensejar

indenização por danos morais. Porque elucidativos, transcrevo os seguintes trechos (e-STJ fls. 381-384):

Referente ao mérito, os autos retratam acirrado desentendimento no âmbito de entidades maçônicas, começando, ao que tudo indica, por medidas tomadas pelo autor, consistentes em denúncia, ao tribunal da entidade, de crimes ignominiosos (furto e receptação de bens da sociedade) praticados pelos réus. A cizânia continuou - e parece continuar - mesmo depois daquele tribunal privado arquivar a denúncia, por inexistência de ilícito e de outra decisão, por conta de tais fatos, haver expulsado o apelado por crime de perjúrio.

Com os ânimos assim exaltados, os réus ajuizaram, no Superior Tribunal de Justiça, queixa-crime contra o autor, desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, imputando-lhe o crime de injúria.

Rejeitada à unanimidade a peça acusatória (fl. 49), o autor propôs a presente ação com vistas a ser compensado pecuniariamente pelo dano imaterial sofrido com as ofensas articuladas na peça acusatória, utilizada como expediente para ofendê-lo moralmente, como pessoa e como desembargador, notadamente para desmoralizá-lo junto ao Superior Tribunal de Justiça.

É a síntese do litígio.

Ao que se depreende, a crítica mais contundente e as expressões mais duras, empregadas pelo réu contra o autor, na inicial da queixa-crime e em petição endereçada ao Colendo Órgão Especial do Superior Tribunal de Justiça (fls. 31-46 e 50-57), concernem com a acusação que este àqueles fizera junto a tribunal maçônico, por crimes patrimoniais infamantes contra a entidade que os congregava.

Impende deixar claro que os fatos ocorreram no âmbito de entidades maçônicas, as quais, a despeito de haverem abrandado grande parte do secretismo de que se revestiram no passado, continuam a ser associações esotéricas, de poucos e discretos associados, ciosas, ao que se tem, da rigidez de seus princípios e do rigor com que relegam ao opróbio os que deles se afastam.

É dentro desta perspectiva, portanto, de exaltada defesa contra a execração da irmandade pelos atos acusados pelo autor, que os sabia inocentes, que as expressões contumeliosas empregadas na queixa-crime devem ser analisadas, designadamente, para se saber se desbordaram, ou não, dos limites permitidos na dialética processual da defesa de direitos.

Segundo o autor, ora apelado, os réus aproveitaram-se da queixa-crime ajuizada junto ao Superior Tribunal de Justiça para ofendê-lo moralmente como desembargador do Tribunal de Justiça, desqualificando-o para o exercício da magistratura, acoimando-o de "leviano", "dissimulado", "parcial", "antiético", "ignorante" (fls. 04-05).

Os réus defenderam-se argumentando não terem agido para ofender o autor, mas com a finalidade de verem-no condenado pela injúria contra eles cometida por meio de denúncia de crimes infamantes, ciente de sua inconsistência, única e exclusivamente para obter proveito na disputa por poder dentro da entidade maçônica. Dão a entender que as referências desairosas ao autor provêm da necessidade de descreverem os antecedentes fáticos desenrolados no âmbito de sociedade maçônica, com juízo de valor sobre a conduta do querelado, ora autor.

Pois bem.

Analisando as expressões acoimadas de ofensivas pelo apelado no âmbito em que os fatos se deram, a versão dos apelante ostenta verossimilhança: é que, integradas no texto de tal peça acusatória, as manifestações revelam sentido algo diverso do que as suas palavras, isoladamente consideradas, parecem encerrar.

Com efeito, as ofensas apontadas pelo autor estão nas frases da queixa-crime, adiante transcritas e analisadas, realçadas com marca-texto amarelo:

Afere-se pelos acontecimentos mais recentes, que a par dessa vasta cultura e conhecimento científico das Leis (*sic*), o ilustrado Desembargador (*sic*) querelado não é afeito ao trato gentil com os mais humildes, tampouco costuma respeitar aqueles que o contrariam, colocando-se sempre acima de todos com a articulação veemente do poder que representa junto ao judiciário e da própria Maçonaria Paulista. Abusa da credibilidade naturalmente decorrente desse cargo para iludir as pessoas e incentivá-las à prática de atos que muitas vezes não primam pela lisura (fl. 34).

Tanto nesta como em outras passagens do texto, a contundência da crítica e adjetivação mais se assemelham a erros de sintaxe do que a premeditado desvio do relato dos fatos (nos quais os querelantes se disseram vítimas da injúria do querelado) para ofender o querelado, nos seus predicativos de desembargador do Tribunal de Justiça.

Realmente, tais fatos - de resto não desmentidos pelo autor (querelado) - estão documentados em pronunciamentos e atos internos da maçonaria em que os então querelantes se queixavam de indevida intervenção do querelado na entidade maçônica de que somente eles faziam parte, com o objetivo de estender a tal associação o poder de político que desfruta como Grão Mestre de outra associação maçônica. Disseram mais, com traslados de julgamentos posteriores, igualmente não contraditados, que a verdade de tal expediente injurídico e antiético se comprovou com o arquivamento da denúncia, por inexistência de ilícito, e com a expulsão do apelado da entidade maçônica, pela prática perjúrio relativo a tal contexto fático.

Ora, se é assim e assim é pelos documentos juntados, então as expressões empregadas, malgrado desairosas, não tiveram outro sentido senão o de ambientar os fatos dentro da entidade fechada da Maçonaria.

Nessa perspectiva, nem mesmo pela oração em que disseram que o apelado se punha acima de todos, *com articulação veemente do poder que representa junto ao judiciário e da própria Maçonaria Paulista*, se chega à indubitosa conclusão de que obraram os réus com ânimo deliberado de ofender o autor. E que, se a injúria que imputaram na queixa-crime sobreveio em meio de disputa de poder político, não parece desabusado atribuir ao autor prestígio, pelas elevadas funções exercidas na Maçonaria, como Grão Mestre, e no Judiciário, como desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, a ponto de exercer influência no ânimo de seus pares.

Em discussões dessa natureza, as palavras e expressões não podem ser medidas com precisão, senão que devem ser tolerados os excessos decorrentes da exaltação dos sentidos, ainda que proferidas além do âmbito estreito da chamada retorsão imediata.

(...)

A exemplo do texto antes analisado, os querelantes, embora com redação algo confusa, não parecem ter agido com o escopo deliberado de ofender moralmente o querelado, senão o de descrever o contexto fático com certa minudência e parcialidade - é certo, mas que é próprio das partes litigantes, na dialética processual. Ora, é da experiência de vida o acusador não tecer loas ao acusado, assim como adversários de acirrada disputa política imunizarem-se mutuamente contra a incontinência de seus adversários, sejam maçons ou membros do judiciário, necessariamente afastados, uns e outros, das insígnias e majestades de seus cargos e funções.

Em outro parágrafo da queixa-crime, os querelantes, representados pelo advogado que os defendia, registraram:

A conduta do Desembargador querelado, Pedro Luiz Ricardo Gagliardi, é incompatível com o que representa, tanto na vida profissional, quanto na sua vida pessoal onde exerce o Grão Mestrado. Exercendo a magistratura, não se conteve antes as imposições de ordem legal, da ética e da moral comum aos homens, do qual jamais deveria se dissociar, já que o múnus de sua atividade profissional exige no mínimo comportamento pessoal irretorquível, ao menos em atenção aos padrões mínimos de conduta, pois afinal de contas aí está julgando, absolvendo e condenando todos os dias. Como Grão Mestre da Grande Loja Maçônica de São Paulo teve conduta indigna do cargo que ocupa, frustrando a confiança que lhe depositaram os maçons ao elegê-lo (*sic*) Grão Mestre. Ao contrário do preceito maçônico universal, semeia discórdia entre os irmãos, denigre a pessoa humana. Não respeitou a dignidade alheia, revelandose contumaz em acusar homens de bem, envolvendo a instituição e ele mesmo em processos judiciais de toda natureza (*sic*). Não é conduta que a ordem maçônica aprove. Não são atos de pessoas de bem. Não é conduta que a ordem maçônica aprove. Não são

atos de pessoas de bem. Não são compatíveis com a dignidade que se exige de um Grão Mestre Maçom, mito menos de um Desembargador (*sic*) do Tribunal de Justiça.

Novamente, a despeito da redação da queixa-crime se afastar da boa técnica processual, não se antevê a deliberada ofensa ao autor, senão descrição repetitiva dos cenários da disputa de poder no âmbito de entidades maçônicas, envolvendo apelantes e apelado, que os primeiros ao último imputaram truculência e comportamento dissociado das qualidades inerentes aos cargos de Grão Mestre e de desembargador do Tribunal de Justiça.

Certa ou errada a descrição, era o que entendiam necessário para relatar a injúria imputada e a personalidade do ofensor, fatos e circunstâncias intimamente interligados. É verdade que poderiam - e até mesmo deveriam - fazê-lo em outros termos, por meio de linguagem mais contida e técnica redacional mais apurada; tais falhas, porém, não configuram ato deliberado de ofensa ao apontado querelado.

Impende esclarecer que as referências à atividade laica do querelado, como membro do Poder Judiciário, estavam na linha de consideração dos valores maçônicos, cediço que seus membros são atraídos para tais entidades em face dos atos e comportamentos manifestados na vida civil. Daí, ao que se denota, os desapareços a ela se estenderem.

6. Do quanto exposto, a impressão que os autos passam é de falta de técnica da peça acusatória e de imprecisão sintática do texto na descrição da injúria imputada e da personalidade do ofensor, mas não de intuito deliberado de fazerem da queixa-crime mera oportunidade para ofenderem o querelado. Nessa vertente, considerando que os querelantes se manifestam pela pena do advogado que elaborou a peça processual, é de se reconhecer que agiram acobertados pela imunidade judiciária, a alcançar a defesa judicial de direito arguido de violação, tanto na esfera criminal como na civil.

De fato, examinando o conteúdo dos autos, o que se depreende é uma animosidade extremada das partes que se acusam mutuamente, perpetuando a querela no âmbito judicial.

Com efeito, entendo que a melhor interpretação dada é a de que os recorrentes não buscaram ajuizar queixa-crime com o fim de ofender a honra do Grão Mestre e Desembargador Pedro Luiz Ricardo Gagliardi, mas tão-somente expor os fatos e razões pelos quais entendiam-se, eles próprios, vítimas de injúria e calúnia praticada pelo recorrido. Agiram no regular exercício de direito, descrevendo, sob sua ótica, os atos praticados pelo querelado, as circunstâncias em que ocorreram e também as características de personalidade, condição

social e profissional que julgavam relevantes para a individualização da pena. O querelado teve ampla oportunidade de defesa acerca das peças processuais, tendo obtido êxito com a rejeição da peça acusatória. Não se alega tenha sido dada, pelos recorrentes, publicidade às ofensas fora dos autos.

É certo, pois, que o âmbito de alcance da conduta teve lindes constrictos, sem o condão de atingir a publicidade e a exposição afirmados pelo autor.

Não consta dos autos que os recorrentes tenham dado publicidade ao conteúdo da queixa-crime ou que terceiros tenham tido acesso ao referido conteúdo ou, ainda, que os recorrentes tenham acusado o recorrido perante terceiros dos crimes de injúria e calúnia.

Ao contrário, utilizaram-se de meio legalmente cabível, o ajuizamento da ação penal privada relacionada à prática de ilícitos que acreditavam terem sido cometidos, o que atesta a ausência de interesse dos recorrentes de ofenderem a honra do recorrido.

Não é demais ressaltar, ainda, que a única peça assinada pelos réus, ora recorrentes, foi a inicial. Nela, os trechos considerados ofensivos encontram-se dispostos no capítulo relativo às “circunstâncias pessoais do querelado” (e-STJ fl. 37) onde consta a afirmação que tais atributos deveriam ser considerados em caso de condenação.

Depreende-se, pois, que a pretensão contida no referido trecho da inicial foi muito mais uma tentativa de chamar a atenção para o disposto no art. 42 do Código Penal na eventual aplicação da pena do que atacar pessoalmente a honra do autor.

Não houve, pois, ao meu sentir, afirmações divorciadas de sentido no contexto do debate da causa (queixa-crime) justificadoras de responsabilização na esfera civil.

Já em relação à petição de e-STJ fls. 53-60, anoto que não foi assinada pelos réus, mas unicamente pelo respectivo patrono, responsável técnico pelo processo. Este agiu em resposta à manifestação nos autos do ora recorrido e ao parecer do Ministério Público.

É de igual relevância ressaltar que a jurisprudência desta Corte Superior vem firmando o seu entendimento no sentido de que não se pode atribuir às partes a responsabilidade pelas palavras irrogadas pelos respectivos patronos na condução de suas causas.

Neste sentido:

Recurso especial. Advogado. Vínculo empregatício com a parte. Ofensas irrogadas em juízo. Responsabilidade do causídico: independência técnica e ética.

1. O advogado, ainda que submetido à relação de emprego, deve agir de conformidade com a sua consciência profissional e dentro dos parâmetros técnicos e éticos que o regem.

2. Em decorrência, sua atuação em juízo, mesmo mantendo vínculo empregatício com a parte, será sempre relação de patrocínio, sem submissão ao poder diretivo do empregador, que não se responsabiliza por supostas ofensas irrogadas em juízo.

3. Recurso não conhecido.

(REsp n. 983.430-ES, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Rel. p/ Acórdão Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 1º.12.2009, DJe 8.3.2010)

No referido julgado, firmou-se o entendimento de que, diante da regulamentação específica, a atuação do advogado nos processos judiciais é pautada pela isenção técnica e independência profissional, seja na atuação como advogado empregado, seja como profissional liberal, de modo que a parte não pode ser responsabilizada por ofensas efetuadas pelo patrono (no mesmo sentido: REsp n. 1.048.970-MA, Rel. Ministro *Fernando Gonçalves*, *Quarta Turma*, julgado em 15.4.2010, DJe 26.8.2010; AgRg no REsp n. 505.333-RO, Rel. Ministra *Maria Isabel Gallotti*, *Quarta Turma*, julgado em 7.12.2010, DJe 4.2.2011).

A isenção técnica e a autonomia do advogado na condução do processo, na apresentação dos recursos e na redação de suas petições impede que a parte seja responsabilizada pelo conteúdo da referida petição de e-STJ fls. 53-60, ao contrário do que entendeu o voto condutor do acórdão recorrido.

Assim, entendo, tal como o voto-vencido do acórdão recorrido, que não cabe responsabilidade civil pela narração contida na queixa-crime rejeitada.

Em face do exposto, dou provimento ao recurso especial para que prevaleça o voto-vencido do acórdão recorrido, no sentido da improcedência do pedido indenizatório inicial. Invertam-se os ônus de sucumbência. Verba honorária no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

É como voto.



#### VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Pedro Luiz Ricardo Gagliardi ajuizou ação de indenização por danos morais em face de João Antônio Aidar

Coelho e Merciney da Silva Nascimento, alegando que estes, em peça inicial de queixa-crime movida contra o autor perante o Superior Tribunal de Justiça (por ser Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo), valeram-se de expressões que causaram danos à sua imagem e honra profissional.

O magistrado de piso julgou procedente o pedido, fixando a indenização por danos morais no importe de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) (fls. 241-249).

Interposta apelação, o Tribunal de Justiça local, por maioria, negou provimento ao recurso, nos termos da seguinte ementa:

*Apelação cível.* Ação de indenização por dano moral. Sentença de procedência. Inconformismo dos réus. Não acolhimento. Conquanto recomendável a indicação de um valor, ainda que como mera referência para o dano moral pretendido, a ausência dessa estimativa na petição inicial não implica em inépcia dessa inicial. Inexistência de cerceamento ao direito de defesa. Apelantes que, em suas razões de recurso, tiveram amplas condições de analisar o montante fixado e postular sua redução. Apelantes que ofereceram queixa-crime contra o apelado, acusando-o da prática de crimes de calúnia e injúria. Queixa crime rejeitada pelo Superior Tribunal de Justiça. Excesso na argumentação dos apelantes, que não se limitaram a tecer comentários a respeito do comportamento do apelado, Grão Mestre da Grande Loja Maçônica do Estado de São Paulo, por eles considerado indevido, mas também teceram comentários ofensivos a respeito da vida profissional do apelado. Devida a indenização por dano moral. Valor fixado que atende à dupla finalidade de amenizar a dor sofrida pelo ofendido e desestimular a reiteração da conduta ofensiva. Sentença mantida. Negado provimento ao recurso.

Irresignados, os requeridos interpõem recurso especial com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, por vulneração aos arts. 186, 188 e 945, todos do Código Civil.

Apontam haver inépcia da inicial pela falta de indicação do valor da indenização, bem como afirma que o *quantum* arbitrado se mostra excessivamente oneroso.

Aduzem que o recorrido, na qualidade de Grão-Mestre de Grande Loja Maçônica, acusou os recorrentes de terem furtado e receptado bens pertencentes a outra entidade maçônica quando exerciam os cargos de Grande Inspetor Litúrgico e de Secretário-Geral e que, por isso, foram suspensos das atividades maçônicas.

Tais acusações fizeram com que ajuizassem a queixa-crime em face do recorrido que, posteriormente, viria a ser rejeitada pelo Plenário deste Tribunal Superior.

Salientam que - ao elaborar a queixa-crime - entenderam por bem destacar e elucidar os pontos relevantes no comportamento do recorrido, principalmente pelos cargos que exercia, demonstrando os traços de sua personalidade, buscando ambientar os fatos dentro da entidade fechada da Maçonaria, além de fornecer elementos para a formação da culpa do ofensor.

Sustentam que estavam no exercício regular do direito (queixa-crime intentada em razão da ilicitude da conduta do recorrido), não havendo falar em responsabilidade civil, além de que “eventuais excessos de linguagem cometidos no calor de uma ação penal e que não configurem injúria, difamação ou calúnia, não são passíveis de gerar reparação por dano moral, porque, ausente a intenção deliberada de ofender, limitada a questão ao âmbito do processo e inexistente a prova do dano, não há de se cogitar de ato ilícito, pressuposto único do dever de indenizar, tal como prescrito pelo artigo 186 do Código Civil” (fl. 403).

Afirmam que o advogado está garantido pela intangibilidade profissional mesmo quando tenha se expressado de modo agressivo ou grosseiro, desde que os excessos de linguagem tenham se atido à discussão da causa.

Contrarrazões apresentadas às fls. 465-480. Alega o autor que houve falta de prequestionamento, incidência da Súmula n. 7-STJ e que não houve a demonstração da divergência. No mérito, defende a ocorrência do abuso de direito do litigante (fls. 465-480).

O recurso recebeu crivo de admissibilidade negativo na origem (fls. 482-483), ascendendo a esta Corte pelo provimento do agravo (fl. 543).

Na sessão do dia 3.10.2013, a eminente Ministra Maria Isabel Gallotti, relatora, deu provimento ao recurso especial para julgar improcedente o pedido inicial, ao entendimento de que os recorrentes estavam acobertados pela hipótese de exclusão de crime, prevista no art. 142, I, do CP, haja vista que cometidos como argumento para a discussão da causa, tendo pertinência com o objeto do pedido e intenção de ambientar os fatos, não havendo falar em conteúdo ofensivo, mas sim em regular exercício de direito.

Asseverou, ainda, que não houve publicidade, não tendo sido exposto a perigo, vexame ou constrangimento, havendo mero aborrecimento e dissabor.

Salientou que a única peça assinada pelos réus foi a inicial, sendo que pelo disposto na petição de fls. 53-60 “não se pode atribuir às partes a responsabilidade pelas palavras irrogadas pelos respectivos patronos na condução de suas causas”.

Na sequência, pedi vista dos autos para melhor análise.

2. De plano, afasto a alegação de inépcia da inicial por não ter o recorrido indicado pedido expresso do valor almejado, deixando ao alvedrio do magistrado.

Isto porque é firme a jurisprudência do STJ no sentido de que “não há inépcia da inicial em ação que busca a condenação por danos morais e o autor deixa a fixação do montante ao prudente arbítrio do julgador” (REsp n. 645.729-RJ, Rel. Ministro *Antonio Carlos Ferreira*, *Quarta Turma*, julgado em 11.12.2012, DJe 1º.2.2013)

3. Quanto ao mérito, afirmam os recorrentes que não há falar em constrangimento suportado pelo recorrido, uma vez que se valeram do exercício regular de direito - ao ajuizarem queixa-crime em razão de conduta anterior perpetrada pelo recorrido -, sendo que eventuais excessos de linguagem cometidos no calor da ação penal não são passíveis de gerar reparação por dano moral, principalmente quando ausente a intenção deliberada de ofender.

Apesar disso, tanto o Juízo de primeiro grau como o Tribunal de origem reconheceram que os recorrentes não se limitaram a descrever, na peça acusatória, os fatos tidos como criminosos, abusando do exercício regular desse direito, especialmente quando teceram impropérios dirigidos à pessoa do magistrado, com o intuito de denegrir sua imagem profissional:

A comunicação à autoridade policial de fato típico ou o oferecimento de queixa-crime nas hipóteses previstas na lei, de ação penal privada ou pública, consistem em exercício regular de direito, e eximem de qualquer responsabilidade o “denunciante” ou querelante, ainda que o “suspeito” ou o querelado venha a ser isentado de qualquer culpa.

Isto, porém não ocorre, em duas circunstâncias.

A primeira, como já teve oportunidade de se manifestar o mesmo Tribunal Superior:

mediante demonstração cabal de que a instauração do procedimento, posteriormente arquivado, se deu por má-fé, ou culpa grave, refletindo na vida pessoal dos autores, acarretando-lhe, além dos aborrecimentos naturais, dano concreto, seja em face de suas relações profissionais e sociais, seja em face de suas relações familiares” (REsp n. 866.725-MT, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 21.11.2006, DJ 4.12.2006 p. 315)

A outra quando a própria peça acusatória, não se restringe à mera exposição do fato tido como criminoso, como estabelece do art. 41 do CPP, mas serve de instrumento de ofensa ou retorsão não imediata.

4. A análise das afirmações lançadas na queixa-crime e na petição de fls. 50, e que estão sublinhadas em cor amarela, dentro do contexto em que foram lançadas e não isoladamente, *não deixa dúvida que os requeridos transbordaram a mera narrativa dos fatos e o exercício regular de direito, pois ainda que se sentindo ofendidos pela Representação feita pelo autor ao Grande Orador Adjunto do Tribunal Interno da Grande Loja Maçônica do Estado de São Paulo, não tinham amparo legal para tecer considerações pessoais quanto a personalidade e conduta profissional e social do requerente.*

Afirmaram que:

***O ilustrado Desembargador querelado não é afeito ao trato gentil com os mais humildes, tampouco costuma respeitar aqueles que o contrariam, colocando-se sempre acima de todos e com articulação veemente*** do poder que representa junto ao Judiciário e da própria Maçonaria Paulista. ***Abusa da credibilidade naturalmente decorrente desse cargo para iludir as pessoas e incentivá-las à prática de atos que muitas vezes não primam pela lisura*** (fls. 34)

A conduta do querelado é gravíssima, principalmente pelo fato de ocupar um dos mais altos postos da Magistratura paulista, onde atua como Desembargador de Câmara Criminal. ***Isto porque não há como lhe isentar pela ignorância ou errada compreensão da lei,*** pois ao menos em tese deve aplicá-la diuturnamente no Tribunal onde presta serviço público, ***ainda que no caso presente não tenha demonstrado conduta escorregia, nem se mostrado afetuoso com o cumprimento das leis*** (fls. 44)

***A conduta do Desembargador querelado Pedro Luiz Ricardo Gagliardi é incompatível com o que representa, tanto na vida profissional, quanto na sua vida pessoal*** onde exerce o Grão Mestrado. ***Exercendo a Magistratura, não se conteve ante as imposições de ordem legal, da ética e da moral comum aos homens, do qual jamais deveria se dissociar,*** já que o múnus de sua atividade profissional exige no mínimo comportamento pessoal irretorquível, ao menos em atenção aos padrões mínimos de conduta, pois afinal de contas aí está julgando, absolvendo e condenando todos os dias (fls. 45).

***Não são atos de pessoas de bem.*** Não é conduta que a ordem maçônica aprove. ***Não são compatíveis com a dignidade que se exige de um Grão Mestre Maçom, muito menos de um Desembargador do Tribunal de Justiça*** (fls. 45).

Como Desembargador do Tribunal de Justiça Paulista ***não poderia ser leviano como o foi*** inquinando pessoas de bem com a pecha de criminosos (fls. 52)

Muito mais, deveria ser o Juiz, justo e imparcial. **Infelizmente é dissimulado** (fls. 53)

5. Confundem a atuação do autor como Magistrado e Grão Mestre da Maçonaria, e além das injúrias, lhe imputam pelo menos infrações aos incisos I, IV e VIII do art. 35, da LOMAN (Lei Complementar n. 35/1979).

[...]

As considerações feitas importaram em ofensa não só à auto-estima do autor, mas ao seu conceito profissional junto aos seus pares integrantes do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e aos Ministros do Tribunal Superior de Justiça, onde foi apreciada a peça acusatória.

**(Sentença - fl. 241-249)**

O fato da queixa-crime ter sido rejeitada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, por si só, não implicaria na responsabilização dos querelantes, por danos morais.

*Todavia, é forçoso reconhecer que, no caso concreto, houve excesso na argumentação dos apelantes que não se limitaram a tecer comentários a respeito do comportamento do Grão Mestre, por eles considerado indevido, mas também, ingavelmente, teceram comentários ofensivos a respeito da vida profissional do apelado, Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo.*

Esses comentários ofensivos são encontrados não apenas na petição inicial da queixa-crime, mas também em outra petição, protocolada sob n. 00105202, dirigida ao eminente Ministro Relator, no Colendo Superior Tribunal de Justiça (fls. 50-57).

A petição inicial da ação de indenização transcreve os trechos considerados ofensivos:

[...]

*Impossível negar o caráter ofensivo dessas afirmações.*

Para imputar ao apelado a prática dos crimes de injúria e calúnia, bastaria aos apelantes a descrição dos fatos e das condutas consideradas criminosas.

Por vezes, alguma afirmação mais contundente, em reforço da argumentação, é tolerada.

Alegam os apelantes que: "do modo como lançado na inicial e como consignado na sentença as manifestações dos requeridos ficam sem sintonia, como se fossem gratuitamente derivadas do puro intuito de agredir" (fls. 239).

Na verdade, não se nega a litigiosidade existente entre as partes, decorrente de problemas internos da maçonaria.

Sentindo-se injuriados e caluniados, recorreram ao Judiciário e ofereceram queixa-crime contra o apelado.

Não há que se falar na incidência do artigo 945 do Código Civil ou em concorrência culposa do apelado para o evento danoso.

Evidentemente, não compete ao Tribunal de Justiça de São Paulo, no âmbito desta ação, analisar o acerto, ou não, da conduta do Grão Mestre da Maçonaria, ao representar contra os apelantes.

Essa análise, sob a ótica, do Direito Penal, foi feita pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça.

A análise feita pelo eminente Magistrado de primeira instância, Dr. Alcides Leopoldo e Silva Júnior, foi técnica e precisa.

*Para oferecer a queixa-crime e atribuir ao apelado a prática de crimes de calúnia e injúria, não havia necessidade daquelas considerações de caráter pessoal e profissional, inegavelmente ofensivas.*

*Para reclamar de uma conduta ofensiva, não é necessário ofender.*

[...]

*Não há que se falar, no caso concreto, em excesso de sensibilidade do apelado ou em mero dissabor (fls. 263).*

*Os apelantes afastaram-se da discussão relativa aos problemas internos da Maçonaria e à conduta do Grão Mestre e, em paralelo, passaram a ofendê-lo, em especial, ressaltando sua condição de Desembargador.*

Não se nega aos apelantes o direito de, em sua argumentação, ressaltar essa condição e dela tentar extrair conseqüências favoráveis à posição que sustentavam.

*O que não se admite é o excesso, é a ofensa.*

O artigo 41 do Código de Processo Penal dispõe que a denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol de testemunhas.

Não se nega que a personalidade, os antecedentes e a conduta social são pontos cruciais para a aplicação da pena.

O artigo 59 do Código Penal dispõe que: "O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento de pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível".

A princípio, portanto, justificável a abordagem, por parte dos querelantes, do tema relativo aos antecedentes, à conduta social e à personalidade do querelado.

*Injustificável, contudo, valer-se dessa possibilidade para atacar a honra do querelado, mormente no aspecto profissional, imputando-lhe comportamentos incompatíveis com a função desempenhada e com os deveres inerentes ao cargo, estabelecidos em lei.*

[...]

Não há que se falar em ausência de demonstração da responsabilidade dos apelantes, ou desrespeito ao disposto no artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil. A simples leitura das afirmações feitas pelos apelantes mostra o excesso e o caráter ofensivo, geradores do dever de indenizar.

[...]

Na verdade, os próprios apelantes, em suas bem elaboradas razões de recurso, admitem que: “É fato que a sentença recorrida reconheceu que os réus ao formularem a queixa- crime contra o autor agiram no exercício regular de seus direitos, não ficando aí a razão motivadora para a procedência do pedido de indenização por danos morais. Entendeu o julgador monocrático que os réus no exercício do direito transbordaram da mera narrativa, pois mesmo sentindo-se ofendidos pelos atos e manifestações do próprio autor, não tinham amparo legal para tecer considerações pessoais quanto a personalidade e conduta profissional e social do requerente” (fls. 238).

*O dever de indenizar foi gerado pelo claro teor ofensivo das afirmações feitas na petição inicial da queixa-crime e em outra que a sucedeu.*

**(Acórdão - fls. 366-386)**

3.1. Como se vê, os recorrentes ofereceram queixa-crime perante o Superior Tribunal de Justiça (diante do foro privilegiado *ratione personae* do recorrido) pelos crimes de calúnia (CP, art. 138) e injúria (CP, art. 140), cumulados com a majorante do cometimento dos ilícitos na presença de várias pessoas (CP, art. 141, III).

O art. 41 do Código de Processo Penal estabelece, quanto ao conteúdo da ação penal, que:

A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

Em sendo a queixa o ato processual do querelante, no exercício regular de seu direito, mediante o qual se inicia a ação penal privada contra o querelado, deverá conter:

a) *A exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias.* Não há necessidade de minúcias, mas não pode ser sucinta demais. *Deve restringir-se ao indispensável à configuração da figura delitual penal e às demais circunstâncias que envolverem o fato e que possam influir na sua caracterização.* Sempre que possível deve ser feita alusão ao lugar, ano, mês, dia e hora em que o crime foi praticado, bem como referência aos instrumentos empregados e ao modo como foi cometido. *Na denúncia ou queixa o Acusador pede a condenação do acusado ou querelado, e, para fazê-lo, deve imputar-lhe a prática de uma infração penal, a causa petendi, a razão do pedido de condenação.* João Mendes Júnior dizia que *a peça acusatória é uma exposição narrativa e demonstrativa.* Narrativa porque deve revelar o fato com todas as suas circunstâncias, apontando o seu autor (*quis?*), os meios que empregou (*quibus auxiliis?*), o mal que produziu (*quis?*), os motivos (*cur?*), a maneira como o praticou (*quomodo?*), o lugar (*ubi?*) e o tempo (*quando?*). [...]

b) *A denúncia ou queixa deve conter a qualificação do acusado ou querelado, ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo.* Deve a peça acusatória individualizar a pessoa em relação a quem é proposta a ação penal. Se de todo impossível individualizá-lo, declinando seu prenome, nome, filiação, naturalidade, idade, profissão, residência, estado civil, ao menos deve o Acusador fazer os esclarecimentos pelos quais possa ser identificado, conquanto não diga branco, baixo e gordo (...) milhares de pessoas têm esses caracteres [...]

c) *Deve a denúncia ou queixa classificar a infração penal, isto é, cumpre ao Acusador definir o fato juridicamente, dando-lhe a exata qualificação jurídico-penal.* Se não o fizer, nem por isso estará a denúncia ou queixa inepta, porquanto o acusado se defende do fato que lhe é atribuído e não de um artigo do Código Penal. [...]

d) *Por último deve o Acusador, se entender necessário, arrolar as suas testemunhas.*

(TOURINHO FILHO. *Código de processo penal comentado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, p. 190-195)

3.2. Nessa linha de intelecção, conforme destacado pelo acórdão recorrido e na forma em que narrada a peça acusatória, verifica-se que realmente houve abuso por parte dos recorrentes.

É que, como visto, ao expor o fato criminoso com todas as suas circunstâncias e qualificações do acusado, os querelantes acabaram por não se ater aos fatos objetivos (exposição narrativa e demonstrativa), partindo, em sua exposição, para o uso de ironias, irreverências e insinuações maledicentes, que tiveram o condão de denegrir a dignidade do magistrado, atingindo sua honra pessoal.

Deveras, os termos utilizados, principalmente por se tratar de peça acusatória redigida em conjunto com procurador devidamente habilitado, não

parecem refletir mero exercício regular de um direito, havendo, a meu juízo, verdadeiro abuso do direito de “acusar”, sendo de inteira responsabilidade dos recorrentes o excesso perpetrado.

A liberdade de peticionar - denunciar, reclamar, enfim, de se exprimir - esbarra numa condicionante ética, qual seja, o respeito ao próximo. O manto do direito de peticionar não tolera abuso no uso de expressões que ofendam a dignidade do ser humano, devendo o exercício do direito de forma anormal ou irregular sofrer reprimenda.

Realmente, “o indivíduo para exercitar o direito que lhe foi outorgado ou posto à disposição deve conter-se dentro de uma limitação ética, além da qual desborda do lícito para o ilícito e do exercício regular para o exercício abusivo” (STOCO, Rui. *Abuso do direito e má-fé processual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 59).

4. De fato, tenho que o comportamento adotado pelos recorrentes, malgrado o exercício do direito de acusar, além de enunciarem o propósito específico de narrar a suposta conduta criminosa do recorrido, de forma subreptícia e em verdadeiro abuso de direito, valeram-se de expressões permeadas de sarcasmos, ironias e insinuações maledicentes para atingir a honra do Desembargador em sua função institucional; tudo isso pela animosidade, com origem afeta a problemas internos no âmbito maçônico.

Ao tratar do abuso do direito, a doutrina destaca que:

A ideia envolve o exagero no exercício dos direitos, ou, mais hodiernamente, a aplicação literal da lei e a imposição de normas feitas para a proteção de uma classe, fatores que sufocam os direitos primordiais da pessoa humana. Revela-se a figura quando o titular do direito leva outrem a malefício ou a prejuízos, e não quando a execução de uma obrigação atendeu a todos os requisitos legais. O abuso está na forma de agir, nos excessos empregados. No gozo ou exercício de um direito provoca-se uma grave injustiça, incorrendo na máxima romana *summum jus, summa injuria* [...] Consoante analisa Everardo da Cunha Luna, “a ilicitude é a essência do abuso de direito, o que implica afirmar ser o ato abusivo uma das muitas variedades do ato ilícito - esse o fundamento para detenção de um seguro conceito de abuso”.

[...]

*Incontáveis as situações que revelam abuso [...]. “O exercício da demanda não é um direito absoluto, pois que se acha, também, condicionado a um motivo legítimo. Quem recorre às vias judiciais, deve ter um direito a reintegrar, um interesse legítimo a proteger, ou, pelo menos, como se dá nas ações declaratórias, uma razão séria*

*para invocar a tutela jurídica. Por isso, a parte que intenta ação vexatória incorre em responsabilidade, porque abusa de seu direito" [...] De modo que perdeu a pujança de outrora o princípio romano qui suo iure utitur neminem laedit (quem usa de seu direito a ninguém prejudica).*

(RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 509-511)

Na lição precisa de Aguiar Dias:

É norma fundamental de toda sociedade civilizada o dever de não prejudicar a outrem. Essa "regra de moral elementar", de conteúdo mais amplo do que o do princípio da liberdade individual é, forçosamente, limitativa das faculdades que o exercício desta comporta. Abuso de direito é, para nós, todo ato que, autorizado em princípio, legalmente, se não conforme, ou em si mesmo ou pelo modo empregado, a essa limitação. Há, ninguém duvida, um direito de prejudicar. Mas, para que se possa exercer, é preciso estar autorizado por interesse jurídico-social prevalente, em relação ao sujeito passivo da ação prejudicial.

[...]

Ora, acontece, entretanto, que, às vezes, o direito de lesar é legalmente assegurado. É aí que se pode apresentar o problema do abuso. Se o agente, conformando-se a um texto, o invoca para justificar o seu ato, é possível que, atendo-se à letra, não tenha exercido de forma regular o direito que o texto lhe assegura.

[...]

*Qualquer que seja a ação, o abuso se manifesta quando seja usado com a intenção de prejudicar. Todavia, ainda que isento de malícia, incorre em responsabilidade quem intenta contra outro uma ação de conseqüências desastrosas ou desonrosas para o réu, sem tomar as precauções necessárias para não perpetrar uma injustiça. Nesse caso, a temeridade ou a mera leviandade configura abuso.*

[...]

Há as normas legais, compreendendo o direito de querela, de denúncia e de testemunho. Denunciar o crime, apresentar queixa à autoridade são direitos assegurados, e às vezes constituem, até, um dever. Nesta matéria, a simples temeridade basta. Não se exige má-fé nem dolo por parte do responsável. Entretanto, nossos tribunais têm sido extremamente benévolos no julgamento dos casos semelhantes, sempre se recusando a reconhecer a responsabilidade de denunciante temerários, levianos ou imprudentes.

(DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 683-690)

Na hipótese, a narrativa da peça acusatória, por meio de vocábulo depreciativo, acabou por desqualificar a figura do Desembargador, como pessoa e como magistrado, atingindo seu patrimônio moral.

Em sendo assim, observada sempre a máxima vênia, não prospera a tese do réus de que agiram no exercício regular de direito reconhecido para fins de excluir o dever de indenizar.

5. Nessa esteira, no ponto específico, é sabido que o art. 188, I, do Código Civil prevê como causa de irresponsabilidade os “atos praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito”.

Aliás, a eminente Ministra relatora entendeu que não haveria responsabilização justamente por se estar diante de causa especial de exclusão de ilicitude (CP, art. 142, I), *verbis*:

Assim delimitada a controvérsia, observo que as palavras tidas como ofensivas foram utilizadas pelos réus e seu advogado em queixa-crime ajuizada contra o autor e em petição (esta assinada apenas pelo advogado) nos autos respectivos, no debate da causa. Não se alega tenha sido dada, pelos réus, divulgação à peça processual fora do Tribunal competente para seu julgamento. Também não se trata de ofensa dirigida ao magistrado condutor do processo, membro do Ministério Público ou serventuários. Incide, portanto, a hipótese de exclusão do crime prevista no art. 142 do Código Penal, segundo o qual não constitui injúria ou difamação punível “a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador”.

[...]

No caso dos autos, discute-se a responsabilidade civil decorrente de ato acobertado pela excludente de criminalidade. Embora a responsabilidade civil e a penal sejam independentes, o ordenamento jurídico é uno; suas diferentes regras devem ser interpretadas de forma coerente, harmônica. Não é crime a injúria ou a difamação cometida em juízo como argumento para a discussão da causa. Igualmente não acarreta, em princípio, ao meu sentir, responsabilidade civil, desde que as afirmações ofensivas tenham pertinência com o debate da causa. Pouco adiantaria a lei excluir o crime, se o direito de livre discussão da causa fosse freado pelo temor da responsabilização civil na hipótese de insucesso do autor da manifestação tida por ofensiva. Apenas os abusos, as ofensas divorciadas de sentido no contexto do debate da causa, são passíveis de punição na esfera penal e também na civil.

Ocorre que não é meramente o fato de se estar diante de causa excludente de ilícito penal ou civil que, por si só, haverá a isenção da responsabilização civil.

Rui Stoco adverte que:

Um fato considerado ilícito perde esse caráter quando praticado no cumprimento de um dever legal.

Quem age limitando-se a cumprir um dever que lhe é imposto por lei penal ou extrapenal e procede sem abusos ou desvios no cumprimento desse dever não ingressa no campo da ilicitude.

O cumprimento do dever legal é causa de justificação em que o dever cumprido representa valor predominante em relação ao interesse que é lesado.

Mas é mister que o dever seja imposto por qualquer regra de direito positivo, não se confundindo com o dever social, moral ou religioso. *Além disso, deve ser cumprido sem exorbitância.*

*No cumprimento do dever legal o agente não pode exceder o limite racionalmente indispensável à sua realização, quer nos modos como nos meios empregados. A ação só será ajustada ao direito quando for observado o 'arbitrio adequado ao dever', como ensinou Maurach".*

*(Tratado de responsabilidade civil. 9.ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 258)*

Deveras, como sabido, “a responsabilidade civil é independente da criminal” (CC, art. 935), sendo que a aludida imunidade não é absoluta ou irrestrita, podendo haver responsabilização por eventuais abusos quando se houver extrapolado os limites da questão jurídica e técnica na discussão da causa.

Como salienta Venosa, “sempre que o agente, conquanto à primeira vista esteja exercendo direito seu, extravasa os limites para os quais esse direito foi criado, ingressa na esfera do abuso do direito” (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 211). Nessa linha, também “preleciona Pontes de Miranda que, se o ato praticado em legítima defesa for excessivo, no que ele é excesso torna-se contrário ao direito” (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 627).

Assim, renovando as vênias devidas à culta e laboriosa Ministra relatora, o linguajar inadequado não ficou ao abrigo das referidas “imunidades”, principalmente porque ultrapassados os limites do razoável na argumentação deduzida na acusação ajuizada com a queixa-crime - em que os recorrentes não se ativeram aos fatos -, na verdade investiram contra o magistrado com expressões ofensivas à sua reputação, abusando do exercício regular de seu direito, tal como minudentemente descrito na sentença e no acórdão.

Confira-se, uma vez mais, o linguajar utilizado pelos ora recorrentes na queixa-crime, ultrapassando os limites da exposição precisa dos fatos para “*tecer considerações pessoais quanto a personalidade e conduta profissional e social do requerente*”.

Afirmaram que:

***O ilustrado Desembargador querelado não é afeito ao trato gentil com os mais humildes, tampouco costuma respeitar aqueles que o contrariam, colocando-se sempre acima de todos e com articulação veemente*** do poder que representa junto ao Judiciário e da própria Maçonaria Paulista. ***Abusa da credibilidade naturalmente decorrente desse cargo para iludir as pessoas e incentivá-las à prática de atos que muitas vezes não primam pela lisura*** (fls. 34)

A conduta do querelado é gravíssima, principalmente pelo fato de ocupar um dos mais altos postos da Magistratura paulista, onde atua como Desembargador de Câmara Criminal. ***Isto porque não há como lhe isentar pela ignorância ou errada compreensão da lei***, pois ao menos em tese deve aplicá-la diuturnamente no Tribunal onde presta serviço público, ***ainda que no caso presente não tenha demonstrado conduta escorreita, nem se mostrado afetuoso com o cumprimento das leis*** (fls. 44)

É, aliás, o que já reconheceu esta Corte no tocante aos excessos em excludentes de ilicitude:

Civil e Administrativo. Recurso especial. Ação ordinária.

Responsabilidade civil do Estado. Disparos de arma de fogo provocados por policiais militares. Legítima defesa putativa reconhecida na esfera penal. Falecimento da vítima. Danos morais suportados pelo cônjuge supérstite. Responsabilidade objetiva do Estado pelos danos civis.

1. Segundo a orientação jurisprudencial do STJ, a Administração Pública pode ser condenada ao pagamento de indenização pelos danos cíveis causados por uma ação de seus agentes, mesmo que consequentes de causa excludente de ilicitude penal: REsp n. 884.198-RO, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJ 23.4.2007; REsp n. 111.843-PR, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ 9.6.1997.

2. Logo, apesar da não responsabilização penal dos agentes públicos envolvidos no evento danoso, deve-se concluir pela manutenção do acórdão origem, já que eventual causa de justificação (legítima defesa) reconhecida em âmbito penal não é capaz de excluir responsabilidade civil do Estado pelos danos provocados indevidamente a ora recorrida.

3. Recurso especial não provido.

(REsp n. 1.266.517-PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 4.12.2012, DJe 10.12.2012)

Direito Civil e Processual Civil. Dano moral indenização. Advogado. Excesso. Inaplicabilidade da "imunidade" profissional. Precedente. Negativa de prestação jurisdicional. Inocorrência. Legitimidade passiva do advogado. Litigância de má-fé. Reexame dos fatos da causa. Dano moral. Liquidação. Recurso desacolhido.

*I – Segundo a jurisprudência da Corte, a imunidade conferida ao advogado no exercício da sua bela e árdua profissão não constitui um bill of indemnity. A imunidade profissional, garantida ao advogado pelo Estatuto da Advocacia, não alberga os excessos cometidos pelo profissional em afronta à honra de qualquer das pessoas envolvidas no processo.*

*II – O advogado, assim como qualquer outro profissional, é responsável pelos danos que causar no exercício de sua profissão.*

*Caso contrário, jamais seria ele punido por seus excessos, ficando a responsabilidade sempre para a parte que representa, o que não tem respaldo em nosso ordenamento jurídico, inclusive no próprio Estatuto da Ordem.*

*III – A indenização por dano moral dispensa a prática de crime, sendo bastante a demonstração do ato ilícito praticado. Ademais, nos casos de indenização por dano moral, é suficiente a demonstração do ato irregular.*

*IV – A fixação do valor indenizatório por dano moral, em regra, dispensa a liquidação por artigos, podendo ser por arbitramento.*

*Melhor seria, inclusive, que a fixação do quantum fosse feita desde logo, independentemente de liquidação, buscando o juiz dar solução definitiva ao caso e evitando inconvenientes e retardamento na solução jurisdicional.*

*V – Não ocorre negativa de prestação jurisdicional quando o acórdão impugnado, embora não proceda a uma fundamentação exaustiva de todos os aspectos concernentes à demanda, não deixa de pronunciar-se sobre seus pontos fundamentais.*

*VI – Afirmando as instâncias ordinárias não ter agido o recorrido com má-fé processual, a desconstituição desse entendimento não prescinde de reexame dos fatos da causa, inviável em sede especial.*

*(REsp n. 163.221-ES, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 28.6.2001, DJ 5.8.2002, p. 344)*

Assim, penso que os recorrentes devem ser responsabilizados pelas insinuações e expressões ofensivas e maledicentes irrogadas contra o autor.

Em situações semelhantes, já decidiu o STJ:

Recurso especial. Direito Civil e Processual Civil. Dano moral. Indenização. Advogado. Violação ao art. 535, do CPC. Inocorrência. Imunidade profissional. Excesso.

1. A inviolabilidade do advogado não é absoluta, estando adstrita aos limites da legalidade e da razoabilidade.

2. *A responsabilidade daquele que escreve um documento e o torna público em um processo, atacando a honra de outrem, é de quem o subscreve, pouco importando se reproduz, ou não, declaração pública do cliente.*

2. Os danos morais devem ser compatíveis com a intensidade do sofrimento do recorrente, atentando para as condições sócio-econômicas de ambas as partes.

Recurso especial provido.

(REsp n. 988.380-MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 20.11.2008, DJe 15.12.2008)

Direito Civil e Processual Civil. Indenização por danos morais. Correição parcial. Ofensa a juiz. Imunidade profissional do advogado. Caráter não absoluto. Valor dos danos morais.

- *A imunidade profissional, garantida ao advogado pelo Estatuto da Advocacia, não é de caráter absoluto, não tolerando os excessos cometidos pelo profissional em afronta à honra de quaisquer das pessoas envolvidas no processo, seja o Juiz, a parte, o membro do Ministério Público, o serventuário ou o advogado da parte contrária.*

*Precedentes.*

- *A indenização por dano moral dispensa a prática de crime, sendo bastante a demonstração do ato ilícito praticado.*

- *O advogado que, atuando de forma livre e independente, lesa terceiros no exercício de sua profissão responde diretamente pelos danos causados.*

- *O valor dos danos morais não deve ser fixado em valor ínfimo, mas em patamar que compense de forma adequada o lesado, proporcionando-lhe bem da vida que aquiete as dores na alma que lhe foram infligidas.*

Recurso especial provido. Ônus sucumbenciais invertidos.

(REsp n. 1.022.103-RN, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 17.4.2008, DJe 16.5.2008)

Agravo regimental no recurso especial. Civil e Processo Civil. *Responsabilidade civil. Dano moral. Expressões injuriosas e caluniosas contra magistrado em representação administrativa apresentada pelo advogado de sindicato perante a Corregedoria do Tribunal Regional do Trabalho. Legitimidade passiva do sindicato. Quantum indenizatório arbitrado com razoabilidade. Súmula n. 7-STJ.*

Agravo desprovido.

(AgRg no REsp n. 1.224.445-SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 20.9.2012, DJe 27.9.2012)

Civil e Processual. Acórdão estadual. Nulidade não configurada. Ação indenizatória. Danos morais. Denúncia à polícia sobre atitude considerada suspeita de pessoas em agência bancária. Informação equivocada sobre porte de arma de fogo. Participação do preposto do banco na diligência policial em local diverso. Imprudência e excesso caracterizados. Culpa. Responsabilização. Legitimidade passiva do réu.

*I. Em princípio, não dá ensejo à responsabilização por danos morais o ato daquele que denuncia à autoridade policial atitude suspeita ou prática criminosa, porquanto tal constitui exercício regular de um direito do cidadão, ainda que, eventualmente, se verifique, mais tarde, que o acusado era inocente ou que os fatos não existiram.*

*II. Todavia, configura-se o ilícito civil indenizável, se o denunciante age com dolo ou culpa, e seu ato foi relevante para produção do resultado lesivo (REsp n. 470.365-RS, Relatora Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, unânime, DJU de 1º.12.2003 e REsp n. 721.440-SC, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª Turma, unânime, DJU de 20.8.2007).*

III. Caso em que houve imprudência e excesso de preposto do banco réu, que além de fornecer informação absolutamente equivocada sobre porte de armamento pelo autor, ainda acompanhou diligência policial externa que culminou com a prisão e maus tratos à vítima.

IV. Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 537.111-MT, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 14.4.2009, DJe 11.5.2009)

Direito Civil. Recurso especial. Reclamação formulada perante o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) contra desembargador. *Irreverências, ironias e insinuações maledicentes. Abuso do direito. Ofensa a direito da personalidade do reclamado. Indenização devida.*

[...]

6. Ao Conselho Nacional de Justiça compete o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes; cabendo-lhe, ainda, além de diversas outras atribuições, receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa (art. 103-B, § 4º, V).

7. Por outro lado, *a liberdade de peticionar, denunciar, reclamar, enfim, de se exprimir, esbarra numa condicionante ética, qual seja, o respeito ao próximo. O manto do direito de peticionar não tolera o abuso no uso de expressões que ofendam à dignidade do ser humano.*

8. O reclamante, pelo relevante cargo de Promotor de Justiça que exerce, ainda que não estando no exercício da função, possui compreensão de todos os atos e fatos descritos em sua reclamação junto ao Conselho (CNJ), bem como de todo o conteúdo e consequências de seus termos. Na hipótese, a narrativa da reclamação revela, por meio de vocábulo vil e depreciativo, além de desqualificação no tocante à fundamentação e atuação do Desembargador, sugere, ainda, conluio e interesse deste com seus pares, além do Procurador de Justiça que atuou no habeas corpus, invocando parcialidade em seus julgamentos, acabando, assim, por violar o patrimônio moral do magistrado.

9. A despeito do caráter sigiloso do processo administrativo-disciplinar perante o CNJ e o fato de o órgão ter reconhecido a inexistência de infração disciplinar ou ilícito penal, deixando de instaurar sindicância, é inequívoco que as insinuações irrogadas foram aptas a causar perturbação psíquica ao autor, afetando sua honra subjetiva.

10. Ademais, o acórdão recorrido asseverou ser “inequívoco que as insinuações maledicentes e as expressões ofensivas irrogadas pelo réu contra o autor chegaram ao conhecimento dos iminentes membros daquele Conselho, particularmente do Ministro Presidente e do Ministro Corregedor Geral do CNJ, do representante do Ministério Público e dos servidores ligados ao processo, cujo fato, é de admitir, teria causado perturbação psíquica ao autor ante a dúvida sobre o que aquelas autoridades públicas pensaram ao seu respeito, pelo menos até a apresentação da defesa e o cabal esclarecimento da questão”.

11. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp n. 1.248.828-AM, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 21.5.2013, DJe 13.6.2013)

Na mesma linha são os seguintes julgados do STF:

*Queixa-crime. Crimes de difamação e injúria. Alegações preliminares de imunidade parlamentar e “legítimo exercício da crítica política”: incorrência. Precedentes. Preliminares rejeitadas. Absolvição quanto ao crime de difamação. Prescrição da pretensão punitiva estatal do crime de injúria. Ação penal julgada improcedente. 1. A preliminar de imunidade parlamentar analisada quando do recebimento da denúncia: descabimento de reexame de matéria decidida pelo Supremo Tribunal. 2. Ofensas proferidas que exorbitam os limites da crítica política: publicações contra a honra divulgadas na imprensa podem constituir abuso do direito à manifestação de pensamento, passível de exame pelo Poder Judiciário nas esferas cível e penal. 3. Preliminares rejeitadas. 4. A difamação, como ocorre na calúnia, consiste em imputar a alguém fato determinado e concreto ofensivo a sua reputação. Necessária a descrição do fato desonroso. Fatos imputados ao querelado que não se subsumem ao tipo penal de difamação; absolvição; configuração de injúria. 5. Crime de injúria: lapso temporal superior a dois anos entre o recebimento da*

denúncia e a presente data: prescrição da pretensão punitiva do Estado. 6. Ação penal julgada improcedente.

(AP n. 474, Relator(a): Min. *Cármen Lúcia*, Tribunal Pleno, julgado em 12.9.2012, acórdão eletrônico DJe-026 divulg 6.2.2013 public 7.2.2013)

Recurso de agravo. Recurso extraordinário corretamente denegado na origem. FGTS. Correção monetária. Matéria infraconstitucional. Hipótese de ofensa reflexa. Inadmissibilidade do apelo extremo. Agravo improvido.

[...]

**Direito de petição e direito de acesso ao Poder Judiciário.** - *O direito de petição, fundado no art. 5º, XXXIV, a, da Constituição não pode ser invocado, genericamente, para exonerar qualquer dos sujeitos processuais do dever de observar as exigências que condicionam o exercício do direito de ação, pois, tratando-se de controvérsia judicial, cumpre respeitar os pressupostos e os requisitos fixados pela legislação processual comum. A mera invocação do direito de petição, por si só, não basta para assegurar à parte interessada o acolhimento da pretensão que deduziu em sede recursal. Precedentes. **Multa e abuso do direito de recorrer.** - O abuso do direito de recorrer - por qualificar-se como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual - constitui ato de litigância maliciosa repellido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte interpuser recurso manifestamente inadmissível ou infundado, ou, ainda, quando dele se utilizar com intuito evidentemente protelatório, hipóteses em que se legitimará a imposição de multa. A multa a que se refere o art. 557, § 2º, do CPC possui inquestionável função inibitória, eis que visa a impedir, nas hipóteses referidas nesse preceito legal, o abuso processual e o exercício irresponsável do direito de recorrer, neutralizando, dessa maneira, a atuação censurável do improbus litigator.*

(AI n. 258.049 AgR, Relator(a): Min. *Celso de Mello*, Segunda Turma, julgado em 28.3.2000, DJ 4.5.2001 PP-00008 Ement vol-02029-10 pp-01952)

*Ementa* Ação originária. Fatos incontroversos. Dispensável a instrução probatória. Liberdade de expressão limitada pelos direitos à honra, à intimidade e à imagem, cuja violação gera dano moral. Pessoas públicas. Sujeição a críticas no desempenho das funções. Limites. Fixação do dano moral. Grau de reprovabilidade da conduta. Fixação dos honorários. Art. 20, § 3º, do CPC. 1. É dispensável a audiência de instrução quando os fatos são incontroversos, uma vez que esses independem de prova (art. 334, III, do CPC). 2. *Embora seja livre a manifestação do pensamento, tal direito não é absoluto. Ao contrário, encontra limites em outros direitos também essenciais para a concretização da dignidade da pessoa humana: a honra, a intimidade, a privacidade e o direito à imagem.* 3. *As pessoas públicas estão sujeitas a críticas no desempenho de suas funções. Todavia, essas não podem ser infundadas e devem observar determinados limites. Se as acusações destinadas são graves e não são apresentadas provas de sua veracidade,*

*configurado está o dano moral.* 4. A fixação do *quantum* indenizatório deve observar o grau de reprovabilidade da conduta. 5. A conduta do réu, embora reprovável, destinou-se a pessoa pública, que está sujeita a críticas relacionadas com a sua função, o que atenua o grau de reprovabilidade da conduta. 6. A extensão do dano é média, pois apesar de haver publicações das acusações feitas pelo réu, foi igualmente publicada, e com destaque (capa do jornal), matéria que inocenta o autor, o que minimizou o impacto das ofensas perante a sociedade. 7. O *quantum* fixado pela sentença (R\$ 6.000,00) é razoável e adequado. 8. O valor dos honorários, de 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, está em conformidade com os critérios estabelecidos pelo art. 20, § 3º, do CPC. 9. O valor dos honorários fixados na reconvenção também é adequado, representando a totalidade do valor dado à causa. 10. Agravo retido e apelações não providos. (AO n. 1.390, Relator(a): Min. *Dias Toffoli*, Tribunal Pleno, julgado em 12.5.2011, DJe-166 divulg 29.8.2011 public 30.8.2011 Ement vol-02576-01 pp-00017 RDDP n. 104, 2011, p. 144-150)

6. A despeito de este Tribunal ter rejeitado a queixa-crime ofertada pelos recorrentes, é inequívoco que as insinuações irrogadas foram aptas a causar perturbação psíquica ao recorrido, afetando sua honra subjetiva (autoestima).

É de se notar, ainda, o destaque dado pela eminente relatora quanto à ausência de publicidade às referidas ofensas, senão vejamos:

Não se alega tenha sido dada, pelos recorrentes, publicidade às ofensas fora dos autos.

É certo, pois, que o âmbito de alcance da conduta teve lindes constrictos, sem o condão de atingir a publicidade e a exposição afirmados pelo autor.

Não consta dos autos que os recorrentes tenham dado publicidade ao conteúdo da queixa-crime ou que terceiros tenham tido acesso ao referido conteúdo ou, ainda, que os recorrentes tenham acusado o recorrido perante terceiros dos crimes de injúria e calúnia.

Ao contrário, utilizaram-se de meio legalmente cabível, o ajuizamento da ação penal privada relacionada à prática de ilícitos que acreditavam terem sido cometidos, o que atesta a ausência de interesse dos recorrentes de ofenderem a honra do recorrido.

Observe, portanto, que a situação experimentada pelo recorrido não teve o condão de expô-lo a perigo, vexame ou constrangimento perante terceiros.

Como se percebe, entendeu a eminente Ministra Isabel Gallotti que haveria ainda mitigação ou até irresponsabilidade dos recorrentes pela ausência de publicidade ou repercussão social da ofensa à honra irrogada (honra objetiva).

Quanto à honra, Maria Helena Diniz leciona que:

Bem jurídico que apresenta dois aspectos: a) um subjetivo, o qual designa o sentimento da própria dignidade moral, nascido da consciência de nossas virtudes ou de nosso valor moral, isto é, a honra em sentido estrito; e b) um objetivo, representado pela estimacão que outrem faz de nossas qualidades morais e de nosso valor social, indicando a boa reputacão moral e profissional que pode ser afetada pela injúria, calúnia ou difamacão.

(*Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2005 p. 861)

Nessa toada, realmente, não se tem notícia de ter ocorrido publicidade exacerbada da peça acusatória, o que, de alguma forma, atenua o grau de reprovabilidade da conduta, influenciando diretamente na extensão do dano.

Contudo, não se pode olvidar que, mesmo assim, houve, para além de sua honra subjetiva, uma repercussão na órbita social de convivência do Desembargador, mais precisamente em seu meio de atuação profissional.

É que o manuseio da referida ação penal por diversos servidores do STJ e do Tribunal local (haja vista a propositura inicial naquele Tribunal, com posterior remessa dos autos a esta Corte em razão do foro por prerrogativa de função), bem como pelos seu pares no Tribunal bandeirante e pelos Ministros desta Corte de Justiça - que, no julgamento da APn n. 448-SP, rejeitaram a queixa-crime -, tudo isso, por si só, acabou por afastar o caráter reservado e oculto da exordial, atingindo o acusado em sua honra objetiva.

Assim, a maior ou menor repercussão das ofensas hão de influir diretamente na definição do *quantum*.

Nesse sentido:

**Dano moral. Reparação. Critérios para fixação do valor.** Condenação anterior, em quantia menor.

*Na fixação do valor da condenação por dano moral, deve o julgador atender a certos critérios, tais como nível cultural do causador do dano; condição sócio-econômica do ofensor e do ofendido; intensidade do dolo ou grau da culpa (se for o caso) do autor da ofensa; efeitos do dano no psiquismo do ofendido e as repercussões do fato na comunidade em que vive a vítima.*

Ademais, a reparação deve ter fim também pedagógico, de modo a desestimular a prática de outros ilícitos similares, sem que sirva, entretanto, a condenação de contributo a enriquecimentos injustificáveis.

Verificada condenação anterior, de outro órgão de imprensa, em quantia bem inferior, por fatos análogos, é lícito ao STJ conhecer do recurso pela alínea c do permissivo constitucional e reduzir o valor arbitrado a título de reparação.

Recurso conhecido e, por maioria, provido.

(REsp n. 355.392-RJ, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Rel. p/ Acórdão Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 26.3.2002, DJ 17.6.2002, p. 258)

*Dano moral.* Devolução indevida de cheques de emitidos por Magistrado em exercício em comarca do interior, por conduta indevida do banco.

1. Comprovada a devolução indevida dos cheques, de acordo com a prova dos autos, impõe-se indenização.

2. Como sabido, não é fácil quantificar o dano moral. Há muitas peculiaridades que conduzem necessariamente a diferenças, algumas vezes substanciais, na avaliação feita pelo julgador. Daí não ser possível, pura e simplesmente, uniformizar os valores. Por isso mesmo, esta Corte deve considerar sempre aqueles parâmetros da razoabilidade, afastando o exagero, o abuso, o despropósito e a insignificância, "atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. Ademais, deve-se procurar desestimular o ofensor a repetir o ato" (REsp n. 245.727-SE, Relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 5.6.2000). Neste feito, o acórdão recorrido procurou considerar exatamente a realidade do caso concreto, considerando a atitude do banco, que não atentou para os avisos dados pelo autor, e, ainda, que se tratava de um Magistrado em comarca do interior, cujo comportamento deve ser exemplar aos olhos dos seus jurisdicionados. Essas circunstâncias foram pesadas pelo Tribunal de origem para impor a redução, não havendo espaço para a revisão pleiteada porque ausentes os requisitos antes alinhados que a justificariam.

3. Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 578.682-SC, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 29.6.2004, DJ 11.10.2004, p. 319)

Processual Civil. Ação de indenização por danos morais e processuais. Condenação em somas elevadas. Julgamento antecipado da lide. Inadmissibilidade.

Fere o disposto no artigo 330, I, do Código de Processo Civil julgamento antecipado da lide, em ação de indenização por danos materiais e morais, com condenação em somas elevadas, deixando de atribuir qualquer valor aos documentos apresentados pelo réu e suprimindo a oportunidade de produção de provas outras, *com as quais se poderia, com maior segurança, avaliar os fatos e mensurar suas repercussões na vida social e profissional da vítima.*

Recurso especial provido.

(REsp n. 326.153-PI, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Rel. p/ Acórdão Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 11.4.2003, DJ 2.6.2003, p. 295)

Civil e Processual. Ação de responsabilidade civil. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Litigância de má-fé do banco autor declarada pelas instâncias ordinárias. Execução. Apuração da indenização. Perícia. Prova. Reexame. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ. Pretensão de obtenção de dano moral. Incabimento.

A penalidade imposta ao litigante de má-fé, nos moldes do art. 17, I, do CPC, impõe a apuração dos prejuízos causados à parte adversa com a conduta lesiva do autor, porém no âmbito do processo, *não se confundindo com danos morais pela eventual repercussão negativa da lide no universo social e profissional dos réus, o que extrapola o sentido da aludida cominação.*

II. Fixado o *quantum* indenizatório com base em prova pericial que corretamente se ateu ao âmbito processual acima explicitado, a discussão sobre aquele valor, situado em parâmetro razoável, importa no reexame do quadro probatório, encontrando o óbice da Súmula n. 7 do STJ.

III. Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 217.442-BA, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 26.6.2001, DJ 5.11.2001, p. 115)

7. Por fim, na esteira da jurisprudência consolidada neste Superior Tribunal de Justiça, a revisão de indenização por danos morais só é possível em recurso especial quando o valor fixado nas instâncias locais for exorbitante ou ínfimo, de modo a afrontar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Na hipótese, o Juízo de origem achou por bem fixar o valor indenizatório em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), que nos dias de hoje alcança o montante aproximado de R\$ 135.000,00 (cento e trinta e cinco mil reais).

Nessa situação, entendo que o montante se revelou elevado, destoando dos parâmetros arbitrados por esta Corte em casos análogos; até porque, além da extensão e repercussão do dano e das condições socioeconômicas e culturais dos envolvidos, há de se levar em conta o grau de culpa dos agentes e das vítimas, as condições psicológicas das partes, tudo diante da excessiva animosidade anterior ocasionada por acusações recíprocas entre os litigantes.

Assim, entendo que o valor de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) é compatível com a intensidade do sofrimento do recorrido, atentando, também, para as condições sócioeconômicas de ambas as partes, nos termos da jurisprudência do STJ:

Agravo regimental. Ação de indenização por danos morais. Cerceamento de defesa. Análise de prova. Inadequação do meio processual. Ofensa à pessoa

da magistrada. Alegação de ausência de dano moral. Reexame do conjunto fático-probatório. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ. Danos morais. Fixação. Razoabilidade. Decisão agravada mantida.

1.- É de se ter presente que o destinatário final das provas produzidas é o juiz, a quem cabe avaliar quanto à sua suficiência e necessidade. Aliás, é firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que compete às instâncias ordinárias exercer juízo acerca das provas produzidas, haja vista sua proximidade com as circunstâncias fáticas da causa, cujo reexame é vedado em âmbito de Especial, a teor do Enunciado n. 7 da Súmula deste Tribunal.

2.- Infirmar os fundamentos do Acórdão recorrido e acolher a tese sustentada pela Agravante seria necessário proceder ao reexame de provas, o que é vedado nesta instância, a teor da Súmula n. 7 desta Corte.

3.- A intervenção do STJ, Corte de caráter nacional, destinada a firmar interpretação geral do Direito Federal para todo o país e não para a revisão de questões de interesse individual, no caso de questionamento do valor fixado para o dano moral, somente é admissível quando o valor fixado pelo Tribunal de origem, cumprindo o duplo grau de jurisdição, se mostre teratológico, por irrisório ou abusivo.

4.- *Inocorrência de teratologia no caso concreto, em que foi fixado o valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), a título de indenização por danos morais decorrentes de palavras empregadas de modo ofensivo à pessoa da magistrada.*

5.- O agravo não trouxe nenhum argumento novo capaz de modificar a conclusão do julgado, a qual se mantém por seus próprios fundamentos.

6.- Agravo Regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 1.352.503-PR, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 26.2.2013, DJe 19.3.2013)

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Dano moral. Xingamentos e agressões físicas. Valor arbitrado. Reexame de provas. Súmula n. 7-STJ.

1. *A fixação da indenização por danos morais baseia-se nas peculiaridades da causa. Assim, afastando a incidência da Súmula n. 7-STJ, somente comporta revisão por este Tribunal quando irrisória ou exorbitante, o que não ocorreu na hipótese dos autos, em que o valor foi arbitrado em R\$ 16.600,00 (dezesesseis mil e seiscentos reais). Precedentes.*

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp n. 338.875-SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 3.9.2013, DJe 11.9.2013)

Agravo regimental. Agravo em recurso especial. Responsabilidade civil. Ofensas assacadas através de veiculação de entrevista pela *internet*. Danos

morais. Utilização da expressão “bastardos”. Ausência de omissões no acórdão. Danos morais. Reexame do conjunto fático-probatório. *Quantum* indenizatório. Razoabilidade. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ. Ausência de dissídio jurisprudencial. Decisão agravada mantida. Improvimento.

1.- Não se detecta qualquer omissão, contradição ou obscuridade no Acórdão Recorrido, uma vez que a lide foi dirimida com a devida e suficiente fundamentação, apenas não se adotou a tese da Agravante.

2.- A convicção a que chegou o Tribunal *a quo* quanto à existência de dano indenizável, decorreu da análise das circunstâncias fáticas peculiares à causa, cujo reexame é vedado em âmbito de Recurso Especial, a teor do Enunciado n. 7 da Súmula desta Corte.

3.- A intervenção do STJ, Corte de caráter nacional, destinada a firmar interpretação geral do Direito Federal para todo o país e não para a revisão de questões de interesse individual, no caso de questionamento do valor fixado para o dano moral, somente é admissível quando o valor fixado pelo Tribunal de origem, cumprindo o duplo grau de jurisdição, se mostre teratológico, por irrisório ou abusivo.

4.- *Inocorrência de teratologia no caso concreto, em que foi fixado o valor de indenização em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a título de danos morais decorrentes de veiculação de reportagem com conteúdo ofensivo à honra dos Agravados.*

5.- O Agravo não trouxe nenhum argumento novo capaz de modificar a conclusão alvitrada, a qual se mantém por seus próprios fundamentos.

6.- Agravo Regimental improvido.

(AgRg no AREsp n. 234.788-RJ, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 23.10.2012, DJe 6.11.2012)

Agravo regimental. Recurso especial não admitido. Indenização. Danos morais. Ofensas verbais.

1. *O recorrente não demonstrou com o presente regimental porque a indenização, na forma como fixada, configuraria abusividade. Observa-se dos autos que a hipótese contém elementos que justificam o valor determinado, ressaltando-se ter o acórdão reconhecido que o recorrido “denegriu a imagem da autora perante os seus conhecidos, no edifício, perante uma funcionária de seu esposo, no consultório, e perante o grande público, no Foro Central” (fl. 59). A indenização fixada, R\$ 12.000,00 (doze mil reais), não é absurda, descabendo o dissídio quanto ao tema.*

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag n. 749.168-RS, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 24.8.2006, DJ 18.12.2006, p. 373)

8. Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso especial tão somente para reduzir o valor do dano moral, arbitrando-o em R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), acrescido de correção monetária a contar desta data (Súm. 362-STJ) e juros de mora a partir do oferecimento da queixa-crime (Súm. 54 do STJ).

A cargo dos recorrentes, custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados com base no art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil, em 10% sobre o valor da condenação.

É como voto.

#### **VOTO**

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Sr. Presidente, inicialmente, cumprimento o Sr. Ministro *Luis Felipe Salomão* pelo primoroso voto, mas peço vênia a S. Exa. para acompanhar o voto da Sra. Ministra Relatora.

A queixa-crime revela a situação marcada por um processo de elevada exacerbação emocional existente entre as partes. Com a devida vênia, concluo, como a Relatora, que os recorrentes agiram no regular exercício de direito ao descreverem os fatos e atos praticados que entenderam relevantes, bem assim as características da personalidade e da condição social do querelado. Tudo isso com pertinência com o contexto da causa. E não consta também que tenham dado publicidade ao conteúdo da queixa-crime além das instâncias competentes para julgar o processo.

Por tudo isso, peço vênia ao Sr. Ministro *Luis Felipe Salomão* para acompanhar o voto da Sra. Ministra Relatora.

*Dou provimento* ao recurso especial.

#### **VOTO-VOGAL**

O Sr. Ministro Raul Araújo (Presidente): Resumindo, a eminente Relatora deu provimento ao recurso especial e o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão, em seu voto, dá parcial provimento ao recurso especial para reduzir o valor para R\$25.000,00 (vinte e cinco mil reais).

O Sr. Ministro Raul Araújo (Presidente): Srs. Ministros, cumprimento os Ministros Isabel Gallotti, Relatora, e Luis Felipe Salomão, que trouxe a divergência, pela excelência dos votos apresentados.

Temos um caso em que a parte talvez tenha margeado a fronteira entre o que era possível dizer e o que já começaria a ser excessivo, mas, parece-me, não chegou a ultrapassá-la, como destaca a Ministra Isabel Gallotti.

Havia utilidade nas argumentações que foram feitas, aqui e ali, com alguma demasia, mas sem transbordar para o aspecto pretendido pelo promovente desta ação.

Destaco também que o teor da petição não pode ser atribuído necessariamente aos apresentantes da queixa-crime, porque elaborada por advogado, profissional que teria, talvez, de também responder pelas supostas ofensas irrogadas, que não estamos reconhecendo. Mas a ação não foi manejada com relação ao advogado, tem esse aspecto.

Peço vênia para acompanhar o voto da Ministra Relatora e dar provimento ao recurso especial.

#### ESCLARECIMENTOS

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Sr. Presidente, apenas para esclarecer meu voto após tão bem elaborado voto do divergente do Ministro Luís Felipe Salomão, penso que não é crime a injúria ou a difamação cometida em juízo como argumento para a discussão da causa. Igualmente, não acarreta, em princípio, a meu sentir, responsabilidade civil, desde que as afirmações ofensivas tenham pertinência com o debate da causa. As afirmações feitas na queixa-crime, sem dúvida alguma, são ofensivas, o que é comum numa peça acusatória. A meu ver, o parâmetro para se definir se deve haver responsabilidade civil ou não é verificar se essas afirmações têm pertinência com o debate da causa, senão pouco adiantaria a lei excluir o crime se o direito de livre discussão da causa fosse freado pelo temor da responsabilidade civil em hipótese de insucesso do autor da manifestação tida por ofensiva. Apenas os abusos, as ofensas divorciadas de sentido no contexto do debate da causa são passíveis de punição na esfera penal e também na esfera civil. Assim, no meu ponto de vista, o pressuposto para a imunidade não é que as afirmações injuriosas sejam absolutamente necessárias; basta que sejam pertinentes ao debate da causa, o que, ao meu sentir, aconteceu na hipótese em exame.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.312.651-SP (2012/0046639-0)**

---

Relator: Ministro Marco Buzzi

Recorrente: Invisa Internacional Hotéis Ltda

Advogado: Carlos Alberto Carmona e outro(s)

Recorrido: Patrimonial Alpha Ltda

Advogado: Rafael de Medeiros Chaves Mattos e outro(s)

---

**EMENTA**

Recurso especial. Execução de sentença arbitral, decorrente de controvérsia envolvendo contrato de *joint venture*, proposta no foro da Comarca de São Paulo-SP. Incompetência declarada de ofício pelo magistrado singular, determinando a remessa dos autos ao foro da Comarca de Salvador-BA. Entendimento mantido pela Corte Estadual. Aplicação das regras estabelecidas nos artigos 94 a 100 do Código de Processo Civil à aferição do juízo cível competente para execução de sentença arbitral. Cláusula de eleição de foro estabelecida no termo de compromisso arbitral. Competência territorial relativa. Viabilidade de modificação pela vontade das partes e impossibilidade de declinação de ofício. Recurso especial provido, a fim de reconhecer a competência do foro de São Paulo-SP.

Insurgência recursal da autora.

Hipótese em que, proposta a execução de sentença arbitral no foro da Comarca de São Paulo-SP, consoante cláusula de eleição de foro estabelecida no compromisso arbitral, houve a declinação da competência, de ofício, pelo magistrado singular, determinando remessa e distribuição do feito a uma das varas cíveis da Comarca de Salvador-BA. Entendimento mantido pela Corte Estadual, tendo em vista o local para cumprimento da obrigação, bem assim o fato de as partes não possuírem sede em São Paulo-SP.

1. Violação ao artigo 458 e 535 do CPC não configurada. Acórdão que enfrentou de modo fundamentado e suficiente todas as teses pertinentes ao deslinde da controvérsia.

2. A utilização do procedimento da arbitragem não constitui desprestígio ao poder estatal de resolução de controvérsias; tal método desenvolveu-se em razão da equiparação da sentença arbitral à sentença proferida por membro do Poder Judiciário, o que lhe conferiu a qualidade de título executivo judicial, bem como em virtude dos benefícios do procedimento, dentre os quais a agilidade na resolução dos conflitos, a proximidade e maior participação das partes, com a liberdade de escolha de quem julgará a controvérsia, quais regras utilizadas (regras de Direito ou livre entendimento do julgador), o idioma, o local da arbitragem e demais ajustes constantes no termo de compromisso arbitral firmado pelas partes.

2.1 No ordenamento jurídico pátrio, o árbitro não foi contemplado com o poder de império, de coerção, capaz de determinar a execução de suas sentenças, motivo pelo qual, não adimplida voluntariamente a obrigação, deve o credor recorrer ao Poder Judiciário, requerendo o cumprimento da sentença arbitral, cujo processamento dar-se-á no juízo cível competente, nos moldes do art. 475-P, inc. III, do CPC.

2.2 Na hipótese dos autos, para a execução da sentença arbitral, as partes estabeleceram, no respectivo termo de compromisso, alternativamente, o foro da Comarca de São Paulo-SP ou de Salvador-BA, tendo o credor optado por protocolar o petitório no foro paulista. Nítida é a competência territorial ou de foro, considerada caso típico de competência relativa, autorizando a disponibilidade das partes, ante a não compulsoriedade das regras gerais de competência.

2.3 Aplicação do entendimento constante dos Enunciados das Súmulas n. 335-STF e 33-STJ, isto é, de que é válida a cláusula de eleição de foro para os processos oriundos do contrato e de que a incompetência relativa não pode ser declarada de ofício.

3. Recurso especial conhecido, rejeitada a preliminar e, no mérito, *provido*, a fim de reconhecer a competência do foro Comarca de São Paulo-SP para processamento da execução de sentença arbitral.



## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por

unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Raul Araújo (Presidente), Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de fevereiro de 2014 (data do julgamento).

Ministro Raul Araújo, Presidente

Ministro Marco Buzzi, Relator

---

DJe 25.2.2014

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Cuida-se de recurso especial, interposto por *Invisa Internacional Hotéis Ltda.*, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, em autos de agravo de instrumento - apresentado em face de decisão interlocutória proferida no bojo de execução de sentença arbitral.

Depreende-se dos autos que as partes acordaram submeter a controvérsia acerca do descumprimento de contrato de *Joint Venture* - destinado à exploração conjunta do *Hotel Invisa Sol Stella Maris* - ao Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, processo que recebeu o número 19/2008 (fls. 76-82).

A sentença arbitral (fls. 84-165), além de decretar a resolução do “*Contrato de Joint Venture e Outros Pactos*”, condenou a executada *Patrimonial Alpha Ltda.*, ora recorrida, ao pagamento da quantia de R\$ 13.090.253,71 (treze milhões, noventa mil, duzentos e cinquenta e três reais e setenta e um centavos).

Não verificado o adimplemento espontâneo da condenação e, após tentativa cartorária frustrada de notificação da devedora (fls. 167-172), a credora *Invisa Internacional Hotéis Ltda.*, ora recorrente, propôs execução/cumprimento de sentença arbitral (fls. 24-28), distribuída ao juízo da 38ª Vara Central da Comarca de São Paulo.

Em decisão acostada às fls. 19-20, o magistrado singular declinou da competência para processamento e julgamento da causa, sob o argumento de que a obrigação deveria ser cumprida em Salvador, porquanto o bem indicado à penhora estaria localizado naquela cidade e, ainda, de que o devedor possuiria

domicílio na aludida comarca, tendo determinado a remessa do feito àquela jurisdição.

Contra o mencionado *decisum*, interpôs a credora/autora recurso de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, tendo o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negado-lhe provimento, em acórdão assim ementado:

Agravo de instrumento. Cumprimento de Sentença arbitral. Para execução da sentença arbitral, as partes elegeram alternativamente a comarca de São Paulo ou da de Salvador (Termo de Arbitragem). Nenhuma das partes têm sede em São Paulo. A agravante tem sede em Salvador, na Bahia. As partes contrataram a união de esforços para construção de hotel em Salvador. A obrigação tem que ser cumprida na Bahia. Não há razão para que o processo tramita em São Paulo. Agravo improvido (Voto 20017).

Opostos embargos de declaração, estes foram rejeitados às fls. 576-583.

Nas razões do recurso especial (fls. 592-614), alega a insurgente, além de dissídio jurisprudencial, a existência de violação aos artigos 458, inciso II, 535, incisos I e II, 111, 112 e 114 do Código de Processo Civil e artigo 327, parágrafo único, do Código Civil.

Sustenta, em síntese:

*a)* a configuração de negativa de prestação jurisdicional face à alegada omissão na análise das temáticas referentes à (i) natureza da competência no caso em apreço; (ii) os fundamentos que permitem o reconhecimento de incompetência de ofício; e, (iii) os efeitos da cláusula de eleição de foro na prorrogação da competência para a comarca de São Paulo-SP;

*b)* que a simples menção de incidência do artigo 475-P, inciso III, do Código de Processo de Processo Civil, não torna o foro da comarca de Salvador-BA o competente para a execução da sentença arbitral, uma vez que as partes diversamente convencionaram, elegendo, no termo de compromisso arbitral, foros competentes alternativos/concorrentes;

*c)* ser válida a cláusula de eleição de foro convencionada pelas partes, permitindo a prorrogação da competência territorial para o cumprimento de sentença arbitral;

*d)* a validade e eficácia da prorrogação da competência territorial estabelecida entre as partes, a qual não foi impugnada pela parte *ex adversa*, motivo por que a sua modificação de ofício fere a liberdade contratual; e

e) que designados dois ou mais lugares para o cumprimento da obrigação, cabe ao credor a sua escolha.

Não foram apresentadas contrarrazões (cf. fl. 639, e-STJ).

Admitido o processamento do recurso na origem, e deferido o pedido de efeito suspensivo, conforme decisão de fls. 620-621, ascenderam os autos a esta Corte Superior.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Marco Buzzi (Relator): O recurso especial, no mérito, merece prosperar.

O cerne da controvérsia posta a debate concerne à concretização da jurisdição através do instituto da competência, notadamente no que tange à imperatividade das normas delimitadoras e os efeitos modificativos de competência legal decorrentes de cláusula de eleição de foro estabelecida em termo de compromisso arbitral para cumprimento/execução da respectiva sentença.

1. Primeiramente, quanto à preliminar de violação aos artigos 458, inciso II, e 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil, não padece o acórdão dos vícios apontados, pois o Tribunal *a quo* dirimiu as questões pertinentes ao litígio, não sendo exigível que se reporte de modo específico a determinados preceitos legais ou que seja obrigado a se manifestar exaustivamente sobre todos os pontos arguidos pelas partes, caso sejam irrelevantes à formação de sua convicção.

Com efeito, aplica-se a jurisprudência da Casa segundo a qual não há ofensa ao art. 535 do CPC quando o acórdão, de forma explícita, rechaça todas as teses do recorrente, apenas chegando à conclusão desfavorável a este. Confirmando-se, entre outros, o seguinte precedente: REsp n. 1.057.477-RN, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 4.9.2008, DJe 2.10.2008.

Na hipótese dos autos, a Corte de origem entendeu pela competência da Comarca de Salvador-BA - juízo cível competente para o julgamento do processo de conhecimento caso tivesse sido utilizado o Poder Judiciário -, ante a aplicação do artigo 475-P, inciso III, do CPC, em consonância com o fato de a obrigação estipulada no contrato dever ser cumprida na Bahia, bem ainda, de nenhuma das partes possuir sede em São Paulo-SP.

Depreende-se, portanto, que o acórdão ostenta fundamentação suficiente, explicitando as premissas fáticas adotadas pelos julgadores e as consequências jurídicas daí extraídas. O seu teor resulta de exercício lógico, restando mantida a pertinência entre os fundamentos e a conclusão, não se havendo falar em ausência de fundamentação, razão pela qual afastado também a alegada ofensa ao art. 458, inc. II, do CPC.

*Nesse sentido:* REsp n. 264.101-RJ, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, Quarta Turma, julgado em 10.3.2009, DJe 6.4.2009 e REsp n. 1.090.861-PA, Rel. Ministro *Castro Meira*, Segunda Turma, julgado em 21.5.2009, DJe 1º.6.2009.

Superada a questão preliminar, procede-se à análise do mérito recursal.

2. Nesse ponto, cumpre esclarecer, de início, que o legislador, ao proceder à concretização da jurisdição através do instituto da competência, elegeu critérios determinativos que ora servem aos interesses das partes, ora ao interesse público de administração judicial face à soberania do poder estatal.

Desta forma, acorde ao interesse predominante adotado pelo ordenamento jurídico, delineiam-se diferentes graus de imperatividade das normas relativas à competência, sendo possível caracterizá-las em *cogentes/absolutas* (estabelecem princípios cuja manutenção é necessária à ordem social, impondo-se, obrigatoriamente, a todos os indivíduos, inderrogáveis que são pela vontade privada) e *dispositivas/relativas*, estas últimas não compulsórias, onde há possibilidade de serem afastadas pelas partes.

Segundo Cândido Rangel Dinamarco:

A competência é tratada pelo direito positivo como absoluta, quando constitui reflexo de razões ligadas ao correto exercício da jurisdição e bom funcionamento do Poder Judiciário, segundo os critérios que sensibilizam o constituinte e o legislador: *interest rei publicae*" (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 567)

Na hipótese ora em foco, entendeu a Corte de origem que a ação de execução de sentença arbitral deveria ser processada perante o juízo cível competente para a causa, caso tivessem as partes prestigiado o Poder Judiciário para a solução da controvérsia.

Neste particular, pertinente se mostra tecer breve comentário acerca do seguinte trecho do acórdão impugnado:

E ainda, as partes usaram o juízo arbitral para solução do litígio, demonstrando que não têm apreço pela Justiça dos Estados, o que enfraquece todas as postulações feitas nas razões do recurso de agravo de instrumento. (fl. 559)

Pela simples leitura do excerto acima transcrito, percebe-se que a cultura arbitral no Brasil ainda enfrenta forte resistência daqueles que desconfiam dos meios alternativos de solução de conflitos, difundindo a ideia de que a arbitragem constitui instrumento até mesmo inadequado para solver conflitos e que esta incorpora instituto que concorre com o Poder Judiciário, retirando-lhe eficácia ante a prevalência de cláusula compromissória que possui a característica de autossuficiência.

Com o advento da Lei n. 9.370/1996, o instituto da arbitragem se desenvolveu no país, grande parte em razão da equiparação da sentença arbitral à sentença proferida por membro do Poder Judiciário, o que lhe conferiu a qualidade de título executivo judicial, e, principalmente, em virtude dos benefícios do procedimento arbitral, dentre os quais a agilidade na resolução dos conflitos, a proximidade e maior participação das partes, com a liberdade de escolha de quem julgará a controvérsia, quais regras de julgamento serão utilizadas (regras de Direito ou livre entendimento do julgador), o idioma, o local da arbitragem e demais proveitos constantes no termo de compromisso arbitral firmado pelas partes.

Assim, a utilização do procedimento da arbitragem não constitui desprestígio ao poder estatal de resolução de controvérsias como faz crer o trecho do acórdão acima destacado. É sim, tal como a conciliação e a mediação, meio de superar conflitos, alternativa ao Poder Judiciário, ao qual merece seja dado respaldo e real desenvolvimento, pois dotado de segurança, tecnicidade, rapidez, neutralidade e liberdade de escolha, que veio para fazer valer os anseios da sociedade ávida por justiça, venha ela de que forma vier, desde que seja célere, econômica e eficaz, características, diga-se, ainda não alcançadas amplamente no âmbito do Poder Judiciário.

Feita essa breve digressão ante a singular concepção que o julgado de origem adotou referentemente à arbitragem, verifica-se que, dado o descumprimento da sentença arbitral, a parte credora necessitou fazer uso de ação autônoma de execução, transferindo a relação jurídica do juízo arbitral para o juízo estatal, atendendo à *mens* da Lei n. 11.232/2005.

Isso porque a arbitragem ainda não contempla mecanismos para determinar a auto-executoriedade do laudo arbitral, cuja efetivação depende,

principiologicamente, de boa vontade, pois, tal como ocorre com a sentença judicial, muitas vezes é necessário recorrer ao procedimento de cumprimento forçado, ante a inércia da parte devedora em cumprir com a obrigação já estipulada; saliente-se, por oportuno, que, no âmbito da arbitragem, o árbitro não foi contemplado com o poder de império, de coerção, capaz de determinar à execução de suas sentenças, fazendo-se necessária a instauração de procedimento judicial de execução/cumprimento.

No caso em tela, a credora protocolou a petição executória no juízo da Comarca de São Paulo-SP, o que atendia à cláusula de eleição de foro prevista no termo de compromisso arbitral, no qual as partes, em comum acordo, elegeram, alternativamente, o foro da Comarca de São Paulo-SP ou de Salvador-BA para a execução da sentença arbitral.

Do termo de compromisso arbitral (fls. 76-82), extrai-se o seguinte:

*VI - Jurisdição*

Para a requisição de medidas judiciais no curso da presente arbitragem as Partes elegem o for da Comarca de São Paulo, Capital, com renúncia de qualquer outro por mais privilegiado que seja.

***Para execução da sentença arbitral as Partes elegem alternativamente o foro da Comarca de São Paulo/SP ou de Salvador-BA.***

Para memória dos fatos, firmam o presente Termo de Arbitragem, fazendo-o, igualmente, as partes, os Árbitros e a Câmara, para o efeito dele tomarem ciência. (grifou-se)

Acerca da competência para o cumprimento de sentença arbitral, preleciona o artigo 475-P, inciso III, do CPC, que este se processará perante o juízo cível competente, aplicando-se as regras de competência territorial – previstas nos artigos 94 a 100 da Lei Adjetiva –, a qual, nos moldes estabelecidos pela legislação vigente, é considerada relativa/dispositiva (art. 111 do CPC), podendo ser modificada por livre convenção das partes.

Nesse sentido, leciona Fredie Didier Jr.:

Cabe ao juízo cível competente a execução da sentença arbitral (art. 475-P, III, CPC). Convém fazer as seguintes observações:

***a) Aplicam-se as regras de competência territorial do CPC, inclusive em relação à prevalência de eventual foro contratual, fixado na convenção de arbitragem.*** É possível, portanto, a alegação de incompetência relativa.

b) Percebe-se que o desrespeito à regra de competência prevista no inciso III do art. 475-P, em todas as suas hipóteses, implica incompetência relativa.

**c) Não há prevenção do juízo que porventura tenha julgado alguma demanda relacionada à convenção de arbitragem (instituição de arbitragem, nomeação de árbitro, medidas cautelares etc): a distribuição é livre.**

(DIDIER JR., Fredie, et al. Curso de Direito Processual Civil: Execução. Editora Jus PODIVM, 2009, p. 226; grifou-se)

Na mesma linha, destaca-se o entendimento delineado por Araken de Assis, qual seja:

Segundo o art. 475-P, III, executar-se-á a sentença arbitral “no juízo cível competente”.

Ao deixar incólume a redação primitiva do art. 575, III, omissa que era o art. 41 da Lei 9.037/1996, até a Lei n. 10.358/2001, incorrera o legislador em impropriedade. Em vão se buscaria o “juízo que homologou a sentença arbitral”, porque o árbitro não homologa, ele julga, motivo por que a respectiva “sentença” conterá dispositivo no qual “os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas (art. 26, III, da Lei n. 9.037/1996). *Ora, o árbitro não ostenta competência executiva, seja pela índole do procedimento, seja porque, proferida a sentença arbitral, “dá-se por finda a arbitragem” (art. 29, primeira parte). Por conseguinte, a execução se processará perante a autoridade judiciária competente.*

De ordinário, o foro competente é o do domicílio do réu ou o do lugar de cumprimento da obrigação. *Não há motivo algum para executar-se o provimento necessariamente, no foro em que se processou a arbitragem. Às vezes, como notou Rodrigo Barioni, tal se deve ao interesse das partes na constituição do órgão arbitral, o que desaparece após o término dos trabalhos e a emissão da sentença exequível. **Eventualmente, as partes elegem foro para execução, o que é admissível.*** (Manual da Execução. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 424; grifou-se)

Vislumbra-se, portanto, nítida hipótese de competência territorial ou de foro, disciplinada no Capítulo III, Seção III, do Código de Processo Civil, caso típico de competência relativa, o que autoriza a sua disponibilidade, tendo em vista a não compulsoriedade das regras gerais de competência.

A assertiva acerca da competência relativa para a causa vai somada ao fato de não se tratar de ação fundada em direito real sobre imóvel no qual recaia litígio sobre direito de propriedade, vizinhança, servidão, posse, divisão e demarcação de terras e nunciação de obra nova, *mas de descumprimento de contrato de Joint Venture, destinado à exploração conjunta do Hotel Invisa Sol Stella Maris, localizado em Salvador-BA.*

Fixada a premissa no que concerne à natureza da competência objeto de controvérsia no caso em tela, isto é, *competência relativa*, necessário acrescentar que não poderia ter sido declarada de ofício, assim como entenderam as instâncias ordinárias, porquanto, processualmente, somente é autorizada a modificação desta competência face à manifestação da parte que se insurge por via de exceção de incompetência, consoante dispõe o artigo 112 do CPC, *in verbis*: “*Argui-se, por meio de exceção, a incompetência relativa.*”

Neste particular, destaca-se, outrossim, o enunciado inserto na Súmula n. 33-STJ, ao preceituar que a incompetência relativa não pode ser declarada de ofício.

Ainda, nos termos do artigo 111 do Código de Processo Civil, por não se aplicar ao caso a competência em razão da matéria e da hierarquia - que são inderrogáveis por convenção das partes -, *viável a sua modificação por meio de cláusula de eleição de foro*, afastando as regras gerais de delimitação de competência (em razão do domicílio, do cumprimento da obrigação, entre outras); na hipótese dos autos, as partes aludiram expressamente no termo de compromisso arbitral, que aceitavam, *alternativamente*, para a execução da sentença arbitral, o foro da comarca de São Paulo-SP ou de Salvador-BA.

Vale ressaltar, ademais, ser entendimento, inclusive sumulado (Enunciado n. 335-STF), de que é válida a cláusula de eleição de foro para os processos oriundos do contrato.

Desta forma, ausente plausibilidade no afastamento de ofício da cláusula de eleição de foro prevista no termo de compromisso arbitral, pois não se vislumbra, no caso, contrato de adesão (art. 114 do CPC), bem assim no fato de a parte *ex adversa* não ter se manifestado pela incompetência do foro da comarca de São Paulo-SP, impõe-se a reforma do acórdão recorrido, reconhecendo-se a competência do mencionado foro.

3. Do exposto, conheço do recurso especial para rejeitar a preliminar de violação ao art. 535 do CPC e, no mérito, *dou-lhe provimento*, a fim de determinar o retorno dos autos à origem para o prosseguimento da ação no foro da comarca de São Paulo-SP, na Vara Cível em que distribuído originariamente o feito.

É como voto.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.338.091-MS (2012/0166177-7)**

---

Relator: Ministro Marco Buzzi

Recorrente: G A da S

Advogado: Darcy Terra Fernandes - Defensora Pública e outros

Recorrido: L F A da S

Representado por: O da S

Advogado: Sem representação nos autos

---

**EMENTA**

Recurso especial. Embargos do devedor. Execução de alimentos (art. 732 do CPC). Decisão monocrática indeferindo liminarmente os embargos, sob o fundamento de ser aplicável a Lei n. 11.232/2005 ao procedimento de execução de título judicial. Acórdão mantendo o *decisum* pelos seus próprios fundamentos. Adoção da fase de cumprimento de sentença à execução de obrigação alimentar lastreada em título judicial. Apelo nobre desprovido.

Hipótese em que o magistrado de primeiro grau, ao despachar a petição inicial da ação de execução de alimentos, impôs multa de 10% (dez por cento) sobre o valor requerido, nos termos do art. 475-J do Código de Processo Civil.

Embargos à execução rejeitados, ao fundamento de ser aplicável a Lei n. 11.232/2005 ao procedimento de execução de título judicial de natureza alimentar. Decisão mantida pelo Tribunal de origem pelos seus próprios fundamentos.

1. Em atenção à relevância do caráter da obrigação alimentar, a exegese que melhor se alinha à finalidade da reforma promovida pela Lei n. 11.232/2005 é a de que o correspondente crédito, constituído por sentença judicial, deve ser exigido nos moldes dos arts. 475-I e seguintes do Código de Processo Civil, haja vista a configuração e o encadeamento dos atos processuais ali previstos.

1.1. A adoção da fase de cumprimento de sentença aos créditos alimentares, oriundos de título judicial, vem ao encontro da relevância da obrigação a ser adimplida, porquanto a efetivação de direitos

fundamentais, como a vida e a dignidade, refletidos na prestação alimentar, requer a adoção de instrumentos jurídicos realmente capazes de tutelar o patrimônio jurídico essencial do indivíduo.

2. A Lei n. 11.232/2005, ao fundir as tutelas de conhecimento e de execução em um único processo, proporcionou a satisfação do direito material de modo mais eficaz e célere.

3. Art. 732 do Código de Processo Civil. Urgência e relevância da satisfação do crédito alimentar. Interpretação sistêmica dos dispositivos concernentes ao tema. Possibilidade de aplicação do cumprimento de sentença - arts. 475-I e seguintes do Estatuto Processual Civil - à realização da prestação alimentícia. Precedentes: REsp n. 1.177.594-RJ, Rel. Ministro *Massami Uyeda*, *Terceira Turma*, julgado em 21.6.2012, DJe 22.10.2012; REsp n. 1.315.476-SP, Rel. Ministra *Nancy Andrigbi*, *Terceira Turma*, julgado em 17.10.2013, DJe 25.10.2013.

4. Recurso especial desprovido.

## ACÓRDÃO

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

Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Raul Araújo (Presidente), Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 4 de fevereiro de 2014 (data do julgamento).

Ministro Raul Araújo, Presidente

Ministro Marco Buzzi, Relator

---

DJe 12.2.2014

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Cuida-se de recurso especial interposto por G. A. da S., com fundamento no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição

Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

Na origem, L. F. da S. ajuizou ação de execução de alimentos contra G. A. da S., com o desiderato de receber o importe de R\$ 19.379,24 (dezenove mil trezentos e setenta e nove reais e vinte e quatro centavos). Ao despachar a inicial, o juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Itaquiraí determinou a intimação do devedor – G. A. da S. – *para saldar a dívida no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de multa de 10% (dez por cento) do valor executado, com fundamento no art. 475-J do Código de Processo Civil.*

Da referida decisão, G. A. da S. opôs embargos à execução, com o escopo de afastar a aplicação da multa prevista no art. 475-J do Estatuto Processual Civil, bem como questionar o débito executado.

O magistrado de piso indeferiu liminarmente os embargos à execução, *ao fundamento de que a nova sistemática introduzida pela Lei n. 11.232/2005 abrange o procedimento executivo de título judicial de natureza alimentar, não obstante a previsão do art. 732 do Código de Processo Civil (fls. 14-16, e-STJ).*

Inconformado, o devedor – G. A. da S. – interpôs recurso de apelação perante o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, que manteve a sentença impugnada, encampado as suas razões de decidir, *in verbis* (fls. 35 a 37, e-STJ):

Em razão dessa conduta e, não havendo modificações a serem recomendadas na conclusão do magistrado, mantenho a sentença pelos seus próprios fundamentos, motivo pelo qual, transcrevo excerto para evitar tautologia:

[...] O executado opôs embargos à execução, não obstante a execução embargada seja lastreada em título executivo judicial, emitido nos Autos n. 155/94, da comarca de Terra Roxa (PR).

Sabe-se que, com o advento da Lei n. 11.232/2005, que alterou a sistemática da execução de sentença, não é mais cabível embargos contra essa espécie de título executivo, daquele marco em diante cabe impugnação ao cumprimento de sentença, cujo regramento está previsto nos artigos 475-L e 475-M, ambos do Código de Processo Civil.

Nesse ponto, impende ressaltar que não prospera a tese defensiva de que as regras do cumprimento de sentença, inseridas pela Lei n. 11.232/2005, não se aplicam à execução de sentença de alimentos, com base no art. 732 do CPC (execução por expropriação).

De fato, o art. 732 do CPC continua remetendo ao capítulo do CPC que trata da execução de título extrajudicial.

Contudo, consoante lição de FREDIE DIDIER JR., “na verdade houve, apenas uma falha de remissão. O legislador reformista não cuidou de adaptar a redação do art. 732 do CPC à nova realidade normativa. Não se pode entender, por causa disso, que a execução de sentença de alimentos siga o rito da execução fundada em título extrajudicial. Numa interpretação sistemática, e não literal, é bem de ver que as execuções de sentença têm disciplina própria, sujeitas ao regime de cumprimento de sentença (CPC, arts. 4 75-J e ss.) independentemente de o crédito ser ou não alimentar. [...]. A simples falha de remissão não deve impressionar ou marcar a interpretação da norma. [...] Significa que, sendo o título judicial, a execução de alimentos prevista no art. 732 do CPC deve seguir o procedimento do cumprimento de sentença.” (Curso de Direito Processual Civil, Execução, Ed Jus Podivmn, 2009; p. 701).

De outro lado, o caso não comporta o recebimento dos embargos como impugnação ao cumprimento de sentença, já que este, diferentemente daquele, exige a efetivação de penhora, conforme previsão do artigo 475-J § 1º, do Código de Rito; e, compulsando os autos principais, nota-se a inexistência de informação a respeito da realização de constrição, o que impede a análise do insurgimento.

[...]

Ainda que assim não fosse, é lícita a cobrança de multa prevista no 475-J do Código de Processo Civil na ação de alimentos, conforme infere-se da jurisprudência dos Tribunais Pátrios:

[...]

A singeleza da causa inibe este julgador a uma maior incursão no processado, sendo que, sem mais delongas, nego provimento ao recurso.

Daí o presente recurso especial, em que G. A. da S. - ora recorrente - aponta a existência de violação aos arts. 475-I, 475-J, 646, 732 e seguintes, do Código de Processo Civil.

Nas razões do apelo extremo, alega, em síntese, ser ilegal a cobrança da multa prevista no art. 475-J do Estatuto Processual Civil, pois a execução de alimentos é regida pelo art. 732 do mesmo diploma legislativo.

Pondera que a expropriação de bens realizada por meio da ação de alimentos está rigorosamente disciplinada pelas disposições do art. 646 e seguintes do Código de Processo Civil (execução por quantia certa contra devedor solvente), por força do art. 732 do mesmo diploma legal.

Reitera ser inaplicável ao rito da execução de alimentos as disposições da Lei n. 11.232/2005, sobretudo a multa do art. 475-J do Estatuto Processual Civil.

Afirma que, de modo proposital, a Lei n. 11.232/2005 foi silente quanto à sua aplicação à execução alimentar, sendo necessária a observância fiel dos arts. 732 e seguintes da Lei Adjetiva, no rito da ação executiva de alimentos.

Aduz que “a omissão da lei não deve ser interpretada como intenção de afastar o procedimento mais célere e eficaz, logo da obrigação alimentar, cujo bem tutelado, em última análise, é a manutenção da vida.” (fl. 49, e-STJ)

Sem contrarrazões (fl. 56, e-STJ) e, após decisão de admissibilidade do recurso especial, os autos ascenderam a esta egrégia Corte de Justiça.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não provimento do recurso especial (fls. 80 a 84, e-STJ).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Marco Buzzi (Relator): A irresignação não merece prosperar.

1. A *quaestio juris* dos autos reside na possibilidade, ou não, de se executar título judicial constitutivo de obrigação de alimentos, por meio do procedimento de cumprimento de sentença, a despeito do regramento do art. 732 do Código de Processo Civil, *in verbis*: “a execução de sentença, que condena ao pagamento de prestação alimentícia, far-se-á conforme o disposto no Capítulo IV deste Título”.

Em atenção à relevância do caráter da obrigação alimentar, a exegese que melhor se alinha à finalidade da reforma promovida pela Lei n. 11.232/2005 - fase de cumprimento de sentença - é a de que correlato crédito, constituído por sentença judicial, deve ser exigido nos moldes dos arts. 475-I e seguintes do Código de Processo Civil, haja vista a configuração e o encadeamento dos atos processuais ali previstos.

A adoção da fase de cumprimento de sentença aos créditos alimentícios, oriundos de título judicial, vem ao encontro da relevância da obrigação a ser adimplida, porquanto a efetivação de direitos fundamentais, como a vida e a dignidade, refletidos na prestação alimentar, requer a adoção de instrumentos

jurídicos realmente capazes de tutelar o patrimônio jurídico essencial do indivíduo.

2. Inicialmente, destaca-se que a Lei n. 11.232/2005 inovou na ordem jurídica, ao estabelecer, de modo ordinário, o fim da dicotomia entre o processo de conhecimento e o de execução.

Ao fundir as duas tutelas jurisdicionais em processo único, buscou-se agilizar a satisfação/efetivação do direito material, tendo em vista os diversos obstáculos que surgiam diante do credor na consecução de seu crédito.

Iniciando-se, assim, a etapa de satisfação do crédito por meio de uma fase do processo de conhecimento, ao invés de se instaurar nova ação, tornou-se possível a realização da prestação jurisdicional de modo mais célere e efetivo, superando a prática de atos processuais dispensáveis, e conformado a lei adjetiva à sua finalidade de concretização da pretensão material.

Vislumbra-se, portanto, que a adoção da fase de cumprimento de sentença aos créditos alimentícios, oriundos de título judicial, vem ao encontro da relevância da obrigação a ser adimplida, porquanto a efetivação de direitos fundamentais, como a vida e a dignidade, refletidos na prestação alimentar, requer a adoção de instrumentos jurídicos realmente capazes de tutelar o patrimônio jurídico essencial do indivíduo.

Nessa senda, sobreleva apontar que o cumprimento de sentença, ao eliminar a necessidade de citação do devedor, pôs fim a um verdadeiro obstáculo à realização do crédito; pois, do dia a dia forense, percebe-se o comportamento não raro e antiético do réu de se esquivar do ato citatório, provocando, assim, oposição indevida à marcha do processo e, por conseguinte, procrastinação do feito.

Pela sistemática da Lei n. 11.232/2005, o devedor não precisa ser novamente integrado à lide, já que não há se falar em ação executiva; mas, sim, em prosseguimento da ação já ajuizada e sentenciada em nova etapa, que se dá pela intimação do *solvens* na pessoa de seu procurador, por meio da imprensa oficial.

Outrossim, notável medida de efetivação do processo é a coerção psicológica exercida sobre o devedor, ante a previsão de multa de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, caso não haja o adimplemento espontâneo do débito em 15 (quinze) dias. Esta sanção, como é de sabença, não era prevista na sistemática anterior (alusiva à execução de título judicial).

A multa do art. 475-J é medida singular e de elevada eficácia, uma vez que o devedor, não possuidor de defesa consistente, repensará melhor, antes de adotar comportamento recalcitrante, já que o transcurso do prazo para pagamento implicará majoração do débito.

Desse modo, a referida sanção contribui, inexoravelmente, à agilidade do processo e adimplemento da obrigação, visto que a recusa do devedor em solver o débito, bem como a apresentação de defesa infundada, onerará o *quantum* devido.

Nessa ordem de ideias, sobretudo em atenção à relevância do caráter da obrigação alimentar, a exegese que melhor se alinha à finalidade da reforma promovida pela Lei n. 11.232/2005 é a de que o crédito alimentício constituído por sentença deve ser exigido nos moldes dos arts. 475-I e seguintes do Código de Processo Civil, haja vista a configuração e o encadeamento dos atos processuais ali previstos.

Comungando de tal entendimento, preleciona Maria Berenice Dias:

[...]

*O silêncio do legislador, no que diz com a execução dos alimentos, tem semeado discórdia em sede doutrinária, sendo questionado se a simplificação dos atos de cumprimento da sentença alcançou os encargos de natureza alimentícia. É que não houve expressa revogação nem tampouco alteração no Capítulo V do Título II do Livro II do CPC, que trata “Da execução da prestação alimentícia”. Também não há nenhuma referência à obrigação alimentar nas novas regras de cumprimento de sentença, inseridas nos Capítulos IX e X do Título VIII do Livro I: “Do processo de conhecimento” (CPC 475-I a 475-R). A omissão, mero cochilo ou puro esquecimento, não pode levar a nefastos resultados.*

[...]

*No que diz com a dívida pretérita, a forma de cobrar é por meio do cumprimento da sentença: intimação do devedor para que pague em 15 dias. Não realizado o pagamento, incide a multa, e o credor deve requerer a expedição de mandado de penhora e avaliação (CPC 475-J). Rejeitada a impugnação (CPC 475-L), igualmente incide multa. Penhorado dinheiro, é possível mensalmente o levantamento do valor da prestação (CPC 732 parágrafo único). [...] (DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8ª ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2011, p. 580 e 581; grifou-se)*

Em igual sentido, a vale a pena mencionar as palavras de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

[...]

*Não cumprida a sentença, o montante dos alimentos será acrescido de multa, no percentual de dez por cento. De acordo com o art. 475-J do CPC, o não cumprimento da sentença, além de sujeitar o devedor a tal multa, faculta o credor o requerimento de penhora e avaliação.*

O art. 475-J, ao fazer menção à penhora e à avaliação, prevê uma forma de execução, exatamente a execução por expropriação. Acontece que, tratando-se de execução alimentar, a expropriação é apenas uma das várias formas de execução disponíveis ao credor.

[...] (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de direito processual civil: execução*. 2ª ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2008, v. 3, p. 396; grifou-se)

Também não é outra a lição proferida por Alexandre Freitas Câmara:

[...]

*Como dito anteriormente, o legislador da Lei n. 11.232/2005 esqueceu-se da execução de prestação alimentícia. A meu ver, porém, não se pode pensar que essa espécie executiva não receba os influxos da nova sistemática da execução da sentença. Assim, destina-se este item do trabalho a buscar estabelecer o modo como devem ser interpretados os arts. 732 a 735 do Código de Processo Civil, interpretação essa que se deve fazer à luz dos arts. 475-I a 475-R do CPC.*

Estabelece o art. 732 que “a execução de sentença, que condena ao pagamento de prestação alimentícia, far-se-á conforme o disposto no Capítulo IV deste Título”. Esse dispositivo, não alterado pela Lei n. 11.323/2005, determina que a execução de alimentos deve ser feita conforme os ditames do Livro II do Código de Processo Civil. Assim, porém, não me parece. A meu juízo, deve-se ler esse dispositivo como se fizesse alusão ao novo sistema executivo. Deste modo, sugiro que a partir de agora se passe a ler o art. 732 como se disse que “a execução de sentença, que condena ao pagamento de prestação alimentícia, far-se-á conforme o disposto no Livro II, Título VIII, Capítulo X, deste Código.” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *A nova execução de sentença*. 6ª ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009, p. 175 e 176; grifou-se)

Portanto, não é preciso dizer, no caso em julgamento, ocorre a adoção do entendimento de que é aplicável à execução de alimentos, ora em foco, os preceitos do pedido de cumprimento de sentença, em que pese haja respeitáveis divergências acerca do tema.

Nesse passo, afigura-se insubsistente o argumento de que o Legislador, ao excepcionar a aplicação do art. 475-J do Código de Ritos aos procedimentos especiais, como os referentes à execução contra a fazenda pública e à satisfação

de crédito judicial alimentar, o fez de modo consciente, pois, entendimento contrário, ensejaria a incidência da multa em todo e qualquer procedimento expropriatório.

Ora, tal raciocínio esbarra na própria peculiaridade de cada procedimento especial. Na execução contra a fazenda pública, por exemplo, é incogitável a aplicação dos arts. 475-I e seguintes do Código de Processo Civil devido as particularidades que cercam o pagamento por meio de precatórios, sistema que jamais pode ser afastado mediante lei ordinária, já que possui assento constitucional.

*Entretanto, em relação à satisfação de crédito alimentar lastrado em título judicial, não se vislumbra qualquer óbice à aplicação do cumprimento de sentença, motivo pelo qual é possível que o intérprete supra o lapso legislativo, em relação aos procedimentos que comportarem a fase de cumprimento de sentença, como na hipótese em foco.*

A remissão contida no art. 732 do Código de Ritos, ao estabelecer que a satisfação do crédito alimentar segue o procedimento destinado à execução por quantia certa contra devedor solvente, de modo algum infirma o entendimento ora expandido, ainda que o art. 652 do referido diploma legal assim preconize: “o executado será citado para, no prazo de 3 (três) dias, efetuar o pagamento da dívida.”

Efetivamente, em se tratando de execução de dívida pretérita, ou seja, aquela que não compreende as últimas 3 (três) prestações anteriores ao ajuizamento da execução (art. 732, do CPC), transitada em julgada a sentença de alimentos, incumbe ao exequente requerer seja o devedor intimado para pagar o valor devido, no prazo de quinze dias, sob pena de incidência da multa prevista no artigo 475-J, CPC. Não havendo o adimplemento espontâneo da obrigação, a exigência, acrescida do valor da aludida multa, prossegue como cumprimento de sentença, observando as disposições pertinentes à execução por quantia certa, no que couber, consoante o art. 475-R do CPC.

Diversamente, cuidando-se de cobrança de crédito alimentar atual (Enunciado n. 309 da súmula do STJ), isto é, débito restrito às últimas 3 (três) prestações anteriores ao feito executivo, bem como as que se vencerem no curso do processo, o rito a ser observado é o do artigo 733, hipótese em que o executado deve ser citado para, no prazo de três dias, pagar o valor exequendo, provar que o fez, ou justificar a impossibilidade de efetuar-lo, sob pena de prisão civil de um a três meses.

A interpretação sistemática e teleológica que ora se adota atende aos relevantes propósitos perseguidos numa execução de alimentos, qual seja, o de propiciar a manutenção do alimentando, valendo-se, para tanto, de eficaz meio de coerção (imposição de multa) para a obtenção do cumprimento voluntário da obrigação, bem como tornando o procedimento mais célere, por prescindir da citação do devedor.

No mais, não merece prosperar a tese de que a satisfação do crédito alimentar, nos moldes do Capítulo IV do Título II do Livro II do Estatuto Processual Civil, possibilitaria maior amplitude de defesa, tendo em vista o inciso V do art. 745 do Código de Ritos.

Confira-se o indigitado dispositivo:

Art. 745. Nos embargos, poderá o executado alegar:

[...]

V - qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento.

Como delimitado alhures, cinge-se a controvérsia sobre a aplicação do cumprimento de sentença aos títulos *judiciais* que reconhecem obrigação alimentar. Sendo assim, despicienda é a reapreciação das matérias deduzíveis no processo de conhecimento na fase de cumprimento de sentença, pois elas já foram submetidas ao crivo do Juízo de Direito que promoveu a formação do título exequendo. Logo, a hipótese do art. 745, V, do Código de Processo Civil não se mostra apta a excluir a aplicação da fase de cumprimento de sentença, sob a alegação de consubstanciar melhor forma de defesa para o executado.

Portanto, sob qualquer enfoque, não se vislumbra a existência de fundamentos consistentes que impeçam a aplicação do artigo 475-J do CPC à satisfação de crédito alimentar oriundo de título judicial.

Na verdade, o único fundamento a vetar a referida aplicabilidade reside na literal interpretação dos dispositivos legais incidentes sobre o tema. Contudo, se está diante de valor superior, correlato à dignidade da pessoa humana, que não pode ter seu âmbito de proteção desguarnecido por apego à interpretação hermética, sobretudo, quando, diante de análise sistêmica, mostra-se possível a aplicação de instrumento de maior eficácia na consecução da satisfação do crédito alimentar.

A propósito, sobreleva apontar que a Terceira Turma desta Corte já se pronunciou sobre o tema e adotou entendimento de que a execução de título judicial alimentício deve se processar nos termos dos arts. 475-I e seguintes do Código de Processo Civil:

Recurso especial. Processual Civil negativa de prestação jurisdicional. Não-ocorrência. Execução de alimentos. Posição de destaque na ordem jurídica. Cumprimento de sentença (art. 475 do Código de Processo Civil). Objetivo de acelerar a prestação jurisdicional. Aplicação. Urgência e importância do crédito alimentar. Recurso especial improvido.

I - Não há omissão no aresto a quo, tendo sido analisadas as matérias relevantes para solução da controvérsia.

II - A execução de alimentos é tratada de maneira especial pela ordem jurídica. A isso se deve em razão de estar sua finalidade relacionada com o respeito à dignidade humana da pessoa que é credora da obrigação (art. 1º, inciso III, da Carta Republicana), o que demanda severa atuação dos órgãos oficiais para que esse pleito se satisfaça de forma plena, rápida e produtiva.

III - Após a reforma processual promovida pela Lei n. 11.232/2005, inclinando-se esta à simplificação dos atos executórios, há de se conferir ao artigo 732 do Código de Processo Civil interpretação que seja consoante com a urgência e a importância da execução de alimentos, admitindo-se, portanto, a incidência das regras do cumprimento de sentença (art. 475-J do Código de Processo Civil).

IV - Tendo em conta o objetivo da Lei n. 11.232/2005 que foi a de acelerar a entrega da prestação jurisdicional, é perfeitamente possível a aplicação do artigo 475-J do Código de Processo Civil às execuções de alimentos.

V - Recurso especial improvido. (REsp n. 1.177.594-RJ, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 21.6.2012, DJe 22.10.2012)

Direito Processual Civil. Recurso especial. Ação de alimentos. Execução. Cumprimento de sentença. Artigos analisados: 475-J e 732 do CPC.

1. Ação de alimentos ajuizada em 2005, da qual foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 13.12.2012.

2. Determinar se a sistemática de execução estabelecida a partir da edição da Lei n. 11.232/2005 pode também ser aplicada à execução de alimentos.

3. A Lei n. 11.232/2005 pretendeu tornar a prestação jurisdicional mais célere e menos burocrática, antecipando a satisfação do direito reconhecido na sentença.

4. Tendo em vista a urgência e a importância do crédito alimentar, conclui-se que a execução dos débitos alimentares pretéritos deve ser feita por meio de cumprimento de sentença.

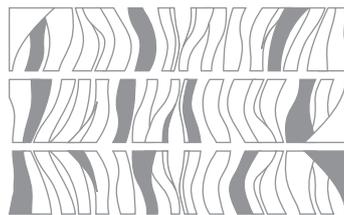
5. Recurso especial conhecido e provido. (REsp n. 1.315.476-SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 17.10.2013, DJe 25.10.2013)

Desta feita, após sopesar os diversos aspectos que circundam o tema, afigura-se adequada a adoção do procedimento de cumprimento de sentença à execução de título judicial que constitui obrigação alimentar, sobretudo, em razão de ser este meio processual mais eficaz para tutelar a prestação alimentar.

Assim, não merece reparo o acórdão impugnado, por ser a aplicação da fase de cumprimento de sentença à satisfação do crédito alimentar, oriundo de título judicial, medida que melhor tutela o direito perseguido em juízo, tendo em vista a agilidade e a eficácia deste procedimento.

4. Do exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.



---

## Terceira Seção



---

**MANDADO DE SEGURANÇA N. 12.576-DF (2007/0013726-6)**

---

Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior  
Impetrante: Dax Wallace Xavier Siqueira  
Advogado: Cezar Pontes Clark e outro  
Impetrado: Advogado Geral da União

---

**EMENTA**

Mandado de segurança. Servidor público federal estável. Estágio probatório em outro cargo público de regime jurídico distinto. Recondução ao cargo anteriormente ocupado. Possibilidade.

1. Da leitura dos dispositivos relacionados à vacância (art. 33) e à recondução (art. 29) de servidor público na Lei n. 8.112/1990, verifica-se que a redação da norma não faz referência ao regime jurídico do novo cargo em que empossado o agente público.

2. O servidor público federal somente faz jus a todos os benefícios e prerrogativas do cargo após adquirir a estabilidade, cujo prazo - após a alteração promovida pela EC n. 19/2008, passou a ser de 3 anos - repercute no do estágio probatório.

3. O vínculo jurídico com o serviço público originário somente se encerra com a aquisição da estabilidade no novo regime jurídico.

4. A Administração tem a obrigação de agir com dever de cuidado perante o administrado, não lhe sendo lícito infligir a ele nenhuma obrigação ou dever que não esteja previsto em lei e que não tenha a finalidade ou motivação de atender ao interesse público, corolário da ponderação dos princípios constitucionais da supremacia do interesse público, da legalidade, da finalidade, da moralidade, da boa-fé objetiva e da razoabilidade.

5. Não se deve impor ao servidor público federal abrir mão do cargo no qual se encontra estável, quando empossado em outro cargo público inacumulável de outro regime jurídico, antes de alcançada a nova estabilidade, por se tratar de situação temerária, diante da possibilidade de não ser o agente público aprovado no estágio probatório referente ao novo cargo.

6. Para evitar essa situação - que em nada atende ao interesse público, mas que representa um prejuízo incomensurável ao cidadão que, ao optar por tomar posse em cargo de outro regime jurídico, não logra aprovação no estágio probatório ou desiste antes do encerramento do período de provas, ficando sem quaisquer dos cargos -, deve prevalecer a orientação de que o vínculo permanece até a nova estabilidade, permitindo a aplicação dos institutos da vacância e da recondução.

7. A doutrina de José dos Santos Carvalho Filho é no sentido de admitir a possibilidade de o servidor público federal estável, após se submeter a estágio probatório em cargo de outro regime, requerer sua recondução ao cargo federal, antes do encerramento do período de provas, ou seja, antes de adquirida a estabilidade no novo regime.

8. O servidor público federal, diante de uma interpretação sistemática da Lei n. 8.112/1990, mormente em face do texto constitucional, tem direito líquido e certo à vacância quando tomar posse em cargo público, independentemente do regime jurídico do novo cargo, não podendo, em razão disso, ser exonerado antes da estabilidade no novo cargo.

9. Uma vez reconhecido o direito à vacância (em face da posse em novo cargo não acumulável), deve ser garantido ao agente público, se vier a ser inabilitado no estágio probatório ou se dele desistir, a recondução ao cargo originariamente investido.

10. *O direito de o servidor, aprovado em concurso público, estável, que presta novo concurso e, aprovado, é nomeado para cargo outro, retornar ao cargo anterior ocorre enquanto estiver sendo submetido ao estágio probatório no novo cargo: Lei n. 8.112/1990, art. 20, § 2º. É que, enquanto não confirmado no estágio do novo cargo, não estará extinta a situação anterior (MS n. 24.543-DF, Ministro Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJU 12.9.2003).*

11. No âmbito interno da Advocacia-Geral da União, controvérsia análoga foi resolvida administrativamente, com deferimento da pretensão de recondução.

12. O Consultor-Geral da União proferiu despacho no sentido do deferimento da recondução, por entender ser despicienda a análise

do regime jurídico do novo cargo em que o agente público federal está se submetendo a estágio probatório, remetendo a questão ao Advogado-Geral da União para, após aprovação, encaminhar ao Presidente da República para alterar a orientação normativa, de modo a vincular toda a Administração Pública Federal.

13. A ação judicial proposta pela Procuradora Federal requerente no processo administrativo objeto do despacho acima referido foi julgada parcialmente procedente, e a apelação interposta pela Advocacia-Geral da União para o Tribunal Regional Federal da 1ª Região não foi apreciada, tendo em conta o pedido de desistência feito pela União (recorrente).

14. Diante da nova interpretação a respeito dos institutos da vacância (pela posse em cargo público inacumulável) e da recondução, previstas na Lei n. 8.112/1990, considerando-se, inclusive, que há orientação normativa no âmbito da Advocacia-Geral da União admitindo o direito à recondução de agente público federal que tenha desistido de estágio probatório de cargo estadual inacumulável, aprovada pela Presidência da República, é nítido o direito líquido e certo do ora impetrante.

15. Segurança concedida.

## 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 ordem nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Rogerio Schietti Cruz, Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ-SE) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Jorge Mussi.

Brasília (DF), 26 de fevereiro de 2014 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior, Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: Trata-se de mandado de segurança impetrado por *Dax Wallace Xavier Siqueira* contra ato do Advogado-Geral da União consubstanciado na Portaria n. 901-AGU, publicada no DOU de 29.9.2006, que lhe exonerou do cargo de Procurador Federal *em virtude de posse em outro cargo público inacumulável* (fl. 27).

Alega o impetrante ter requerido vacância do seu cargo de Procurador Federal, a partir de 4.8.2006, por ter tomado posse como Procurador do Estado do Espírito Santo, inacumulável com o cargo até então investido *e estável*. Em resposta, foi editado ato de exoneração do cargo federal, desde a investidura no estadual.

Aponta a ilegalidade do referido ato, sustentando ter direito líquido e certo à recondução, prevista no art. 29 da Lei n. 8.112/1990, em face da vacância ocorrida no cargo de Procurador Federal, em razão da investidura nos quadros da Procuradoria do Estado de Espírito Santo, nos termos do art. 33, VIII, do mesmo diploma legal.

Diz que referida lei não faz nenhuma referência quanto à natureza jurídica dos cargos inacumuláveis, se pertencentes aos quadros de pessoal de entidades federais, ou se oriundos de órgãos estaduais ou municipais.

Alega ter feito o pedido de recondução ao cargo de Procurador Federal antes do encerramento do prazo do estágio probatório do cargo estadual, enquadrando-se nas disposições da lei.

Defende que (fls. 12-14):

[...]

Ao tomar posse em novo cargo no serviço público (ainda que de Unidade Federativa distinta), a qualidade de servidor público, em decorrência da estabilidade, não se extingue, levando o servidor consigo, para todos os efeitos, o seu tempo de serviço na esfera federal e entre outros, inclusive, o cômputo do período trabalhado no cargo anterior [...]

Afigura-se razoável, portanto, inferir que o sistema da Lei n. 8.112/1990 não opõe óbice a que o servidor estável, em qualquer cargo da Administração Pública Federal, possa ser reconduzido ao cargo imediatamente anterior, ainda que não tenha cumprido o estágio probatório no cargo atual de outra unidade federativa (procurador do Estado do Espírito Santo).

Por essas razões, despido de fundamento jurídico o entendimento esposado pelo Advogado-Geral da União, por meio dos Pareceres n. AGU/WM-3/97 e

n. AGU/WM-13/2000, diretrizes normativas que conduziram à exoneração do Impetrante [...] e que, por consequência, considerou extinta a sua qualidade de servidor público pela simples posse em cargo inacumulável em outra Unidade Federativa.

[...]

Acrescenta que a posição adotada pelo Advogado-Geral da União, na sua situação, contraria entendimento do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e da Súmula Administrativa n. 16 da própria Advocacia-Geral da União. Argumenta, para tanto, que (fl. 15):

[...]

Basta para tanto analisar a Súmula Administrativa AGU n. 16, de 16 de junho de 2002, que aplicou, no âmbito da Administração Federal, a diretriz firmada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (Mandado de Segurança n. 22.933-0-DF e 23.577-2-DF), no sentido de que a desistência do estágio probatório, pelo servidor estável, investido em novo cargo público, não impede a sua recondução:

Súmula-AGU n. 16: O Servidor estável investido em cargo federal, em virtude de habilitação em concurso público, poderá desistir do estágio probatório a que é submetido com apoio no art. 20 da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, a ser reconduzido ao cargo inacumulável de que foi exonerado, a pedido.

[...]

A Portaria-AGU n. 901/2006 cometeu inquestionável equívoco ao determinar a exoneração do servidor público, quando o correto seria firmar a sua vacância, em virtude de posse em cargo público inacumulável.

[...]

O pedido liminar foi indeferido (fls. 52-53).

Em suas informações, o Advogado-Geral da União defende a legalidade da portaria atacada, sustentando ter sido observado o princípio da legalidade, *haja vista que a declaração de vacância pretendida pelo Impetrante afigura-se inadmissível, em se cuidando de cargos submetidos a regimes jurídicos diversos, quais sejam o de Procurador Federal e o de Procurador do Estado do Espírito Santo* (fls. 63-64).

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pela denegação da segurança em parecer assim ementado (fl. 88):

Mandado de segurança. Servidor público civil. Posse em cargo inacumulável em outro Estado da Federação. Impossibilidade de recondução. Regimes jurídicos distintos.

- "A declaração de vacância, por posse em outro cargo inacumulável (art. 33, VIII, Lei n. 8.112/1990), é viável quando não ocorre diversidade de regime jurídico entre os cargos."

- Pelo indeferimento do pedido.

O impetrante, mediante a Petição n. 89.678/2009 (fls. 100-124), acosta aos autos nota da Advocacia-Geral da União proferida nos autos do Processo Administrativo n. 00510.001042/2005-21, aberto em razão de *consulta sobre não interposição de recurso no bojo da Ação n. 2005.40.00.004472-6, em trâmite na 1ª Vara Federal do Piauí. [Deferindo a] Recondução de Procuradora do Estado do Piauí para o cargo de Procuradora Federal em razão de desistência do estágio probatório* (fl. 103).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Relator): Como visto, busca a impetração anular a Portaria n. 901-AGU, publicada no DOU de 29.9.2006, de exoneração do cargo de Procurador Federal, *em virtude de posse em outro cargo público inacumulável* (fl. 27).

A exoneração foi fundamentada na vacância prevista no art. 33, VIII, da Lei n. 8.112/1990, que não alcançaria a hipótese de posse em outros cargos públicos que não os federais, ou seja, excluiria os cargos públicos regidos por outros regimes jurídicos (como por exemplo, os municipais, os distritais ou os estaduais).

Por conseguinte, não resultando em vacância a posse em cargo público inacumulável de outro ente da federação, ensejou a exoneração do agente público federal, obstando a aplicação analógica do art. 29 da Lei n. 8.112/1990 – recondução ao cargo anteriormente ocupado de servidor que não tenha sido aprovado no estágio probatório ou que dele tenha desistido.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido da impossibilidade da vacância de cargo público federal quando em razão de posse em outro cargo público inacumulável de regime diverso.

Veja-se:

Mandado de segurança. Vacância. Art. 33, VIII, Lei n. 8.112/1990. Divergência de regime jurídico entre os cargos. Ilegalidade. Ordem denegada.

*A declaração de vacância, por posse em outro cargo inacumulável (art. 33, VIII, Lei n. 8.112/1990), é viável quando não ocorre diversidade de regime jurídico entre os cargos. In casu, o regime jurídico do cargo de Advogado da União difere-se do regime relativo à Magistratura.*

Ordem denegada.

(MS n. 12.107-DF, Ministro Felix Fischer, Terceira Seção, DJ 18.12.2006 - grifo nosso)

Não obstante essa orientação, peço vênia à egrégia Seção para trazer nova perspectiva sobre a controvérsia jurídica.

Com efeito, da leitura dos dispositivos relacionados à vacância e à recondução de servidor público na Lei n. 8.112/1990, verifica-se que a redação da norma não faz referência ao regime jurídico do novo cargo em que empossado o agente público.

Vejam-se os dispositivos:

*Art. 29. Recondução é o retorno do servidor estável ao cargo anteriormente ocupado e decorrerá de:*

- I - inabilitação em estágio probatório relativo a outro cargo;
- II - reintegração do anterior ocupante.

Parágrafo único. Encontrando-se provido o cargo de origem, o servidor será aproveitado em outro, observado o disposto no art. 30.

*Art. 33. A vacância do cargo público decorrerá de:*

- I - exoneração;
- II - demissão;
- III - promoção;
- [...]
- VI - readaptação;
- VII - aposentadoria;
- VIII - posse em outro cargo inacumulável;
- IX - falecimento.

A despeito de o art. 29 dispor que a recondução ao cargo anteriormente ocupado decorrerá de reintegração do anterior ocupante e de inabilitação em estágio probatório de outro cargo, o entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça confere ao agente público

estável, submetido a estágio probatório em outro cargo, mas que dele venha a desistir antes de seu encerramento, não alcançando a estabilidade no novo regime, o direito de ser reconduzido ao cargo anteriormente ocupado.

Nesse sentido:

Mandado de segurança. Servidor público estável. Estágio probatório em outro cargo público. Recondução ao cargo anteriormente ocupado. Possibilidade. Ordem parcialmente concedida.

*1. O servidor público estável que desiste do estágio probatório a que foi submetido em razão de ingresso em novo cargo público tem direito a ser reconduzido ao cargo anteriormente ocupado.*

2. Inteligência do parágrafo 2º do artigo 20 da Lei n. 8.112/1990.

Precedentes do STF. [...]

4. Ordem parcialmente concedida.

(MS n. 8.339-DF, Ministro Hamilton Carvalhido, Terceira Seção, DJ 16.12.2002 - grifo nosso)

Da doutrina, anoto as seguintes orientações:

A grande discussão que havia, no entanto, era a seguinte: pode o servidor estável aprovado em novo concurso público, dentro do período do novo estágio, probatório - portanto, independentemente de reprovação -, retornar ao antigo cargo por sua iniciativa? Vale dizer, é cabível a figura da recondução a pedido ao cargo anterior, durante o período de estágio probatório do novo cargo?

O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a questão, firmou entendimento segundo o qual o servidor estável, submetido a estágio probatório em novo cargo público, caso desista de exercer a nova função, tem o direito de ser reconduzido ao cargo ocupado anteriormente.

Portanto, nos termos da jurisprudência do STF, é possível ao servidor estável aprovado para outro cargo, dentro do período de estágio probatório, optar pelo retorno ao antigo cargo, se assim desejar.

Em face dessa orientação, foi editada a Súmula Administrativa AGU n. 16/2002, de observância obrigatória para toda administração pública federal [...]

Portanto, na esfera federal, é reconhecido, também no âmbito administrativo, o direito à recondução a pedido do servidor estável que esteja em estágio probatório em um novo cargo e queira dele desistir para retornar ao cargo anterior.

(PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Administrativo Descomplicado*. 18ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2010, p. 353-354)

Dessa forma, o agente público federal *estável* que venha a se submeter a estágio probatório em outro cargo inacumulável poderá, antes do encerramento do período de prova, desistir e requerer o retorno ao seu cargo de origem, em face da recondução, prevista no art. 29 da Lei n. 8.112/1990.

Não vejo na redação dos referidos dispositivos nenhuma consideração, ainda que presumida ou sistemática, de que o servidor público federal somente tenha direito à vacância e, por conseguinte, à recondução quando o novo cargo pretendido for federal ou do mesmo regime.

Ao contrário, a meu ver, inexistindo anotação expressa nesse sentido, deve ser considerada a interpretação que alcança o direito do servidor, ante a impossibilidade de se restringir direito onde a lei não restringe.

Tal o contexto, tenho que seria uma prerrogativa dos agentes públicos federais a possibilidade de serem reconduzidos ao seu cargo federal após desistência ou inabilitação em estágio probatório de um cargo público de outro regime jurídico.

O servidor público federal somente faz jus a todos os benefícios e prerrogativas do cargo após adquirir a estabilidade, cujo prazo – após a alteração promovida pela EC n. 19/2008, passou a ser de 3 anos – repercute no do estágio probatório.

Confira-se:

Mandado de segurança. Carreiras da Advocacia-Geral da União. Preliminares de litispendência, ilegitimidade passiva e decadência afastadas. Prazo de conclusão do estágio probatório. Três anos. Ordem denegada.

[...]

*4 - Modificando entendimento anterior, a Terceira Seção desta Corte firmou a compreensão de que, não obstante serem institutos distintos, o prazo para a aquisição da estabilidade repercute no do estágio probatório, de forma que reflete neste a alteração trazida pela Emenda Constitucional n. 19/1998, devendo, assim, ser observado, também para o estágio probatório, o período de 3 anos.*

5 - Mandado de segurança denegado.

(MS n. 14.274-DF, Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE), Terceira Seção, DJe 11.10.2011 - grifo nosso)

Mandado de segurança. Servidor público civil. Estabilidade. Art. 41 da CF. EC n. 19/1998. Prazo. Alteração. Estágio probatório. Observância.

I - Estágio probatório é o período compreendido entre a nomeação e a aquisição de estabilidade no serviço público, no qual são avaliadas a aptidão, a eficiência e a capacidade do servidor para o efetivo exercício do cargo respectivo.

*II - Com efeito, o prazo do estágio probatório dos servidores públicos deve observar a alteração promovida pela Emenda Constitucional n. 19/1998 no art. 41 da Constituição Federal, no tocante ao aumento do lapso temporal para a aquisição da estabilidade no serviço público para 3 (três) anos, visto que, apesar de institutos jurídicos distintos, encontram-se pragmaticamente ligados.*

*III - Destaque para a redação do artigo 28 da Emenda Constitucional n. 19/1998, que vem a confirmar o raciocínio de que a alteração do prazo para a aquisição da estabilidade repercutiu no prazo do estágio probatório, senão seria de todo desnecessária a menção aos atuais servidores em estágio probatório; bastaria, então, que se determinasse a aplicação do prazo de 3 (três) anos aos novos servidores, sem qualquer explicitação, caso não houvesse conexão entre os institutos da estabilidade e do estágio probatório.*

[...]

Ordem denegada.

(MS n. 12.523-DF, Ministro Felix Fischer, Terceira Seção, DJe 18.8.2009 - grifo nosso)

Assim, tendo adquirido a estabilidade no serviço público, o servidor passa a ter todos os direitos e deveres inerentes ao cargo; caso já fosse servidor público, independentemente do regime anterior, com a nova estabilidade, o agente público perde o vínculo com o antigo regime, submetendo-se, a partir de então, exclusivamente, ao sistema jurídico do novo cargo.

Nesse contexto, tenho que o vínculo jurídico com o serviço público originário somente se encerra com a aquisição da estabilidade no novo regime jurídico.

Portanto, repito, uma vez adquirida a estabilidade, o servidor público federal passa a ter todos os direitos e prerrogativas inerentes ao cargo, previstos na Lei n. 8.112/1990. De outro lado, caso fosse anteriormente servidor público, após a aquisição da nova estabilidade, a anterior deixa de existir.

Confira-se do Pretório Excelso:

Constitucional. Administrativo. Servidor público estável. Estágio probatório. Lei n. 8.112, de 1990, art. 20, § 2º.

I. - Servidor Público, aprovado em concurso público, estável, que presta novo concurso e, aprovado, é nomeado para novo cargo. Durante o estágio probatório

neste último cargo, requer sua recondução ao cargo anterior. Possibilidade, na forma do disposto no art. 20, § 2º, da Lei n. 8.112/1990. **É que, enquanto não confirmado no estágio do novo cargo, não estará extinta a situação anterior.**

II. - Precedentes do STF: MS 22.933-DF, Ministro O. Gallotti, Plenário, 26.6.1998, "DJ" de 13.11.1998; MS 23.577-DF, Ministro C. Velloso, Plenário, 15.5.2002, "DJ" de 14.6.2002.

III. - Mandado de segurança deferido.

(MS n. 24.271-DF, Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJU 20.9.2002 - grifo nosso)

E é nesse aspecto que deve ser analisada a controvérsia quanto à posse em cargos de outros entes da Federação.

Esclareço.

*Independentemente do regime jurídico do novo cargo a que o servidor público federal pretenda submeter-se a estágio probatório, seja ele qual for (de nível estadual, municipal ou distrital, da magistratura, do Ministério Público etc.), o que importa é a sua origem, se pertencente ao regime federal, ou seja, se abrangido pela Lei n. 8.112/1990.*

Dessa forma, não importa se o novo cargo é federal, mas sim que sua estabilidade tenha sido efetivada no serviço público federal, para, uma vez empossado em outro cargo público inacumulável, fazer jus à vacância.

Assim, considero que a lei federal estará incidindo numa hipótese de servidor federal que pretende se valer de institutos jurídicos inerentes ao serviço público federal, motivo pelo qual não há falar em usurpação de competência, nem mesmo em afronta à soberania dos demais entes da Federação.

Outrossim, o servidor público que logra aprovação em concurso público, independente da esfera da Administração Pública, encontra vedação constitucional para exercer remuneradamente outro cargo público, salvo as situações específicas e excepcionais previstas na própria Carta Magna, sob pena de configurar ilícito administrativo passível de demissão.

É cediço que a Administração Pública deve ter sua atuação pautada pelos princípios constitucionais da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, além da razoabilidade e da proporcionalidade.

No âmbito do princípio da moralidade, a Administração tem a obrigação de agir com dever de cuidado perante o administrado, *não lhe sendo lícito infligir a ele nenhuma obrigação ou dever que não esteja previsto em lei e que não tenha a finalidade ou motivação de atender ao interesse público*, corolário da ponderação dos

princípios constitucionais da supremacia do interesse público, da legalidade, da finalidade, da moralidade, da boa-fé objetiva e da razoabilidade.

*Nesse contexto, não se deve impor ao servidor público federal abrir mão do cargo no qual se encontra estável, quando empossado em outro cargo público inacumulável de outro regime jurídico, antes de alcançada a nova estabilidade, por se tratar de situação temerária, diante da possibilidade de não ser o agente público aprovado no estágio probatório referente ao novo cargo.*

*Para evitar essa situação – que em nada atende ao interesse público, mas que representa um prejuízo incomensurável ao cidadão que, ao optar em tomar posse em cargo de outro regime jurídico, não logra aprovação no estágio probatório ou desiste antes do encerramento do período de provas, ficando sem quaisquer dos cargos –, deve prevalecer a orientação de que o vínculo permanece até a nova estabilidade, permitindo a aplicação dos institutos da vacância e da recondução.*

*A mim me parece que admitir como possível a ocorrência dessa hipótese (negar a vacância do cargo pela posse em outro de regime diverso) é impor ao agente público uma situação temerária, podendo resultar em prejuízo futuro irreparável, somente pelo fato de pretender assumir outro cargo público.*

Repito, um servidor federal estável que pretenda exercer um cargo de outro regime jurídico, caso não seja aprovado no estágio probatório ou opte por desistir do cargo antes do encerramento do período de provas, *não pode ser punido somente por ir em busca de outro cargo público, seja lá qual o seu motivo, seja por estar longe da família, seja por melhora salarial, ou outro qualquer.*

Minha convicção encontra amparo na doutrina de José dos Santos Carvalho Filho, que leciona sobre o tema, admitindo a perfeita possibilidade de servidor público estável de um regime jurídico assumir outro cargo público inacumulável e, antes do encerramento do estágio probatório, pretender retornar ao seu cargo de origem.

Anote-se:

[...]

Dispõe a Constituição Federal que é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos (art. 37, XVI). Essa é a regra geral a respeito. Significa, por exemplo, que não pode o titular de cargo de engenheiro acumular com o de oficial administrativo. O inciso XVII do mesmo art. 37, todavia, estende a proibição a mais duas situações. Uma delas é a da acumulação de empregos e funções. Dessa maneira, chega-se à primeira regra geral completa: é vedada a acumulação remunerada de cargos, empregos e funções públicas.

O fundamento da proibição é impedir que o acúmulo de funções públicas faça com que o servidor não execute qualquer delas com a necessária eficiência. Além disso, porém, pode-se observar que o Constituinte quis também impedir a acumulação de ganhos em detrimento da boa execução das tarefas públicas. [...]

Note-se que a vedação se refere à acumulação *remunerada*. Em consequência, se a acumulação só encerra a percepção de vencimentos por uma das fontes, não incide a regra constitucional proibitiva. [...]

A Constituição admite a acumulação remunerada em algumas situações que expressamente menciona. Observe-se porém, que, seja qual for a hipótese de permissividade, há de sempre estar presente o pressuposto da compatibilidade de horários. Sem esta, a acumulação é vedada, mesmo que os cargos e funções sejam em tese acumuláveis. [...]

Vale lembrar, afinal, que as hipóteses de permissividade cingem-se exclusivamente a duas fontes remuneratórias, como é o caso de dois cargos, dois empregos, ou um cargo e um emprego. Tais hipóteses são de direito estrito e não podem ser estendidas à situações não previstas. Desse modo, é inadmissível a acumulação remunerada de três ou mais cargos e empregos, ainda que todos sejam passíveis de dupla acumulação, ou mesmo que um deles provenha de aposentadoria. [...]

### 3.3 Efeitos.

Se o servidor acumula remuneradamente cargos ou funções públicas, a sua situação encerra violação ao estatuto constitucional. Uma vez consumada tal situação, é de se perguntar quais os efeitos que dela provêm.

Adequada solução é a concebida pela Lei n. 8.112/1990, pertinente aos servidores públicos federais. Se fica provada a boa-fé do servidor na acumulação proibida, deve ele optar por um dos cargos (art. 133, *caput*, e § 5º). Se a situação decorrer de conduta eivada de má-fé, perderá ambos os cargos e restituirá o que tiver percebido indevidamente (art. 133, § 6º). Se outro cargo integrar entidade federativa diversa, esta será comunicada da demissão do servidor (art. 133, § 6º).

### 3.4 Ingresso na Nova Carreira.

Frequentemente tem sido suscitada a questão funcional concernente ao ingresso do servidor, já titular de cargo ou emprego público, em cargo ou emprego de carreira diversa, após aprovação em concurso público. O problema que se põe é o seguinte: o servidor já adquiriu estabilidade em seu cargo ou já exerce emprego com certo grau de permanência e, aprovado por concurso para carreira diversa, terá que se sujeitar a novo estágio probatório; porquanto, sendo diversa a carreira, o novo provimento [...] se qualificará como originário.

E nesse momento lhe assalta a dúvida: como trocar o certo pelo duvidoso? Para não correr riscos, o servidor antes da nova investidura, postula e consegue deferimento de licença sem vencimentos [para assuntos particulares] em relação

ao cargo ou de de suspensão do contrato de trabalho, se for sujeito a regime celetista. A questão consiste em saber se esse recurso impediria a acumulação vedada pela Constituição. A matéria é polêmica e sobre ela tem havido opiniões discrepantes.

O problema tem vindo à tona principalmente porque nossa federação é de três graus, sendo composta de numerosas pessoas federativas. Cada uma delas tem sua própria autonomia funcional e sua capacidade para instituir seus planos de cargos e carreiras. Como a cada dia se intensifica o número de concursos públicos para os mais diversos cargos dessas esferas, ficam os servidores intimidados com os efeitos que possam advir de eventual acumulação de cargos.

Quando o estatuto respectivo já prevê a referida situação funcional, a questão fica logo resolvida. É o caso do art. 29, I, da Lei n. 8.112/1990 (Estatuto Federal), que prevê o instituto da recondução. Por meio deste, o servidor estável retorna ao cargo que ocupava anteriormente no caso de "inabilitação em estágio probatório relativo a outro". Na esfera federal, portanto, basta que o servidor comprove sua próxima investidura e comunique ao órgão de pessoal, para o fim de lhe ser assegurado o eventual retorno.

***A maioria dos estatutos funcionais, todavia, não contempla esse instituto, que, além de dotado de lógica luminar, é compatível com os mais comezinhos postulados de justiça. Desse modo, é perfeitamente legítimo e equânime que o servidor se licencie do cargo anterior ou ajuste a suspensão do contrato de trabalho, sempre sem remuneração (vencimento ou salário), e seja empossado no cargo ou emprego da nova carreira. Tal situação em nenhuma hipótese ofenderia o art. 37, XVI, da CF, que alude à cumulação remunerada de cargos. Se o mandamento, que tem cunho restritivo, diz que a acumulação vedada é a remunerada, não pode o intérprete ampliar o âmbito de restrição. Na verdade, impedir a investidura do servidor licenciado ou com contrato de trabalho suspenso, sem remuneração, provoca ofensa ao princípio do livre exercício do trabalho, ofício ou profissão, consagrado no art. 5º, XIII, da CF.***

***O correto, assim, é que a licença ou a suspensão contratual vigore até o momento em que o servidor venha a adquirir estabilidade no novo cargo ou emprego; só nessa ocasião é que lhe cabe providenciar a exoneração do cargo anterior.*** E deve mesmo fazê-lo para regularizar sua situação funcional, sob pena de estar sujeito às responsabilidades decorrentes de sua desídia. Há estatutos que não preveem esse tipo de licença; outros a submetem ao juízo discricionário da Administração; e outros, ainda, limitam a licença a período menor do que três anos, que é o prazo atual da estabilidade. Em nosso entender tais restrições não se compatibilizam com a vigente Constituição, sendo inaplicável a hipótese de investidura em novo cargo ou emprego público.

*O que não se pode admitir, por não apresentar um mínimo sentido de justiça, é que o servidor, aprovado em novo concurso público e mobilizado para galgar novos degraus no serviço público, seja pressionado a não aceitar a nova investidura por*

temor da perda irreversível de sua situação funcional anterior. **Não tem cabimento exigir-lhe que se exonere do cargo anterior como condição para a posse no novo cargo; isso é o mesmo que obrigá-lo a trocar situação de estabilidade por outra instabilidade.** Afinal, só merece aplausos o esforço do servidor concursado na busca de cargos melhores. Atualmente é usual que, sempre por concurso, o servidor estadual tencione ocupar cargo federal. Tais situações merecem incentivo, e não cerceamento, por parte da Administração.

O que a Constituição quer é apenas impedir dupla remuneração no serviço público, e tal mandamento não estará sendo vulnerado pelo servidor. É bem verdade que há opiniões em contrário, que preferem entender que no caso haveria proibição, porque, acima da dupla remuneração, seria vedada a própria acumulação em si, seja de que forma for. **Felizmente, outros estudiosos tem seu pensamento lastreado na Constituição, como deve ser, e percebem a necessidade de não deixar o servidor vitorioso sem a necessária proteção.**

#### 4. Estabilidade. [...]

Estabilidade é o direito outorgado ao servidor estatutário, nomeado em virtude de concurso público, de permanecer no serviço público após três anos de efetivo exercício, como passou a determinar a EC n. 19/1998, que alterou o art. 41 da CF, pelo qual anteriormente era exigido o prazo de dois anos. [...]

A estabilidade é um instituto que guarda relação com o serviço, e não com o cargo. Emana daí que, se o servidor já adquiriu estabilidade no serviço ocupando determinado cargo, não precisará de novo estágio probatório no caso de permanecer em sua carreira, cujos patamares são alcançados normalmente pelo sistema de promoções. Entretanto, se vier a habilitar-se a cargo de natureza diversa da estabilidade, terá que se submeter-se a novo estágio probatório para a aquisição da estabilidade. [...]

Um exemplo esclarece tal situação: se um servidor já é estável no cargo de “Auxiliar Administrativo” e, após concurso, é investido no cargo de “Psicólogo”, deverá sujeitar-se a novo estágio probatório antes de adquirir a estabilidade. *Temos admitido a possibilidade de retorno a seu antigo cargo no caso de não ser aprovado no período probatório relativo ao cargo novo. Uma das soluções é a de não consumir a exoneração antes da estabilidade, permanecendo o servidor com licença ou afastamento sem remuneração. Assim entendemos por não nos parecer justo e legítimo descartar o servidor de uma situação de permanência para introduzi-lo numa outra de instabilidade, sobretudo quando foi habilitado através de novo concurso e sua atividade vai ser produzida em prol do próprio Poder Público.*

(CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25ª ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 654-662)

*Nesse contexto, o servidor público federal, diante de uma interpretação sistemática da Lei n. 8.112/1990, mormente em face do texto constitucional, tem direito líquido*

*e certo à vacância quando tomar posse em cargo público, independentemente do regime jurídico do novo cargo, não podendo, em razão disso, ser exonerado antes da estabilidade no novo cargo.*

Por conseguinte, uma vez reconhecido o direito à vacância (em face da posse em novo cargo não acumulável), deve ser garantido ao agente público, se vier a ser inabilitado no estágio probatório ou se dele desistir, a recondução ao cargo originariamente investido.

O mesmo entendimento foi adotado pelo Supremo Tribunal Federal, que, a despeito de reconhecer e afirmar o direito líquido e certo de servidor público federal estável de ser reconduzido ao seu cargo após desistência do estágio probatório de cargo municipal, denegou a segurança pelo fundamento de já ter adquirido a estabilidade no novo cargo, o que lhe teria retirado o vínculo com o serviço público federal.

Confira-se:

Constitucional. Administrativo. Servidor público. Estágio probatório. Lei n. 8.112/1990, art. 20, § 2º. C.F., art. 41.

*I.- O direito de o servidor, aprovado em concurso público, estável, que presta novo concurso e, aprovado, é nomeado para cargo outro, retornar ao cargo anterior ocorre enquanto estiver sendo submetido ao estágio probatório no novo cargo: Lei n. 8.112/1990, art. 20, § 2º.*

***É que, enquanto não confirmado no estágio do novo cargo, não estará extinta a situação anterior.***

II.- No caso, o servidor somente requereu a sua recondução ao cargo antigo cerca de três anos e cinco meses após a sua posse e exercício neste, quando, inclusive, já estável: C.F., art. 41.

III.- M.S. indeferido.

(MS n. 24.543-DF, Ministro Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJU 12.9.2003 - grifo nosso)

Por oportuno, trago à colação os seguintes trechos:

**O Sr. Ministro Carlos Velloso (Relator):** O impetrante prestou concurso e tomou posse e iniciou o exercício de suas funções, na Secretaria de Finanças do Município de São Paulo, em 11.2.1999. Em 12.7.2002, pediu fosse reconduzido ao cargo que detinha no âmbito da Procuradoria-Geral da República.

Invoca o decidido pelo Supremo Tribunal Federal no MS n. 23.577-MS, por mim relatado [...].

Acontece que o impetrante pediu a sua recondução aos quadros de servidores da Procuradoria-Geral da República após transcorridos três anos e cinco meses do exercício das funções no âmbito da Prefeitura do Município de São Paulo.

A Constituição Federal, art. 41 e seu § 4º, estabelece:

“Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

(...)

§ 4º. Como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade.

No caso, como vimos, o impetrante foi nomeado, após aprovação em concurso, para cargo público no Município de São Paulo. Três anos e cinco meses depois, pretendeu retornar ao cargo que detinha na Procuradoria-Geral da República.

A presunção, entretanto, é que adquiriu estabilidade no cargo municipal, porque ultrapassado, de muito, o prazo de dois anos do estágio probatório (Lei n. 8.112/1990, art. 20) e o prazo de três anos para aquisição da estabilidade (C.F., art. 41), convindo esclarecer que o direito, que assiste ao servidor, de retornar ao cargo antigo ocorre no prazo do estágio, que é de dois anos (Lei n. 8.112/1990, art. 20). É o que está acentuado no acórdão do MS n. 23.577-DF, invocado na inicial.

Com propriedade, registra o Ministério Público Federal, no parecer do ilustre Procurador-Geral, Prof. Cláudio Fonteles:

(...)

12. Na esteira do entendimento exposto, e em virtude, na presente hipótese, do efetivo transcurso do triênio constitucional para a aquisição da estabilidade, tem-se por evidente que o servidor ora impetrante foi aprovado em seu estágio probatório, ainda que não conste em seus assentamentos funcionais a avaliação formal. Ademais, a conduta omissiva da Administração em proceder a avaliação formal do servidor não pode ser alegada como óbice à aquisição da estabilidade após três anos de efetivo exercício em cargo provido por concurso público, nos moldes do caput do art. 41 da Carta Magna.

13. Nessa toada, o professo HELY LOPES MEIRELLES esclarece que fatalmente haverá caso envolvendo o decurso do prazo de três anos sem que essa avaliação especial tenha sido feita nos moldes determinados pelo dispositivo constitucional (art. 41). Como esse dever cabe à Administração Pública, o servidor não poderá ser prejudicado e adquirirá a estabilidade caso preencha as demais condições, apurando-se e responsabilizando-se

o servidor que tinha o dever funcional de instituir a comissão especial ou da própria comissão que, embora instituída, não exerceu a atribuição'. (in Direito Administrativo, 2001, 26ª Ed.).

14. Dessa forma, considerando-se que a estabilidade do impetrante no cargo Inspetor Fiscal da Secretaria de Finanças e Desenvolvimento Econômico da Prefeitura do Município de São Paulo-SP é evidente, haja vista o pedido de recondução ter sido efetuado após três anos e cinco meses de efetivo exercício na Prefeitura Municipal, **não há mais que se falar na possibilidade de recondução aos quadros da Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro, uma vez que findo o estágio probatório, encontra-se extinta a situação anterior.**

(...)

**O Senhor Ministro Marco Aurélio** - Senhor Presidente, a premissa do impetrante é errônea. Ele articula com a circunstância de não haver, nos assentamentos funcionais, a avaliação decorrente do estágio probatório.

O que importa, para saber se ele é efetivo, ou não, estável, ou não, é a passagem do tempo. *E o nobre relator apontou que, mesmo considerando o prazo dilatado de três anos, determinado pela Constituição, ele já teria adquirido a estabilidade e a efetividade no emprego, não podendo haver recondução.*

[...]

Ademais, tem-se como aspecto favorável do retorno do servidor estável ao seu cargo anterior o aproveitamento ao máximo do investimento público feito na sua formação e aperfeiçoamento.

Tais fundamentos já seriam suficientes para a concessão da segurança, mas merece destaque uma peculiaridade da hipótese dos autos.

Há, no âmbito da Advocacia-Geral da União, nova orientação normativa sobre a recondução de seus membros, quando tenham desistido do estágio probatório de cargos públicos de outros regimes jurídicos, como no caso em apreço, no sentido da desnecessidade de que, para que seja possível a recondução, o novo cargo seja federal e do mesmo regime do anterior.

A novel orientação decorreu do Processo Administrativo n. 00510.001042/2005-21, em que se realizou consulta sobre a não interposição de recurso na Ação n. 2005.40.00.004472-6, em trâmite na 1ª Vara Federal do Piauí, em que Procuradora Federal, após desistência do estágio probatório no cargo de Procuradora do Estado do Espírito Santo, pede sua recondução.

Tal consulta resultou na Nota DECOR/CGU/AGU n. 108/2008-JGAS, que, a despeito de trazer fundamentação no sentido da recondução da requerente, sua conclusão foi pelo indeferimento, em razão da então vigente orientação normativa da Advocacia-Geral da União.

Trago à colação os seguintes trechos (fls. 105-119 - grifo nosso):

[...]

13. Depreende-se dos autos que Cláudia Virgínia de Santana Ribeiro, *Procuradora do Estado do Piauí*, busca, inicialmente pela via administrativa e, depois, pela via judicial, sua recondução ao cargo de *Procuradora Federal, Classe I, Padrão V, lotada na Procuradoria Federal Especializada junto ao INSS em Teresina-PI*, o qual até o momento em que solicitou vacância, em 8 de agosto de 2003. Argumenta, para tanto, que *no momento do pedido de vacância do cargo federal ela já era estável e que não chegou a adquirir a estabilidade no cargo de Procuradora do Estado do Piauí*, vez que desistiu de prosseguir no estágio probatório correspondente por não ter se adaptado às funções que lhe foram incumbidas, fatos esse que, ao seu aviso, ensejariam a recondução pretendida, ex vi do art. 29, da Lei n. 8.112/1990 [...]

14. Isto posto, e levando em conta os óbices levantados ao pleito da autora no bojo dos presentes autos, verifico que são basicamente duas as questões a serem elucidadas nesta nota: *a) a desistência voluntária do estágio probatório relativo a outro cargo inacumulável pode ser considerada como um espécie de inabilitação para fins de recondução do servidor ao cargo federal por ele ocupado anteriormente?; b) é possível a recondução de um cargo estadual, distrital ou municipal inacumulável para um cargo federal ou é necessário que a inabilitação tenha ocorrido em estágio probatório referente a um cargo inacumulável também federal?* [...]

23. [...] *a jurisprudência, notadamente do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, tem acatado a tese de que, ao lado da não aprovação – decorrente, em linhas gerais, da deficiência do servidor, que não consegue demonstrar durante o estágio probatório, ter aptidão para ocupar o cargo para o qual foi nomeado e, portanto, para adquirir a estabilidade –, também leva à inabilitação a desistência voluntária - ou seja, quando esse mesmo servidor não logra, por razões que lhe são inerentes e prefere abandonar o estágio probatório antes de seu fim, antes, pois, de adquirir a estabilidade no novo cargo, tornando possível sua recondução ao anterior.*

25. Outro fundamento de que se valem os Sodalícios ressuma da interpretação teleológica do art. 20, caput, e § 2º, da Lei n. 8.112/1990, donde apenas com a aquisição da estabilidade no novo cargo é que se extingue o vínculo anterior, respeitante ao cargo onde o servidor já havia se estabilizado. Assim, enquanto remanescer tal ligação, enquanto o servidor não concluir o estágio probatório no novo cargo inacumulável e obter a estabilidade, será sempre possível a recondução para o cargo anterior onde já era estável. [...]

28. No âmbito da Administração Pública Federal, entendeu-se inicialmente que a desistência do estágio probatório ***não importaria na possibilidade de recondução do servidor ao cargo em que já se encontrava estabilizado***, consoante se extrai do Parecer n. QG-196, de 3.10.1999, aprovado pelo Exmo. Presidente da República na mesma data (DOU 6.10.1999, p. 6) [...]

29. Entretanto, diante da reiterada jurisprudência das Altas Cortes em sentido contrário, revelou-se necessário alterar o posicionamento original, razão pela qual o Exmo. Advogado Geral da União editou o Enunciado n. 16, de 19.6.2002, *in verbis*:

[...]

O Advogado-Geral da União, no uso da atribuição que lhe confere o art. 4º, inciso XII, da Lei Complementar n. 73, de 10 de fevereiro de 1993, tendo em vista o disposto no art. 43, *caput* e § 1º, da mesma Lei Complementar e na Mensagem n. 471, de 13 de junho de 2002, do Presidente da República, que autoriza a adoção de entendimento do Supremo Tribunal Federal, tornando inaplicável o versado nos Pareceres n. GQ-125, de 28 de maio de 1997, e GQ-196, de 3 de agosto de 1999, *edita a presente Súmula Administrativa, de caráter obrigatório a todos os órgãos jurídicos da União, das autarquias e das fundações públicas, a ser publicada no Diário Oficial da União por três dias consecutivos*:

*O servidor estável investido em cargo público federal, em virtude de habilitação em concurso público, poderá desistir do estágio probatório a que é submetido com apoio no art. 20 da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e ser reconduzido ao cargo inacumulável de que foi exonerado, a pedido. [...]*

[...]

31. Respondido o primeiro questionamento, cumpre agora examinar o seguinte, que concerne à *licitude da recondução para um cargo federal de um servidor municipal, distrital ou estadual inabilitado em estágio probatório de outro cargo inacumulável*.

32. *Ao tratar da recondução, o art. 29, I, da Lei n. 8.112/1990, não especifica que a inabilitação que enseja deve ocorrer em estágio probatório atinente a cargo federal. Deveras, é lacônico ao mencionar a "inabilitação em estágio probatório relativo a outro cargo", de onde é possível extrair que o legislador foi propositadamente omissivo, a permitir que o "cargo" a que alude o dispositivo possa ser municipal, distrital, estadual ou federal.*

Há, todavia, corrente que defende que, em decorrência de uma interpretação sistemática da Lei n. 8.112/1990 e que homenageia a autonomia das diversas unidades federativas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), apenas o servidor que foi inabilitado em estágio probatório relativo a cargo federal inacumulável poderá retornar ao cargo também federal que ocupava anteriormente e no qual já se era estável.

[...]

36. A *Administração Pública Federal*, por meio do Parecer n. QG-125, da AGU, de 28 de maio de 1997, aprovado pelo Exmo. Presidente da República na mesma data (DOU de 30 de maio de 1997, p. 11.185), *foi contra a possibilidade de um servidor inabilitado em estágio probatório atinente a cargo de outra unidade federativa ser reconduzido ao cargo federal que ocupava anteriormente*. No caso específico do parecer citado, opinou-se por negar o pleito de servidor do Distrito Federal (cargo de Agente de Polícia Civil do DF) que, por ter desistido do estágio probatório a este correspondente, intencionava ser reconduzido ao cargo federal de Artífice de Artes Gráficas do quadro permanente da Imprensa Nacional, ao fundamento de que:

a) a desistência voluntária do servidor não importa em inabilitação no estágio probatório (argumento que já não é mais suscetível hodiernamente, como visto linhas acima);

b) a legislação aplicável não prevê essa hipótese de recondução;

c) a autonomia dos entes federativos, garantida pela Constituição Federal, impede a concessão do pedido.

37. O teor do Parecer n. GM-13, de 11 de dezembro de 2000, que também foi contemplado com o “aprovo” do Exmo. Presidente da República (DOU de 13.12.2000, p. 2), acena com o mesmo entendimento, conforme se deflui do seguinte excerto:

(...) a investidura de titular de cargo de Estado-membro, do Distrito Federal ou de Município em cargo federal inacumulável não restabelece direitos que tenham sido adquiridos em decorrência de cargo anteriormente exercido na União e extintos com a desvinculação.

Ou seja, aplicando-se esse raciocínio à questão da recondução em razão de inabilitação em estágio probatório, o servidor, ao ser investido em cargo inacumulável de Estado-membro, do Distrito Federal ou de Município, também perderia esse direito que lhe é garantido pela legislação federal de pessoal.

38. A *Nota* n. AGU/MC-11/2004, de 24 de abril de 2004, subscrita pelo Exmo. Consultor-Geral da União e aprovada pelo Exmo. Advogado-Geral da União, em 4 de maio de 2004, é mais específica e clara ao tratar do assunto em discussão. *A conclusão nela alcançada aponta para a impossibilidade de recondução não só do servidor que deixa cargo federal para ocupar cargo inacumulável de Estado-membro, do Distrito Federal ou de Município, mas também daquele que é investido em cargo inacumulável com regime especial ou estatuto próprio, seja do mesmo ou outro Poder da União, do mesmo ou outro ente Federativo.*

39. Em que pese a força dos argumentos expendidos e a autoridade dos seus defensores, *não vejo razão para que o fato de o servidor ter sido inabilitado em*

*estágio probatório de cargo inacumulável municipal, estadual ou distrital, ou mesmo de cargo que seja disciplinado em regime especial ou estatuto próprio, constitua óbice para a sua recondução ao cargo federal que anteriormente ocupava com estabilidade.*

40. Com efeito, além do fato de o art. 20, I, da Lei n. 8.112/1990, não fazer menção expressa a “cargo federal”, entendo que a autonomia dos entes federativos não restaria malferida com a recondução em comento. *É preciso observar que a Lei n. 8.112/1990 permite a recondução tão-somente para os quadros do serviço público federal, ou seja, para os quadros da União.* Tal diploma não prevê que os Estados-membros, Distrito Federal e Municípios deverão aceitar o reingresso de servidores da União ou de outros entes por meio da recondução, hipótese em que, sem sombra de dúvida, estaria caracterizada a ofensa à liberdade desses de legislar sobre matéria de pessoal. *Em outras palavras, o Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União impõe apenas à União o dever de promover a recondução de servidores, dever este que, ao meu aviso, não produzirá qualquer reflexo nos demais entes da Federação.*

41. Por outro lado, é pacífico na doutrina e jurisprudência, como visto linhas acima, *que o vínculo entre a União e o servidor que tenha adquirido a estabilidade só se extingue quando ele se torna estável em cargo inacumulável de outra unidade federativa. Assim, mesmo que esse servidor federal estável tenha ingressado posteriormente em cargo inacumulável municipal, estadual ou distrital, remanescerá sua ligação, ainda que ténue, com o serviço público federal, até o momento em que, confirmado no estágio probatório que diz respeito ao novo cargo, ele adquira a estabilidade correspondente. Enquanto isso não ocorrer, será possível a recondução.*

Corroborando a tese ora esposada, o eg. Tribunal de Contas da União já se posicionou em favor da possibilidade de recondução para cargo federal de servidores inabilitados em estágio probatório de cargo inacumulável estadual:

[...]

12. (...) não é dado ouvidar que o espírito da lei há de ser levado em conta, no alcance de seu exato significado, e não pode ser desprezada a relevante circunstância de que o § 2º do art. 20 e o art. 29, I, da Lei n. 8.112, de 1990, deixam a descoberto o manifesto intento protetor com que o legislador pretendeu contemplar o servidor estável que houvesse de se submeter a estágio probatório para se ver provido em outro cargo.

13. *Não há razão plausível, pois, para que distinguindo onde a lei não distinguiu, ao servidor público **federal**, estável no serviço público também **federal**, seja recusado o direito de recondução, tão só porque o estágio probatório a que se submete diz respeito a cargo não federal.*

(TCU, Plenário - Acórdão n. 569/2006 - Plenário, Rel. Min. Ubiratan Aguiar - Julgamento em 19.4.2006 - Publicado no DOU em 27.4.2006)

43. No que toca aos cargos da União submetidos a regime especial ou estatuto próprio, importa recordar que a Lei n. 8.112/1990 a eles se aplica de forma subsidiária, ou seja, deverá incidir no que não for conflitante com a legislação especial que rege o cargo, vez que se trata de lei de caráter geral. Desse modo, se o estatuto de determinado cargo federal não prevê o instituto da recondução, deverá ser aplicada a regra geral da recondução prevista no Estatuto dos Servidores Públicos Cíveis da União.

[...]

45. Ressalte-se, entretanto, que os fundamentos aqui elencados tão-somente contribuem para subsidiar eventual alteração do posicionamento já firmado pela AGU a respeito do assunto, tendo em vista que a Nota n. AGU/MC-11/2004, ao ser aprovada pelo Exmo. Advogado-Geral da União, tornou-se de observância obrigatória pelos órgãos da AGU, inclusive a Secretaria-Geral, responsável pela administração dos seus recursos humanos. Por essa razão, *enquanto não for revogada ou alterada a aludida nota, os servidores e membros da AGU estáveis que venham a ser investidos em cargos inacumuláveis de outros entes federativos ou em estatuto próprio, não poderão ser reconduzidos ao cargo anteriormente ocupado.*

46. Destarte, cuidando especificamente do caso dos autos, defendo que, salvo melhor opinião, o pleito formulado por Cláudia Virgínia de Santana Ribeiro no sentido de ser reconduzida ao cargo de Procuradora Federal, Classe I, Padrão V, **deve, mantido o presente cenário, ser negado, tendo em vista que ela objetiva a recondução de um cargo estadual (Procuradora do Estado do Piauí) para um cargo federal.**

**In fine, sugiro a submissão da presente nota ao Exmo. Consultor-Geral da União e, posteriormente, ao Exmo. Advogado-Geral da União, para que, acaso se concorde com os argumentos aqui expostos, promova-se a alteração ou revogação da Nota n. AGU/MC-11/2004, de modo a permitir que servidores federais estáveis que venham a ocupar cargo inacumulável em outro ente federativo ou que se submetam a regime especial ou estatuto próprio, ainda que da própria União, possam ser reconduzidos ao cargo anterior em razão da inabilitação no estágio probatório correspondente.**

Não obstante a conclusão posta, o *Consultor-Geral da União (concordando com a fundamentação da referida nota)* despachou no sentido do **deferimento da recondução**, por entender ser despicienda a análise do regime jurídico do novo cargo em que o agente público federal está se submetendo a estágio probatório, remetendo a questão ao Advogado-Geral da União para, após aprovação, encaminhar ao Presidente da República para alterar a orientação normativa, de modo a vincular toda a Administração Pública Federal.

Anote-se (grifo nosso):

Sr. Advogado-Geral da União,

1. A questão jurídica central posta ao descortino de V. Exa. nos presentes autos diz respeito à perfeita exegese do art. 20 da Lei n. 8.112/1990, que trata da possibilidade de recondução a cargo federal de servidor inabilitado em estágio probatório para outro cargo inacumulável.

2. Os autos foram distribuídos ao Departamento de Orientação e Coordenação de Órgãos Jurídicos onde foram analisados pelo Advogado da União, Dr. João Gustavo de Almeida Seixas, por intermédio da *Nota Técnica* n. DECOR/ CGU/ AGU-108/2008 - JGAS, de fls. 122 a 138.

3. Em atentado estudo, o douto Advogado da União analisou a evolução do entendimento administrativo e jurisprudencial sobre o instituto desde sua previsão originária na Lei n. 8.112, de 1990, já passados (dezoito) anos de sua publicação.

4. Valeu-se, para tanto, de jurisprudência selecionada dos Tribunais pátrios, incluindo o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, de manifestações de importantes administrativistas, assim, como de decisões do Tribunal de Contas da União, manifestações do Ministério Público Federal e de regras clássicas de hermenêutica como a interpretação sistemática e teleológica da norma.

5. A análise empreendida abarcou, também, os diversos entendimentos firmados no âmbito desta Advocacia-Geral da União ao longo do tempo, em que novas interpretações reviam interpretações anteriores.

6. Preliminarmente, o autor da *nota* tratou das premissas a serem observada.

7. *O vínculo com o cargo permanente anteriormente ocupado para o qual se tenha adquirido a estabilidade somente é rompido com a aquisição de estabilidade em novo cargo. A exoneração a pedido ou a declaração de vacância não têm o condão de promover a ruptura desse vínculo.*

8. *Assim, para que seja possível a recondução a cargo anterior é necessário que: a) não tenha sido adquirida a estabilidade no novo cargo; b) ao revés, que se tenha adquirido a estabilidade no cargo anterior.*

9. *Postas as premissas e após o desenvolvimento de tese, o Advogado da União chega a importantes conclusões.*

10. A primeira é que o art. 20 da Lei n. 8.112, de 1990, pode ser interpretado no sentido de entender a desistência durante o estágio probatório no novo cargo como espécie de inabilitação que também dá ensejo à recondução a cargo federal anterior.

11. *A segunda importante conclusão é que para a incidência da regra da recondução não é necessário que o novo cargo, em cujo estágio probatório dar-se-á a inabilitação ou a desistência, seja federal e submetido ao mesmo regime do anterior. É possível que a regra da recondução incida quando se cuide de cargos estaduais, distritais, municipais, ou mesmo federais, submetidos a regimes próprios.*

12. Lembra, porém, o autor da destacada *nota* que atualmente a Advocacia-Geral da União e todos os seus órgãos têm como baliza a *Nota* n. AGU/MC-11/2004, de 24 de abril de 2004, subscrita pelo Exmo. Sr. Consultor-Geral da União, à época, Dr. Manoel Castilho, e aprovada pelo Exmo. Sr. Advogado-Geral da União, Dr. Álvaro Ribeiro da Costa, que segundo o autor:

aponta para a impossibilidade de recondução só do servidor que deixa cargo federal para ocupar cargo inacumulável de Estado-membro, Distrito Federal ou de Município, mas também daquele que é investido em cargo inacumulável com regime especial ou estatuto próprio, seja do mesmo ou de outro Poder da União, do mesmo ou outro ente federativo.

13. O caso concreto tratado nos autos é o de procurador federal que foi aprovada em concurso para o cargo de procuradora estadual que, ao ter concluído o estágio probatório no primeiro cargo e não ter concluído ainda o estágio probatório no segundo, pleiteia que sua desistência dê ensejo à recondução ao cargo de procuradora federal.

14. Adotando as conclusões teóricas desenvolvidas na *nota*, o autor conclui somente ser possível deferir o pedido, que inclusive é objeto de ação judicial, se for reformado o entendimento fixado na *Nota* n. AGU/MC-11/2004. Caso contrário, a resposta ao caso concreto deverá ser negativa, em face da vinculação de todos os órgãos jurídicos à manifestação pelo Advogado-Geral da União.

15. A *nota* em comento foi submetida ao Advogado da União e Coordenador-Geral [...] e ao Consultor da União e Diretor do DECOR, [...], que com ela concordaram apenas na parte em que sugere-se o indeferimento à recondução pleiteada [...] posto que tal orientação é consentânea com o estabelecido na *Nota* n. AGU/MC-11/2004.

**16. Com todas as desculpas que os dirigentes do DECOR merecem, divirjo do entendimento por eles esposado e manifesto-me no sentido de acolher os fundamentos, premissas e conclusões, em sua integralidade, formuladas pelo [subscritor da referida Nota] que, em síntese, apontam para:**

a) o art. 20 da Lei n. 8.112, de 1990, pode ser interpretado no sentido de entender a desistência durante o estágio probatório no novo cargo como espécie de inabilitação que também dá ensejo à recondução a cargo federal anterior;

b) *para a incidência da regra da recondução, não é necessário que o novo cargo, em cujo estágio probatório dá-se a inabilitação ou a desistência, seja federal e submetido ao mesmo regime do anterior. É possível que a regra da recondução incida quando se cuide de cargos estaduais, distritais, municipais, ou mesmo federais submetidos a regimes próprios.*

17. *Caso V.Exa. aprove o presente despacho, sugiro a manifestação expressa de V. Exa. sobre a revogação da Nota n. AGU/MC-11/2004, aprovada pelo então Advogado-Geral da União, para que dúvidas não parem no âmbito da Advocacia-Geral da União.*

18. Sugiro, ainda, admitida a aprovação, que o presente despacho seja encaminhado, juntamente com a manifestação de V. Exa., e com a *Nota Técnica* n. DECOR/CGU/AGU-108/2008 - JGAS:

a) ao Procurador-Chefe da União no Estado do Piauí, a fim de ser orientado nos procedimentos futuros relativos à ação judicial tratada nos autos em tela, em face do requerido às fls. 1 dos autos;

b) ao Departamento de Assuntos Jurídicos Internos - DAJI desta Advocacia-Geral da União, para que adote o que aqui decidido aos casos concreto que eventualmente estejam sob sua análise, ou que futuramente sejam submetidos a esse órgão jurídico;

c) à Procuradoria-Geral da União, para que oriente todas as unidades no sentido de adotar o novo entendimento firmado a partir do despacho de V.Exa.;

d) à Secretaria Geral do Contencioso, para ciência e adoção quando cabível;

e) à Procuradoria-Geral Federal, para ciência e adoção quando cabível;

f) a Secretaria Geral da Advocacia-Geral da União, para ciência.

18. *Proponho, ao final, o retorno dos presentes autos à Consultoria-Geral da União para que promova ampla divulgação do decidido para os órgãos da advocacia-Geral da União que atuam no âmbito consultivo, incluindo as Consultorias Jurídicas e Núcleos de Assessoramento Jurídico.*

20. *Registro, por fim, Sr. Advogado-Geral da União, que, em face da relevância da matéria, entendo ser conveniente que V. Exa. avalie a oportunidade de encaminhar a matéria ao Exmo. Sr. Presidente da República para fins do que dispõe o art. 40 da Lei Complementar n. 73, de 1993, de modo que a orientação aqui expressa possa abranger todos os servidores públicos federais que se encontrem na situação descrita neste despacho, e não apenas os membros das carreiras que integram a Advocacia-Geral da União.*

O ato foi aprovado pelo então Advogado-Geral da União (fl. 123) e submetido ao Presidente da República, como se observa em consulta ao endereço eletrônico da Advocacia-Geral da União.

Além disso, a ação judicial que ensejou a consulta no âmbito da Advocacia-Geral da União foi julgada parcialmente procedente, e a apelação interposta para o Tribunal Regional Federal da 1ª Região não foi apreciada, *tendo em conta o pedido de desistência feito pela União (recorrente).*

Em consulta ao andamento do processo administrativo instaurado no âmbito da Advocacia-Geral da União, *consta que foi deferida a recondução da requerente, nos seguintes termos:*

[...]

Retornamos os autos para demais providências, informando que reconduzimos a servidora Cláudia Virgínia de Santana Ribeiro ao cargo de Procurador Federal 1ª Categoria, da respectiva carreira da Procuradoria-Geral Federal, conforme Portaria n. 1.594 de 29 de outubro de 2009, publicada em 30 de outubro de 2009, [...]

Veja-se o teor da Portaria n. 1.594, publicada no DOU de 30.10.2009:

O *Advogado-Geral da União*, no uso da competência que lhe foi delegada pelo inciso III do art. 2º do Decreto n. 4.734, de 11 de junho de 2003, combinado com o art. 9º da Lei n. 10.480, de 2 de julho de 2002, com base no inciso IX do art. 8º e no inciso I do art. 29 da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e tendo em vista o que consta do Processo n. 00410.004568/2009-14 e do Parecer da AGU n. JT-03, aprovado pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República, que adota o contido na **Nota DECOR/CGU/AGU n. 108/2008-JGAS**, resolve:

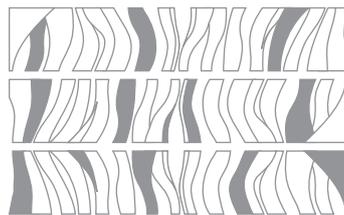
n. 1.594 - **Reconduzir**

*Cláudia Virgínia de Santana Ribeiro* ao cargo de Procurador Federal de 1ª Categoria, declarando cessados os efeitos da Portaria n. 654, de 4 de novembro de 2003, publicada no Diário Oficial da União de 5 de novembro de 2003, Seção 2, página 3.

Portanto, diante dessa nova interpretação a respeito dos institutos da vacância (pela posse em cargo público inacumulável) e da recondução, previstos na Lei n. 8.112/1990, considerando-se, inclusive, que há orientação normativa no âmbito da Advocacia-Geral da União, aprovada pelo Presidente da República, admitindo o direito à recondução de agente público federal que tenha desistido de estágio probatório de cargo estadual inacumulável, é nítido o direito líquido e certo do ora impetrante.

Ante o exposto, *concedo* a segurança para, anulando o ato de exoneração, determinar que o impetrante seja reconduzido ao cargo de Procurador Federal desde a data de seu requerimento de recondução.





---

**Quinta Turma**



---

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO  
NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N.  
69.276-RS (2011/0251782-7)**

---

Relator: Ministro Moura Ribeiro

Embargante: Carlos Ilbo de Almeida Abreu

Advogado: Juliana Daniel e outro(s)

Embargado: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

Procurador: Procuradoria-Geral Federal - PGF

---

**EMENTA**

Direito Processual Civil e Previdenciário. Embargos de declaração. Omissão quanto a apreciação de anteriores embargos de declaração contra decisão monocrática. Verificação. Anulação dos julgamentos proferidos posteriormente à omissão. Não cabimento. Ausência de prejuízo. Recurso especial interposto antes da publicação de acórdão de embargos de declaração. Conhecimento condicionado à ratificação do recurso. Situação verificada no caso dos autos. Desaposentação. Ressarcimento dos valores recebidos da autarquia previdenciária. Desnecessidade. Embargos de declaração parcialmente acolhidos. Agravo e recurso especial providos.

1. Os embargos de declaração suspendem o prazo para a interposição e exame de qualquer outro recurso.

2. Desobedecer tal ditame pode implicar nulidade se demonstrado prejuízo ao embargante dorminhoco.

3. Não se proclama nulidade guardada, se ausente tal prejuízo.

4. Suplanta-se a Súmula n. 418-STJ quando o segurado reedita a tese do seu recurso especial em resposta ao Especial da outra parte, homenageando o princípio “*pro misero*”.

5. Merece conhecimento o agravo em recurso especial que embora interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, foram oportunamente ratificados.

6. Nos termos da jurisprudência pacificada nesta Corte de Justiça, “os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e,

portanto, suscetíveis de desistência pelos seus titulares, prescindindo-se da devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja preterir para a concessão de novo e posterior jubramento.” (REsp n. 1.334.488-SC, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, Primeira Seção, DJe de 14.5.2013).

7. Embargos de declaração parcialmente acolhidos para dar provimento ao agravo e, conseqüentemente, ao recurso especial, reconhecendo que o direito à desaposentação independe da restituição dos valores percebidos pelo segurado.

### ACÓRDÃO

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 unanimidade, em acolher parcialmente os embargos para dar provimento ao agravo e, conseqüentemente, ao recurso especial, reconhecendo que o direito à desaposentação independe da restituição dos valores percebidos pelo segurado, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Regina Helena Costa, Laurita Vaz, Jorge Mussi e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 3 de abril de 2014 (data do julgamento).

Ministro Moura Ribeiro, Relator

---

DJe 14.4.2014

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moura Ribeiro: Cuida-se de embargos de declaração opostos por *Carlos Ilbo Almeida Abreu*.

Apontou que ele e o INSS interpuseram agravos em recursos especiais que foram julgados monocraticamente nesta Corte, mas não providos (fls. 222-228).

Narrou ter oposto contra tal decisão monocrática, embargos de declaração que jamais foram julgados (fls. 234-235). Por outro lado, os sucessivos recursos do INSS foram apreciados (fls. 246-253, 265-274, respectivamente agravo regimental e embargos de declaração).

Argumentou a nulidade de todos os julgamentos ocorridos após a oposição de seus embargos porque eles têm o condão de interromper o prazo para qualquer outro recurso.

Pontuou que o vício não é meramente formal na medida em que impede seu direito de sustentar os seus esquecidos embargos.

O INSS contrariou o recurso (fls. 289-290).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Moura Ribeiro (Relator): A compreensão da questão demanda breve histórico do recurso.

Na origem, *Carlos Ilbo de Almeida Abreu* ajuizou demanda contra o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS pretendendo a sua desaposeção previdenciária (fls. 2-18). A pretensão foi parcialmente acolhida em segunda instância, reconhecido o direito que, entretanto, foi condicionado à indenização da autarquia (fls. 92-100 e 126-136). As partes interpuseram recursos especiais, ambos inadmitidos (fls. 102-120 e 138-144; 193-200).

Vieram a esta Corte dois agravos que foram apreciados conjuntamente em decisão monocrática da lavra do Ministro *Adilson Vieira Macabu* (Desembargador convocado do TJ-RJ) cuja indexação transcrevo:

Processual Civil. Agravo em recurso especial. Interposição prematura do recurso especial. Falta de ratificação. Não esgotamento da instância ordinária.

1. "É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação" - Súmula n. 418-STJ.

2. *In casu*, o Recurso Especial foi apresentado antes do julgamento dos Embargos de Declaração, sem posterior ratificação, não ocorrendo, assim, o necessário esgotamento das instâncias ordinárias.

3. Agravo em recurso especial conhecido e improvido.

*Previdenciário. Agravo em recurso especial. Renúncia à aposentadoria. Aproveitamento do tempo de contribuição. Novo benefício. Possibilidade.*

1. Admite-se a renúncia à aposentadoria objetivando o aproveitamento do tempo de contribuição e posterior concessão de novo benefício, independentemente do regime previdenciário que se encontra o segurado.

2. Agravo em recurso especial conhecido e improvido (fl. 222).

*Carlos Ilbo* opôs embargos de declaração e o INSS apresentou agravo regimental (fls. 234-235 e 236-240).

Os embargos de declaração foram, de fato, negligenciados, passando o então Relator à apreciação do agravo regimental que recebeu a seguinte ementa:

Previdenciário. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Sobrestamento do feito. Descabimento. Aposentadoria no Regime Geral da Previdência Social. Direito de renúncia. Cabimento. Nova aposentadoria em regime diverso. Não obrigatoriedade de devolução de valores recebidos.

1. O mero reconhecimento de repercussão geral na Suprema Corte não acarreta a obrigatoriedade de sobrestamento dos recursos em tramitação no Superior Tribunal de Justiça.

2. É perfeitamente possível a renúncia à aposentadoria, inexistindo fundamento jurídico para seu indeferimento.

3. Pode ser computado o tempo de contribuição proveniente da aposentadoria renunciada para obtenção de novo benefício.

4. A renúncia opera efeitos *ex nunc*, motivo pelo qual não implica a necessidade de o segurado devolver as parcelas recebidas.

5. Agravo regimental a que se nega provimento (fl. 246).

Sobrevieram embargos de declaração do INSS (fls. 258-262). O recurso foi rejeitado em acórdão lavrado pelo Ministro *Campos Marques* (Desembargador convocado do TJ-PR):

Embargos de declaração no agravo regimental em recurso especial. Previdenciário. Prequestionamento de matéria constitucional. Inviabilidade. Tema objeto de repercussão geral aguardando julgamento no Supremo Tribunal Federal. Sobrestamento do feito. Prescindibilidade. Desaposentação. Desnecessidade de devolução de valores recebidos. Embargos rejeitados.

1. De acordo com a jurisprudência do STJ, é inviável a apreciação de suposta ofensa a dispositivos da Constituição Federal, uma vez que o prequestionamento de matéria essencialmente constitucional, por esta Corte Superior, ensejaria a usurpação da competência do STF.

2. O fato de a desaposentação estar sendo julgada, pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, não autoriza o sobrestamento automático dos processos nesta Corte de Justiça.

3. A Primeira e a Terceira Seção deste Tribunal Superior já se pronunciaram sobre o tema, no sentido de se admitir a renúncia à aposentadoria, possibilitando a concessão de uma outra mais benéfica, com o aproveitamento do tempo de

contribuição, sem a necessidade de devolução de parcelas pretéritas percebidas sob o mesmo título.

4. Embargos de declaração rejeitados (fl. 266).

Agora, *Carlos Ilbo* vem aos autos com outros embargos de declaração pleiteando o reconhecimento da nulidade desses dois últimos julgamentos porque não apreciados aqueles seus primeiros embargos de declaração opostos contra a decisão monocrática que rejeitou os agravos.

### **I – Da nulidade do acórdão dos embargos de declaração e do acórdão do agravo regimental do INSS.**

A pretensão não prospera.

É cediço que não se pronuncia nulidade sem prejuízo. Nesse sentido:

Administrativo. Servidor público federal. Processo administrativo disciplinar. Composição da comissão permanente. Magistrados. Alegação de nulidade. Concepção doutrinária não aplicável ao caso. *Não demonstração de dano ou prejuízo. Pas de nulité sans grief*. Ausência de direito líquido e certo.

(...)

3. *No caso concreto, não foi comprovado qualquer prejuízo ou dano ao servidor, agora recorrente, pela composição da comissão processante, ou por outro motivo. No caso específico deve ser aplicado o princípio “pas de nulité sans grief”.* Precedentes: AgRg no RMS n. 25.763-RJ, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 24.9.2010; MS n. 15.339-DF, Rel. Min. Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 29.9.2010, DJe 13.10.2010.

Recurso ordinário improvido.

(RMS n. 34.004-RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, j. 10.4.2012, DJe 19.4.2012)

Recurso ordinário em mandado de segurança. Direito líquido e certo não demonstrado.

(...)

3. Ademais, tratando-se de ação de justificação, cuja natureza é de jurisdição voluntária, preparatória para futura ação judicial, *aplicar-se-á o princípio do “pas de nulité sans grief”, decorrente da inexistência de prejuízo*, pois toda a prova produzida na ação cautelar será reiterada no processo principal, com a obediência ao devido processo legal.

Recurso ordinário improvido.

(RMS n. 22.869-MG, Rel. Ministro Castro Meira, Rel. p/ Acórdão Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, j. 13.3.2007, DJe 29.10.2008)

O julgamento dos recursos cuja nulidade se pretende não gerou nenhum prejuízo para o desaposentado porque não se acolheu a pretensão do INSS de reversão da desaposentação.

Nada justificaria, portanto, a anulação dos julgamentos realizados.

Deve, entretanto, ser reconhecida a omissão no tocante ao julgamento dos embargos de declaração opostos por *Carlos Ilbo* contra a decisão monocrática que apreciou seu agravo em recurso especial, razão pela qual passo a enfrentá-los.

## **II – Dos embargos de declaração contra a decisão monocrática que não acolheu o agravo em recurso especial de CARLOS ILBO.**

Como mencionado anteriormente, *Carlos Ilbo* e o INSS interpuseram recurso especial contra a parcial procedência da demanda reconhecida na apelação. Os recursos tiveram seguimento negado, ensejando a interposição de agravos que, nesta Corte, não foram providos monocraticamente.

No tocante a *Carlos Ilbo*, a decisão monocrática aplicou o entendimento consolidado na Súmula n. 418-STJ segundo a qual “é inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração sem posterior ratificação” (fls. 222-228).

Nos embargos de declaração, ele sustentou que “conquanto o ora Embargante tenha de fato oposto recurso especial na pendência de embargos de declaração sem posteriormente ratificar o recurso, recurso que por isso era tido por inexistente, *manifestou adesivamente* ao Recurso Especial apresentado pelo INSS *novo recurso especial*, este sim o recurso cujo trânsito foi negado pela decisão contra o qual se manifestou o Agravo solvido pela v. decisão ora embargada” (fl. 234). Aduziu que a controvérsia posta no agravo é a admissibilidade de recurso especial adesivo.

Assiste razão ao segurado.

De fato, compulsando os autos verifiquei que após a publicação dos embargos de declaração julgados pela instância ordinária, *Carlos Ilbo* apresentou novas razões de recurso especial, que denominou recurso adesivo (fls. 176-191). Tais razões devem ser tidas por ratificação do recurso anteriormente interposto, afastando o óbice da Súmula n. 418-STJ em homenagem ao princípio *pro misero*.

Assim, merece reforma a decisão monocrática prolatada no agravo para determinar o exame do recurso especial que atende aos pressupostos de admissibilidade.

### III – Do recurso especial interposto por *Carlos Ilbo*.

Em apertada síntese, a insurgência se volta contra o acórdão do Tribunal de origem que, admitindo a desaposentação do segurando, determinou a indenização do INSS, isto é, condicionou o retorno ao *status quo ante* ao “ressarcimento (...) de todos os valores já pagos pelo INSS a título de aposentadoria, atualizados monetariamente” (fl. 96).

Esse entendimento não se amolda à jurisprudência desta Corte que há muito vem se pronunciando no sentido de admitir a renúncia à aposentadoria para o fim de obtenção de benefício mais vantajoso no futuro, independentemente da devolução de parcelas pretéritas percebidas sob o mesmo título. Nesse sentido, menciono recurso repetitivo julgado pela Primeira Seção deste Tribunal:

Recurso especial. Matéria repetitiva. Art. 543-C do CPC e Resolução STJ n. 8/2008. Recurso representativo de controvérsia. *Desaposentação e reaposentação*. Renúncia a aposentadoria. Concessão de novo e posterior jubramento. *Devolução de valores. Desnecessidade*.

(...)

3. Os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis de desistência pelos seus titulares, *prescindindo-se da devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja preterir para a concessão de novo e posterior jubramento*. Precedentes do STJ.

(...)

5. No caso concreto, o Tribunal de origem reconheceu o direito à desaposentação, mas condicionou posterior aposentadoria ao ressarcimento dos valores recebidos do benefício anterior, razão por que deve ser afastada a imposição de devolução.

(...)

(REsp n. 1.334.488-SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, j. 8.5.2013, DJe 14.5.2013)

Confira-se precedente desta Quinta Turma:

Agravo regimental no recurso especial. Previdenciário. Ato de concessão do benefício. Desfazimento. Prazo decadencial. Art. 103 da Lei n. 8.213/1991. Inaplicabilidade. *Renúncia à aposentadoria. Devolução dos valores percebidos. Dispensabilidade*.

(...)

2. A Primeira Seção, ao julgar o REsp n. 1.334.488-SC, Rel. Min. Herman Benjamin, sob o regime do art. 543-C do CPC, consolidou o entendimento segundo o qual os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis de desistência pelos seus titulares, dispensando-se a devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja renunciar para a concessão de novo e posterior benefício.

(...)

(AgRg no REsp n. 1.270.481-RS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, j. 20.8.2013, DJe 26.8.2013)

A pretensão recursal merece, portanto, ser acolhida, reconhecendo-se que o direito à desaposentação independe do ressarcimento da autarquia previdenciária.

Nessas condições, pelo meu voto, *acolho parcialmente* os embargos de declaração para, afastando a tese da nulidade, *dar provimento ao agravo e ao recurso especial*, reconhecendo que o direito à desaposentação não demanda a restituição dos valores percebidos anteriormente pelo segurado sob o mesmo título (aposentado).

Em consequência, condeno o INSS às custas e despesas processuais, arbitrados os honorários em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) em observância do art. 20, § 4º, do CPC, que serão atualizados a partir da publicação do acórdão.

---

### **HABEAS CORPUS N. 175.233-RS (2010/0101914-0)**

---

Relator: Ministro Jorge Mussi

Impetrante: Rodrigo Oliveira de Camargo e outro

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

Paciente: Juarez Squeff Pinto da Silva

---

#### **EMENTA**

*Habeas corpus*. Impetração originária. Substituição ao recurso especial cabível. Impossibilidade. Respeito ao sistema recursal previsto na Carta Magna. Não conhecimento.

1. Com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, necessária a racionalização da utilização do *habeas corpus*, o qual não deve ser admitido para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico.

2. Tendo em vista que a impetração aponta como ato coator acórdão proferido por ocasião do julgamento de apelação criminal, contra a qual seria cabível a interposição do recurso especial, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento.

3. Tratando-se de *writ* impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício.

*Tentativa de homicídio qualificado. Condenação. Dosimetria. Aplicação da atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal. Réu que sempre admitiu a prática criminosa. Redução de pena não efetuada. Constrangimento ilegal evidenciado. Incidência da atenuante devida. Ordem concedida de ofício.*

1. Verificando-se que o réu sempre admitiu a prática criminosa, evidente a coação ilegal no não reconhecimento da atenuante da confissão espontânea.

2. A confissão do delito indica a vontade de o réu colaborar, espontaneamente, para o esclarecimento do delito que lhe é imputado, contribuindo para a solução da lide penal.

3. *Habeas corpus* não conhecido, concedendo-se, contudo, a ordem de ofício, para reconhecer a atenuante do art. 65, III, d, do CP, em favor do paciente, reduzindo sua reprimenda, que resta definitiva em 8 (oito) anos e 2 (dois) meses de reclusão, mantidos os demais termos da sentença e do aresto impugnado.

## 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, não conhecer do pedido e conceder “Habeas Corpus” de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, Regina Helena Costa e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 25 de março de 2014 (data do julgamento).

Ministro Jorge Mussi, Relator

---

DJe 3.4.2014

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Mussi: Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública em favor de *Juarez Squeff Pinto da Silva* contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que, no julgamento da Apelação Criminal n. 70022234215, interposta pela defesa, deu parcial provimento ao recurso para redimensionar a reprimenda irrogada ao paciente para 8 (oito) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, nos autos da ação penal em que restou condenado pela prática do delito tipificado no artigo 121, § 2º, inciso I, c.c. art. 14, inciso II, ambos do Código Penal.

Sustentam os impetrantes a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que deveria ter sido aplicada ao paciente a atenuante prevista no art. 65, inciso III, **d**, do Código Penal, tendo em vista que este “quando do seu interrogatório em sede policial (doc. 52), em juízo (doc. 53) e em plenário (doc. 54) reconheceu categoricamente que desferiu disparos contra a vítima” (fls. 9).

Reclamam que o Juízo sentenciante sequer teria mencionado a pretendida atenuante quanto do exame da dosimetria em primeiro grau, não tendo atribuído qualquer valor à “autoincriminação do paciente” (fls. 17).

Acrescentam que o Tribunal *a quo* teria deixado de reconhecer a referida benesse por entender que a confissão realizada seria qualificada, fundamento que reputam destoar de todos os depoimentos prestados pelo agente, o qual afirmam nunca haver sustentado que praticou o delito sob o manto da excludente de ilicitude relativa à legítima defesa da honra.

Buscam demonstrar que as alegações apresentadas por seus advogados em plenário não poderiam ser consideradas para afastar a possibilidade de incidência da atenuante da confissão espontânea em benefício do paciente,

isto porque tal redutor incidiria apenas em relação às manifestações exercidas a título de defesa pessoal e nunca no que diz respeito àquelas procedidas pela defesa técnica.

Defendem que os depoimentos prestados pelo réu em diversos momentos do processo preencheriam todos os requisitos necessários para a incidência da atenuante, ressaltando, ainda, que deveria ser considerada a relevância do reconhecimento da prática do delito pelo agente, o qual afirmam ter sido realizado inclusive perante o Conselho de Sentença.

Requerem, assim, seja a ordem concedida para que incida a atenuante da confissão espontânea na hipótese, reduzindo-se a reprimenda imposta ao paciente.

Informações prestadas, noticiando que, do acórdão da apelação, foram interpostos recursos especial e extraordinário, pendentes de exame de admissibilidade.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem.

Sobreveio petição do impetrante requerendo fosse informado da data em que o feito será levado à julgamento, a fim de que possa realizar sustentação oral.

O remédio constitucional foi levado a deliberação em 25.6.2013 e, por força de embargos de declaração, foi o julgamento anulado, para que fosse oportunamente renovado, com a prévia ciência do impetrante acerca da data em que o feito será levado em mesa, prejudicados os aclaratórios da acusação, dada a perda de seu objeto.

O Ministério Público Federal interpôs embargos de declaração do referido acórdão, que foram rejeitados.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Jorge Mussi (Relator): O pleito deduzido na inicial não comporta conhecimento na via eleita, já que formulado em flagrante desrespeito ao sistema recursal vigente no âmbito do Direito Processual Penal pátrio.

Nos termos do artigo 105, inciso I, alínea **c**, da Constituição Federal, este Superior Tribunal de Justiça é competente para processar e julgar, *de forma originária*, os *habeas corpus* impetrados contra ato de tribunal sujeito à sua

jurisdição e de Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica; ou quando for coator ou paciente as autoridades elencadas na alínea **a** do mesmo dispositivo constitucional, *hipóteses inócurrentes na espécie*.

Por outro lado, prevê o inciso III do artigo 105 que o Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, nas hipóteses descritas de forma taxativa nas suas alíneas **a**, **b** e **c**.

Esse Superior Tribunal de Justiça, com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, firmou entendimento no sentido de que o atual estágio em que se encontra a sociedade brasileira clama pela racionalização da utilização dessa ferramenta importantíssima para a garantia do direito de locomoção, que é o *habeas corpus*, de forma a não mais admitir que seja empregada para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico, *exatamente como ocorre no caso em exame*.

Cumpra observar que, em se tratando de direito penal, destinado a recuperar as mazelas sociais e tendo como regra a imposição de sanção privativa de liberdade, o direito de locomoção, sempre e sempre, estará em discussão, ainda que de forma reflexa, mas tal argumento não pode mais ser utilizado para que todas as matérias que envolvam a *persecutio criminis in iudicio* até a efetiva prestação jurisdicional sejam trazidas para dentro do *habeas corpus*, cujas limitações cognitivas podem significar, até mesmo, o tratamento inadequado da providência requerida.

Com estas considerações e tendo em vista que a impetração se destina a atacar acórdão proferido em sede de apelação criminal, contra o qual seria cabível a interposição do recurso especial, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento.

Todavia, tratando-se de remédio constitucional impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício.

Da análise dos autos verifica-se que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 10 (dez) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime previsto no art. 121, § 2º, inciso II, do Código Penal, porque, segundo consta da denúncia, em 11.10.1987, na cidade de

Jaguarão-RS, por motivo torpe, “tendo em vista que o denunciado agiu impellido por vingança, qual seja em virtude de não aceitar a separação do casal” (fls. 36), “deu início ao ato de matar a vítima [...], desferindo-lhe vários tiros de revólver, produzindo-lhe as lesões corporais de natureza grave descritas nos laudos periciais [...], somente não se consumando o desiderato criminoso por circunstâncias alheias à sua vontade, tendo em vista que a vítima foi socorrida e medicada” (fls. 35-36).

Na oportunidade, foi deferido ao condenado o direito de recorrer em liberdade, pois desta forma vinha respondendo ao processo, “sem qualquer intercorrência negativa” (fls. 187).

Inconformada, a defesa apelou para o Tribunal de origem, que deu parcial provimento ao recurso apenas para redimensionar a reprimenda irrogada ao paciente para 8 (oito) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mantidos os demais termos da sentença condenatória.

Quanto à atenuante da confissão espontânea, assim manifestou-se o Tribunal impetrado:

Nesse andar, ressalto a inocorrência de afronta à prova dos autos pelo não-reconhecimento da atenuante da confissão espontânea.

Consoante GUILHERME DE SOUZA NUCCI, “confessar, no âmbito do processo penal, é admitir contra si por quem seja suspeito ou acusado de um crime, tendo pleno discernimento, voluntária, expressa e pessoalmente, diante da autoridade competente, em ato solene e público, reduzido a termo, a prática de algum fato criminoso”. E acrescenta: “A confissão para valer como meio de prova, precisa ser voluntária, ou seja, livremente praticada, sem qualquer coação. Entretanto, para servir de atenuante, deve ser ainda espontânea, vale dizer, sinceramente desejada, de acordo com o íntimo do agente”.

[...]

Como se percebe, para atenuação da pena imperiosa, primeiro a admissão da autoria do crime praticado, e, segundo, que tenha sido proferida de forma espontânea.

*In casu*, embora a admissão da autoria, esta veio associada a invocação de causa excludente de ilicitude.

Por conseguinte, não houve confissão de prática de crime, que, consoante a lição de HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, é “a ação ou omissão que se ajusta à descrição abstrata da conduta proibida ou imposta pela norma penal (tipo), contrária ao direito, ou seja, antijurídica ou ilícita e culpável, ou seja, reprovável ao agente”.

Logo, a confissão de autoria aliada a legítima defesa sustentada, descaracteriza a atenuante, consistindo confissão qualificada, como já decidiu o egrégio Superior Tribunal de Justiça [...]. (fls. 276-277)

Do excerto acima transcrito percebe-se que a Corte Estadual deixou de reconhecer a presença da atenuante prevista no art. 65, III, **d**, do Código Penal por entender que a admissão da autoria do ilícito teria sido “associada à invocação de causa excludente de ilicitude” (fls. 277), dando ensejo à configuração da *confissão qualificada*, impeditiva da incidência da referida benesse.

Com efeito, a jurisprudência desta Corte Superior orientava que a chamada *confissão qualificada*, aquela em que o agente agrega à confissão de autoria teses defensivas discriminantes ou exculpantes, como é o caso da legítima defesa, excludente de antijuridicidade prevista no art. 23 do CP, não poderia ensejar o reconhecimento da atenuante do art. 65, III, **d**, do CP.

Nesse sentido:

*Habeas corpus*. Penal. Homicídio tentado. Reconhecimento da confissão espontânea. Impossibilidade. Confissão qualificada. Ordem denegada.

1. *A confissão qualificada, na qual o agente agrega à confissão teses defensivas discriminantes ou exculpantes, não tem o condão de ensejar o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal*. De qualquer forma, a versão dos fatos apresentados pelo ora Paciente sequer foram utilizados para embasar a sua condenação, uma vez que restou refutada pela prova oral colhida no processo.

2. *In casu*, o Paciente confessou ter atirado contra os policiais para se defender, negando, assim, o *animus necandi*.

3. Ordem denegada.

(HC n. 129.278-RS, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 27.4.2009 e DJe 25.5.2009).

Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso especial. Homicídio. Dosimetria da pena. Decreto condenatório transitado em julgado. Impetração que deve ser compreendida dentro dos limites recursais. Confissão qualificada. Impossibilidade de redução da pena. Réu que alega ter agido em legítima defesa. Inexistência de flagrante ilegalidade, nulidade absoluta ou teratologia a ser sanada. Ordem denegada.

I. Conquanto o uso do *habeas corpus* em substituição aos recursos cabíveis - ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo - crescentemente fora de sua inspiração originária tenha sido muito alargado

pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição, devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida banalização e vulgarização do *habeas corpus*.

II. Precedentes do Supremo Tribunal Federal (Medida Cautelar no Mandado de Segurança n. 28.524-DF (decisão de 22.12.2009, DJe n. 19, divulgado em 1º.2.2010, Rel. Ministro Gilmar Mendes e HC n. 104.767-BA, DJ 17.8.2011, Rel. Min. Luiz Fux), nos quais se firmou o entendimento da “inadequação da via do *habeas corpus* para revolvimento de matéria de fato já decidida por sentença e acórdão de mérito e para servir como sucedâneo recursal”.

III. Na hipótese, a condenação transitou em julgado e a impetrante não se insurgiu quanto à eventual ofensa aos dispositivos da legislação federal, em sede de recurso especial, buscando o revolvimento dos fundamentos exarados nas instâncias ordinárias quanto à dosimetria da pena imposta, preferindo a utilização do *writ*, em substituição aos recursos ordinariamente previstos no ordenamento jurídico.

IV. O reexame da dosimetria em sede de *mandamus* somente é possível quando evidenciado eventual desacerto na consideração de circunstância judicial, errônea aplicação do método trifásico ou violação a literal dispositivo da norma, acarretando flagrante ilegalidade.

*V. Hipótese na qual o réu negou o animus necandi, pois reconheceu apenas ter perpetrado a conduta que resultou em óbito, porém afirmou ter agido em legítima defesa, movido por injusta provocação da vítima.*

*VI. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a chamada confissão qualificada não resulta em redução da pena imposta ao réu, pois o acusado agregou elemento que afastaria a antijuridicidade da conduta, a teor do art. 23, II, do Código Penal, tendo negado, de fato, a prática de crime e o dolo.*

VI. Inexistência, na espécie, de flagrante ilegalidade, nulidade absoluta ou teratologia a ser sanada pela via do *mandamus*, caracterizando-se o uso inadequado do instrumento constitucional.

VII. Ordem denegada, nos termos do voto do Relator.

(HC n. 211.294-MS, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 26.6.2012, DJe 1º.8.2012)

Agravo regimental no recurso especial. Ofensa ao princípio da colegialidade. Inexistência. Fixação da pena-base acima do mínimo legal tendo em consideração os elementos do art. 59 do CP. Confissão qualificada. Impedimento ao reconhecimento da atenuante da confissão espontânea. Precedentes do STJ. Agravo regimental improvido.

1. Não viola o princípio da Colegialidade a apreciação unipessoal pelo Relator do mérito do recurso especial, quando obedecidos todos os requisitos para a sua admissibilidade, bem como observada a jurisprudência dominante desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal. Com a interposição do agravo regimental, fica superada eventual violação ao referido princípio, em razão da reapreciação da matéria pelo órgão colegiado.

2. Não padece de ilegalidade a decisão que fixa a pena-base acima do mínimo legal, com base em fundamentação sólida, à luz de elementos que demonstrem a alta reprovabilidade da conduta do réu e a presença de maus antecedentes criminais, especialmente a reincidência.

3. *Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a chamada “confissão qualificada” impede a aplicação da atenuante da confissão espontânea.*

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 1.359.503-MG, Rel. Ministro Campos Marques (Desembargador convocado do TJ-PR), Quinta Turma, julgado em 16.5.2013, DJe 21.5.2013)

Entretanto, a orientação jurisprudencial mais recente, especialmente desta colenda Quinta Turma, é no sentido de que, uma vez confessada a prática criminosa e utilizada tais declarações para embasar a condenação, de ser aplicada em favor do réu a atenuante prevista no art. 65, III, **d**, do CP.

Ademais, dos documentos que instruem os autos, e sem necessidade de reexaminar-se aprofundadamente a prova coletada, infere-se que a tese de que o acusado teria agido em legítima defesa da honra foi invocada somente pela defesa técnica, quando das alegações finais (fls. 101), em plenário, e ainda nas razões de apelo (fls. 189-196), sendo rechaçada pelo Juízo singular quando da pronúncia (fls. 99-106), pelos jurados quando do julgamento plenário, por 4 votos a 3 (fls. 184), e pelo Tribunal impetrado quando da deliberação sobre o apelo (fls. 260-285).

Da leitura das declarações do réu, ora paciente, prestadas na fase policial (fls. 287-290), em Juízo (fls. 51) e no plenário do Júri (fls. 293-294), verifica-se que sempre admitiu ter sido o autor dos disparos de arma de fogo desferidos contra a vítima, e em momento algum aduziu ter assim agido em legítima defesa, própria ou de sua honra.

Dessa forma, evidente o constrangimento ilegal a que vem sendo submetido o condenado, pois não pode ser prejudicado por tese levantada por sua defesa técnica, quando sempre afirmou ter cometido o delito, devendo ser aplicada, na espécie, a atenuante prevista no art. 65, inciso III, **d**, do Código Penal, até porque, segundo a jurisprudência deste Superior Tribunal, se a confissão do

agente é utilizada como fundamento para embasar a conclusão condenatória, a atenuante apontada deve ser aplicada em seu favor, pouco importando se a admissão da prática do ilícito foi espontânea ou não, integral ou parcial, ou se houve retratação posterior em juízo.

Nesse diapasão, os seguintes julgados:

*Habeas corpus*. Roubo majorado pelo emprego de arma de fogo e concurso de agentes. 1. Dosimetria da pena. Circunstância atenuante afastada. Confissão parcial. Incidência. Constrangimento ilegal evidenciado. 2. Aumento da pena na fração de 3/8 (três oitavos) sem a necessária fundamentação. Impossibilidade. Ofensa ao Enunciado de Súmula n. 443, desta Corte. 3. Ordem concedida em parte.

1. Em conformidade com a jurisprudência assente desta Corte, a Juíza de primeiro grau reconheceu a incidência da circunstância atenuante da confissão, ainda que parcial, visto que, para a formação de seu convencimento, adotou as declarações prestadas pelo paciente, as quais entendeu estarem afinadas à prova dos autos.

2. 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.

Súmula n. 443 do STJ.

3. *Habeas corpus* parcialmente concedido para reduzir a pena relativa ao crime de roubo a 5 (cinco) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, bem assim ao pagamento de 14 (quatorze) dias-multa, mantido no mais o acórdão impugnado.

(HC n. 106.612-SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 3.5.2012, DJe 12.6.2012)

*Habeas corpus*. Confissão espontânea. Utilização na condenação. Incidência da atenuante. Necessidade. Compensação entre reincidência e confissão espontânea. Possibilidade.

1. Na linha da iterativa jurisprudência desta Corte, é de rigor a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, **d**, do Código Penal quando a confissão - integral ou parcial, e ainda que retratada em juízo - é utilizada na condenação.

2. Consoante entendimento prevalente na Sexta Turma deste Tribunal é cabível a compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, mantendo-se inalterada a reprimenda na segunda etapa do critério trifásico.

3. Ordem concedida.

(HC n. 231.489-SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 27.3.2012, DJe 11.4.2012)

Com efeito, a confissão do delito indica a vontade de o réu colaborar, espontaneamente, com a Justiça para o esclarecimento do fato criminoso que lhe é imputado, contribuindo para a solução da lide penal. Por isso, o legislador beneficiou o ato com a possibilidade de redução de pena, na segunda etapa da dosimetria, ao introduzir o art. 65, III, **d**, no Código Penal.

Assim, de ser reconhecida a atenuante em questão.

Passa-se ao redimensionamento da pena imposta ao condenado.

A pena-base foi reduzida para 12 (doze) anos e 6 (seis) meses de reclusão pela Corte impugnada e, em face da agravante do art. 61, II, **e**, do CP, foi elevada de 6 (seis) meses, totalizando, na segunda fase, 13 (treze) anos de reclusão (fls. 276).

Diante do reconhecimento da atenuante do art. 65, III, **d**, do CP, reduz-se a sanção de 9 (nove) meses, findando em 12 (doze) anos e 3 (três) meses de reclusão.

Pela tentativa, mitiga-se a reprimenda de 1/3 (um terço), patamar empregado pelas instâncias ordinárias, restando definitiva em 8 (oito) anos e 2 (dois) meses de reclusão.

Por todo o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, não se conhece do *habeas corpus*, concedendo-se, contudo, a ordem de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP, para reconhecer a atenuante do art. 65, III, **d**, do CP, em favor do paciente, reduzindo sua reprimenda, que resta definitiva em 8 (oito) anos e 2 (dois) meses de reclusão, mantidos os demais termos da sentença e do aresto impugnado.

É o voto.

---

**HABEAS CORPUS N. 251.132-RS (2012/0167200-3)**

---

Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze

Impetrante: Marcelo Martins Piton - Defensor Público

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

Paciente: Patrick de Souza (Preso)

Paciente: Daniel dos Santos Martins (Preso)

## EMENTA

*Habeas corpus* impetrado em substituição ao recurso previsto no ordenamento jurídico. 1. Não cabimento. Modificação de entendimento jurisprudencial. Restrição do remédio constitucional. Exame excepcional que visa privilegiar a ampla defesa e o devido processo legal. 2. Nulidade dos elementos de prova coletados por meio de interceptação ambiental realizada em presídio. 3. Violação dos direitos fundamentais de intimidade e privacidade. Não ocorrência. Inexistência de garantias absolutas. Aplicação do postulado da proporcionalidade. 4. Sentença de pronúncia baseada em outras provas. Ausência de demonstração de prejuízo concreto. 5. Habeas corpus não conhecido.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir *habeas corpus* que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente – a ser sanado mediante a concessão de *habeas corpus* de ofício –, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. A comunicação – e se está examinando a comunicação entre pessoas presas – merece respeito, devendo ser resguardado o direito fundamental à intimidade. No entanto, na ordem constitucional pátria não existem garantias ou direitos absolutos, que possam ser exercidos a qualquer tempo e sob quaisquer circunstâncias. No plano da realidade concreta, diante de situações de incompatibilidade entre dois ou mais direitos fundamentais, mostra-se imperiosa a efetiva compreensão e aplicação do postulado da proporcionalidade ou razoabilidade.

3. Na espécie – em que, ao que tudo indica, os crimes foram praticados por organização criminosa especializada no tráfico de drogas, contando com a participação e auxílio de agentes penitenciários, motivados os réus pela disputa por pontos de venda de entorpecentes –, a autoridade policial e o Poder Judiciário, embora necessariamente

jungidos pelo Direito, devem ter sua atuação menos obstada, sendo necessária exegese que combine os direitos do acusado aos princípios, também constitucionais e fundamentais, da integridade estatal, da promoção do bem de todos e da segurança pública. Precedentes.

4. Além disso, não demonstrou a defesa o efetivo prejuízo decorrente do procedimento adotado pela autoridade policial, pois além de o vaso sanitário em que posicionado o gravador estar fixado no exterior das celas, sendo as conversas desenvolvidas espontaneamente e em voz alta entre os acusados, que não estavam sozinhos no local, o teor das comunicações não foi relevante para a prolação da sentença de pronúncia, que se baseou, notadamente, nos depoimentos das testemunhas e nas interceptações telefônicas. Precedentes.

5. *Habeas corpus* não conhecido.

## 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, não conhecer do pedido.

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 25 de fevereiro de 2014 (data do julgamento).

Ministro Marco Aurélio Bellizze, Relator

---

DJe 7.3.2014

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Patrick de Souza e de Daniel dos Santos Martins, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Depreende-se dos autos que os pacientes foram denunciados pela suposta prática das condutas descritas no art. 121, § 2º, incisos II e IV, na forma do art. 29, *caput*, todos do Código Penal.

Superadas as demais fases processuais, os acusados foram pronunciados, aos 11 de abril de 2011, nos termos da inicial acusatória.

Contra essa decisão insurgiu-se a defesa.

Em sessão de julgamento realizada aos 15 de setembro de 2011, a Terceira Câmara Criminal deu parcial provimento ao recurso em sentido estrito para afastar da pronúncia a qualificadora relativa ao motivo torpe (fls. 45-62).

Ainda inconformada, a defesa impetrou *habeas corpus* no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. No entanto, aos 14 de junho de 2012, a ordem foi denegada e o acórdão portou a seguinte ementa (fls. 63-68):

*Habeas corpus. Código Penal. Art. 121, § 2º, IV. Homicídio qualificado. Discussão da prova. Nulidade de interceptações ambientais. A intenção do impetrante é revolver a prova até aqui produzida nos autos, o que é despiciendo na via estreita do habeas corpus. Ademais, ao julgar o RSE interposto pela defesa esta Câmara analisou a prova e confirmou a sentença de pronúncia. Ordem denegada. Unânime.*

No Superior Tribunal de Justiça, sustenta a defesa a nulidade absoluta da escuta ambiental realizada nas dependências da cela em que se encontravam custodiados os pacientes. Esclarece que um gravador foi colocado pela autoridade policial na caixa de descarga do vaso sanitário localizado no acesso das celas em que estavam presos preventivamente os acusados. Pondera que “os pacientes foram colocados, em duas ocasiões, em celas próximas, para que, propositadamente, conversassem acerca dos fatos, sendo que, enquanto isso, a interceptação ambiental estava ativada” (fl. 4).

Assinala tratar-se “de uma das maiores violações aos direitos fundamentais dos acusados já realizada no Estado do Rio Grande do Sul, já que o que efetivamente ocorreu foi uma grave violação à intimidade e a privacidade dos pacientes, bem como ao direito ao silêncio, já que esses foram colocados, de forma estratégica, como definiu o inspetor de polícia, em celas próximas para que confessassem, entre eles, a prática da infração penal, o que demonstra, de forma cristalina, o desespero da autoridade policial em buscar provas da autoria da infração penal”. Além disso, entende ser possível afirmar “que as escutas foram plantadas na residência dos acusados, já que o domicílio civil do preso é o local em que estiver cumprindo pena” (fl. 5).

Sublinha, outrossim, que a representação para a interceptação ambiental, bem assim a decisão concessiva da medida “jamais autorizaram que a escuta fosse realizada na forma supracitada” (fl. 6).

Registra, diante disso, que o método adotado pela autoridade policial, ainda que autorizado judicialmente, “foi de encontro aos direitos e garantias

constitucionais dos acusados, de modo que, infelizmente, voltou-se a buscar a prova da autoria a qualquer custo, como ocorria antigamente, tratando-se os acusados como objeto, esquecendo-se do art. 5º da Constituição Federal” (fl. 6).

Diante dessas considerações, pede o reconhecimento da nulidade absoluta da interceptação ambiental realizada pela autoridade policial, determinando-se o desentranhamento da prova dos autos do processo, bem assim declarando-se a nulidade da decisão de pronúncia.

Não houve pedido liminar.

Prestadas as informações (fls. 94-103), foram os autos com vista ao Ministério Público Federal, que opinou pela denegação da ordem (fls. 107-111).

Eis a ementa do parecer:

Direito Penal e Processual Penal provas. Interceptação ambiental em recinto carcerário. Arguição de nulidade.

- *Habeas corpus* substitutivo. Cabimento de recurso ordinário. Decisão do STF pelo não conhecimento do *writ*: HC n. 109.956 e HC n. 104.045, aplicação por analogia.

- Mérito do *habeas corpus* não enfrentado na origem. Supressão de instância.

- Homicídio qualificado. Pronúncia. Arguição de nulidade de interceptações ambientais realizadas na cela em que estavam recolhidos os pacientes. Suposta contaminação do pronunciamento. Inocorrência. Prova não considerada na decisão.

- Parecer pelo não conhecimento do *writ*, ou se conhecido, pela denegação da ordem.

As últimas informações, extraídas do endereço eletrônico do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, notificaram que fora deferida a liberdade provisória aos acusados, bem assim designada sessão de julgamento para 28 de maio de 2014.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze (Relator): Consolidou-se, por meio de reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a tendência de se atenuar as hipóteses de cabimento do *mandamus*,

destacando-se que o *habeas corpus* é remédio constitucional voltado ao combate de constrangimento ilegal específico de ato ou decisão que afete, potencial ou efetivamente, direito líquido e certo do cidadão, com reflexo direto em sua liberdade. Assim, não se presta à correção de decisão sujeita a recurso próprio, previsto no sistema processual penal, não sendo, pois, substituto de recursos ordinários, especial ou extraordinário. A mudança jurisprudencial firmou-se a partir dos seguintes julgamentos: *Habeas Corpus* n. 109.956-PR, Relator o Ministro Marco Aurélio; *Habeas Corpus* n. 104.045-RJ, Relatora a Ministra Rosa Weber; *Habeas Corpus* n. 114.550-AC, Relator o Ministro Luiz Fux; e *Habeas Corpus* n. 114.924-RJ, Relator o Ministro Dias Toffoli.

Penso que boa razão têm os Ministros do Supremo Tribunal Federal quando restringem o cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. É que as vias recursais ordinárias passaram a ser atravessadas por incontáveis possibilidades de dedução de insurgências pela impetração do *writ*, cujas origens me parece terem sido esquecidas, sobrecarregando os tribunais, desvirtuando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal. Calhou bem a mudança da orientação jurisprudencial, tanto que eu, de igual modo, dela passo a me valer com o objetivo de viabilizar o exercício pleno, pelo Superior Tribunal de Justiça, da nobre função de uniformizar a interpretação da legislação federal brasileira.

No entanto, apesar de não se ter utilizado, na espécie, do recurso previsto na legislação ordinária para a impugnação da decisão, em homenagem à garantia constitucional constante do art. 5º, inciso LXVIII, passo a analisar as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente – a ser sanado mediante a concessão de *habeas corpus* de ofício –, evitando-se, desse modo, prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

Como vimos do relatório, busca a defesa seja declarada a nulidade do processo penal instaurado em desfavor dos pacientes, pois baseado em provas ilícitas.

Provém o constrangimento ilegal, segundo o impetrante, do acórdão em *habeas corpus* da Terceira Câmara Criminal, lavrado nestes termos (fls. 63-68):

Como pode ser percebido da leitura dos documentos transcritos alhures, a ordem deve ser denegada.

Primeiro em razão do pedido de suspender a sessão de julgamento pelo Tribunal do Júri estar prejudicado uma vez que já realizada em 9 de maio de 2012.

Segundo porque tenta o impetrante debater a prova produzida nos autos, o que, na via estreita do habeas corpus, de cognição sumária, é descabido.

Como dito no parecer do Procurador de Justiça, a questão da interceptação ambiental não embasou a decisão de pronúncia. Ademais, com o julgamento do Recurso em Sentido Estrito n. 70043457431, em 15 de setembro de 2011, esta Câmara - a despeito de ter afastado a qualificadora - manteve e referendou a decisão de pronúncia, nos termos em que foi arazoada.

Some-se a isso o fato de que a alegada nulidade das interceptações ambientais não terem sido alvo de irresignação da defesa em momento oportuno, sendo vitimada pelos efeitos da preclusão.

Entendo que a comunicação – e estamos examinando a comunicação entre pessoas presas – merece respeito, devendo ser resguardado o direito fundamental à intimidade. No entanto, sabemos todos que, na ordem constitucional pátria, não existem garantias ou direitos absolutos, que possam ser exercidos a qualquer tempo e sob quaisquer circunstâncias. No plano da realidade concreta, às vezes nos deparamos com situações de incompatibilidade entre dois ou mais direitos fundamentais, por exemplo, entre os direitos de intimidade e privacidade e o de segurança. Imperioso, nesses casos, a efetiva compreensão e aplicação do postulado da proporcionalidade ou razoabilidade.

Penso ser inviável proteger ilimitadamente a liberdade individual em prejuízo dos interesses da sociedade. Ora, a liberdade individual não é o único bem amparado pelos direitos fundamentais, porquanto algumas medidas adotadas em favor da ordem pública, ainda que restritivas de garantias individuais, podem reforçar a defesa dos direitos fundamentais, desde que suficientemente demonstrada a sua necessidade a preservação da democracia.

No caso de que estamos cuidando – em que, ao que tudo indica, os crimes foram praticados por organização criminosa especializada no tráfico de drogas, contando com a participação e auxílio de agentes penitenciários, motivados os réus pela disputa por pontos de venda de entorpecentes –, entendo que a autoridade policial e o Poder Judiciário, embora necessariamente jungidos pelo Direito, devem ter sua atuação menos obstada, pois, para uma eficaz persecução penal, é necessário flexibilizar algumas garantias individuais, sem, contudo, eliminá-las, sob pena de ter-se o crescimento incontrolável da impunidade, com a corrosão do Estado e da sociedade. Por isso, nessas situações, necessária exegese que combine os direitos do acusado aos princípios, também constitucionais e fundamentais, da integridade estatal (art. 1º da Constituição Federal), da promoção do bem de todos (art. 3º, inciso IV, da Constituição Federal) e da segurança pública (art. 6º da Constituição Federal).

Nesse contexto, antecipo a improcedência da alegação de nulidade, pois, na minha compreensão, o caso em desfile merecia tratamento excepcional. Reparem que se investigava, a partir de fundados indícios, a ação de organização estruturada voltada ao tráfico de drogas, com ramificações dentro do Estado, sob a proteção de agentes penitenciários – que facilitavam a entrada e o uso de aparelhos de telefonia móvel dentro dos presídios, além de acobertarem delitos praticados no interior das galerias –, motivados os homicídios pela disputa por pontos de venda de drogas.

A propósito, observem a decisão do Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Cruz Alta nestas passagens (fls. 51-52):

*Compulsando os elementos constantes no feito, verifico que se fazem presentes fortes indícios da existência de organização criminosa que realiza a prática de tráfico de substâncias entorpecentes e homicídios, com o intuito de eliminar rivais e assumir o controle do tráfico nesta cidade. Ainda, como bem salientou o Sr. Delegado de Polícia, existem indícios de participação de agentes penitenciários no delito. Como é cediço, em crimes deste jaez, a obtenção de informações por intermédio de testemunhas que aceitem se identificar revela-se difícil, mormente diante do elevado número de homicídios ocorridos em razão de disputa por pontos de tráfico. Outrossim, merece credibilidade o relatório de serviço datado de 02 de dezembro de 2009, segundo o qual a droga (crack) seria fornecida por Sidinei e distribuída por Daniel nos pontos de venda. Assim, diante do permissivo contido nas Leis n. 9.034/1995 e n. 11.343/2006, tenho que se faz necessária a concessão das medidas, com o objetivo de possibilitar a coleta de provas necessárias para a elucidação dos diversos delitos de homicídio ocorridos nesta cidade [...], bem como para que sejam identificados os membros da organização criminosa e seu *modus operandi*.*

De mais a mais, o local escolhido pela autoridade policial para posicionar o gravador – atrás de vaso sanitário situado no acesso às celas do presídio –, não comprometeu ou violou direitos individuais dos pacientes. É preciso notar que o mencionado vaso sanitário estava assentado no exterior das celas, sendo as conversas desenvolvidas espontaneamente e em voz alta entre os acusados, que se encontravam em celas distintas e não estavam sozinhos no local, razão pela qual não há que se cogitar de violação ou invasão de privacidade. Em suma, convencime de que, nos termos assinalados no acórdão estadual, o procedimento adotado pela autoridade policial não ocasionara ofensa à intimidade dos réus, pois ainda que a disposição do referido gravador fosse diferente, a conversa teria ocorrido, produzindo-se a prova questionada.

Ora, a solução jurídica de invalidar um ato processual – esclarece a doutrina –, exige, como primeira baliza, a comprovação de dano manifesto às garantias

constitucionais. É dizer, apenas a atipicidade relevante, capaz de produzir dano evidente ao direito da parte, autoriza o reconhecimento da invalidade.

Isso aqui não ocorreu.

Além disso, atentemos para o fato de que, no caso em desfile, os elementos coletados durante a interceptação ambiental foram validados e, em conjunto com os demais dados colhidos do processo, notadamente os depoimentos das testemunhas e as escutas telefônicas, considerados suficientes a lastrear a decisão de pronúncia. Tal a situação, parece-me inócuo o pronunciamento da nulidade da interceptação ambiental, pois, ainda que subtraída esta, permaneceriam válidos os demais elementos de prova coletados no curso da instrução e idêntico seria o resultado. No ponto, reproduzo as seguintes passagens da sentença (fls. 17-22):

A materialidade do crime encontra-se cabalmente comprovada pelo registro de ocorrência das fls. 17-119; auto de apreensão da fl. 20 e auto de necropsia das fl. 403-408.

No tocante à autoria do crime, há Indícios idôneos, embora os réus neguem a prática do delito. Tais indícios são, de certa forma, confirmados pela prova judicializada. Senão vejamos:

A testemunha *Edmilson Antônio Oliveira Peres*, ouvida às fls. 514-519, ratificou o depoimento prestado extrajudicialmente, às fls. 39-50, relatando que, no dia do crime, Daniel e Patrick foram até, a sua casa e contaram o seguinte: “Nós derrubamos o veio, e tu viu, nós não fizemos na tua frente pra não acertar em você, não respingar em você” foi as palavras do Patrick até para mim, que era para mim ficar quieto por que sabia que eu era amigo do Olavo. Ainda, na mesma ocasião, confirmaram que o corréu Rogério, de apelido “Dida”, era quem pilotava a motocicleta.

*Telmo Evandro Ferreira*, testemunha ouvida às fls. 554-556, referiu que ficou sabendo através de Luis Cleomar que “ele matou vários aqui, inclusive esse Pimentel”, referindo-se a Daniel. Ainda, informou que soube no presídio que os réus possuem “sociedade no crime”.

Saliente-se que, neste momento do processo, nos crimes de competência do Tribunal do Júri, vige o princípio do *in dubio pro societate*. Isto é, na dúvida, prepondera o interesse da sociedade em manifestar-se, através de seus representantes, integrantes do conselho de sentença, após a amplitude dos debates, em plenário, acerca da existência ou não da conduta dolosa.

Incabível, portanto, nesta fase processual, a impronúncia dos réus, porquanto para o reconhecimento, em favor dos acusados, da inexistência de provas é necessário que não restem sequer dúvidas acerca da autoria, o que não é o caso dos autos. Isso porque, os elementos produzidos extrajudicialmente e a prova

testemunhal coligida durante a instrução processual vão de encontro à versão dos réus, quando ouvidos em juízo.

Veja-se que a testemunha Edmilson relatou, em juízo, com riqueza de detalhes, a suposta participação dos réus na prática do delito, donde se retira os indícios suficientes de autoria necessários para embasar a pronúncia dos réus.

Por fim, analisando-se o modo da execução do crime, sobretudo diante do auto de necropsia, dando conta das regiões do corpo da vítima que foram atingidas pelos inúmeros projéteis de arma de fogo (fls. 403-406) e, considerando que não há prova escoreita nos autos da existência de circunstância capaz de ter levado os agentes a cometerem o crime, entendo por bem em manter as qualificadoras descritas na denúncia.

No mesmo sentido:

*Habeas corpus*. Crime contra os costumes. Atentado violento ao pudor. Violência presumida. Condenação. Provas. Nulidades. Ausência de violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Cartas escritas pela vítima durante acompanhamento psicológico. Pedido de exame pericial negado. Irregularidade não caracterizada. Convicção do sentenciante fundada em outras provas harmônicas com o testemunho da vítima. Matérias anteriormente analisadas no AREsp n. 1.424.973-SC. Prejudicialidade. Tese de nulidade do processo por inversão da ordem processual, por ter o representante do Ministério Público oficiado no feito após a defesa. Abertura de vista ao Promotor de Justiça em razão da juntada de novo documento com as alegações finais defensivas. Inexistência de inversão na ordem de manifestação das partes. Observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório. Condenação amparada em outros elementos probatórios. Ausência de demonstração de prejuízo. *Writ* parcialmente prejudicado e, no mais, denegada a ordem de *habeas corpus*.

[...]

3. *Ademais, no caso, não houve prejuízo ao Paciente, pois, conforme ressaltado pelo Tribunal a quo, a referida peça, anexada às alegações finais, não contribuiu de nenhuma maneira para o convencimento do juiz, no sentido de proferir condenação, uma vez que sequer é mencionada na sentença.*

4. *“Nos termos do artigo 563 do Código de Processo Penal, nenhuma nulidade será declarada se não demonstrado o prejuízo dela decorrente, circunstância que impede o reconhecimento do alegado constrangimento ilegal.” (HC n. 184.530-RJ, 5ª Turma, Rel. Ministro Jorge Mussi, DJe 15.2.2013.)*

5. *Writ* parcialmente prejudicado e, no mais, denegada a ordem de *habeas corpus*. (HC n. 217.401-SC, Relatora a Ministra Laurita Vaz, DJe de 2.12.2013.)

Processual Penal. *Habeas corpus*. Furto qualificado. Condenação. Apelação criminal julgada. *Writ* substitutivo de recurso especial. Inviabilidade. Via

inadequada. Testemunha arrolada pela acusação. Desistência. Pleito defensivo persistindo na oitiva. Não indicação de endereço para a sua localização. Prescindibilidade de sua feitura. Condenação embasada em outros elementos dos autos. Nulidade. Inocorrência. Flagrante ilegalidade. Inexistência. *Habeas corpus* não conhecido.

[...]

3. O magistrado prolator da sentença não pautou sua decisão nos elementos exclusivamente colhidos na investigação policial, mas pontuou que esses encontram-se em consonância com outros meios de prova produzidos na instrução criminal.

[...]

5. Ademais, a defesa não logrou êxito na comprovação do prejuízo, tendo apenas suscitado genericamente a necessidade da oitiva em juízo da almejada testemunha.

6. *Habeas corpus* não conhecido. (HC n. 165.596-SP, Relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 26.8.2013.)

Ante o exposto, não conheço do presente *habeas corpus*.

É como voto.

---

### RECURSO ESPECIAL N. 1.299.987-RJ (2012/0005096-8)

---

Relator: Ministro Jorge Mussi

Recorrente: S C A J J L

Advogados: Eduardo Machado dos Santos e outro(s)

Soraya Saab e outro(s)

Recorrido: Ministério Público Federal

---

#### EMENTA

Recurso especial. Processo Penal. Sequestro de bem móvel. Aeronave. Violação aos arts. 72 e 106, § 1º, da Lei n. 7.565/1986. Matéria não examinada pelo Tribunal *a quo*. Ausência de prequestionamento. Ofensa ao art. 619 do Código de Processo Penal. Inocorrência.

1. O Tribunal recorrido não se manifestou quanto aos arts. 72 e 106, § 1º, da Lei n. 7.565/1986. Inviável, assim, neste particular, o

conhecimento do apelo especial, pois não cumprido o requisito do prequestionamento do tema. Aplicação do Verbete n. 282 da Súmula do STF.

2. Extraíndo-se dos autos manifestação fundamentada, quando do julgamento dos aclaratórios pela Corte de origem, acerca de todas as matérias suscitadas pela recorrente, não se vislumbra a ocorrência de omissão ou contradição no julgado atacado.

*Medida assecuratória. Necessidade de que o bem integre em algum momento o patrimônio jurídico do indiciado ou acusado da prática do crime. Bem objeto de arrendamento mercantil. Cessão dos direitos de uso sobre a aeronave ao agente por parte da empresa recorrente mediante entrega de retribuição monetária. Ajuste não cumprido. Causa superveniente que impediu ao investigado de honrar a obrigação assumida. Sequestro não admitido.*

1. Como é cediço, no âmbito processual penal, o sequestro é a cautela que recai sobre todos os bens móveis ou imóveis que o indiciado ou acusado adquiriu valendo-se do dinheiro subtraído da vítima, com o escopo de viabilizar a sua futura reparação ou ainda impedir que o agente aufera lucro com o crime (arts. 133, parágrafo único, do CPP e 91, II, **b** do Código Penal).

2. Colhe-se do processado que a empresa recorrente e terceiro negociaram a compra de parte dos direitos de uso de aeronave pertencentes à pessoa jurídica.

3. Embora tenha se verificado o pagamento de sinal, o terceiro, que à época era investigado em virtude da prática, em tese, de crimes contra a ordem tributária, não efetuou o pagamento das demais parcelas da avença, pois restou preso preventivamente no curso do inquérito policial.

4. Em todo contrato, o inadimplemento por um dos celebrantes desobriga a outra parte, acarretando a resolução do pacto sem que tenha alcançado o seu fim.

5. Se não foi cumprido o objeto do contrato, afigura-se indevida a constrição sobre a aeronave, pois sequer o seu direito de uso (e, portanto, a sua posse direta) passou a integrar o patrimônio jurídico do então investigado.

6. Presentes indícios da sua proveniência ilícita, como firmado no aresto do Tribunal recorrido, o valor repassado à recorrente à título de sinal deve, a teor do art. 132 c.c. art. 126, do Código de Processo Penal, ficar bloqueado, à disposição da justiça.

7. Recurso especial conhecido apenas em parte e provido para desconstituir o sequestro sobre a aeronave, e, em decorrência, a caução substitutiva acolhida pela Corte recorrida em sede de apelação, determinando-se à empresa recorrente que deposite em juízo a quantia recebida como sinal, devidamente corrigida desde o desembolso.

### 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, conhecer parcialmente do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, Regina Helena Costa e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentou oralmente: Dr. Renato Maurílio Lopes (p/recte).

Brasília (DF), 8 de abril de 2014 (data do julgamento).

Ministro Jorge Mussi, Relator

---

DJe 15.4.2014

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Mussi: Trata-se de recurso especial, interposto com fulcro no art. 105, III, a, da Constituição Federal, contra aresto do Tribunal Regional Federal da 2ª Região assim ementado:

Direito Penal e Processo Penal. Sequestro de bem móvel. Legalidade da constrição. Caução. Nomeação como fiel depositário.

I - Se há indícios veementes de que a aeronave sequestrada, objeto de contrato de arrendamento mercantil com sociedade estrangeira, teve parte dos seus direitos possessórios negociados com réu que responde à ação penal, não há que falar em revogação do sequestro (art. 126 do Código de Processo Penal).

II - Se o bem imóvel ofertado em garantia é suficiente para garantir eventual ressarcimento ao Erário, decorrente dos prejuízos causados pelo ilícitos em tese perpetrados (art. 91, II, **b** do Código Penal), há de ser levantada a cautela, acolhendo-se a caução oferecida, nomeando-se a embargante como depositária do citado bem móvel, tudo na forma do art. 131, II do Código de Processo Penal).

III - Recurso parcialmente provido. (fls. 526)

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 604 a 619).

Na origem, verifica-se que a recorrente opôs embargos de terceiros em face de *decisum* que, atendendo a pedido do Ministério Público Federal, determinou o sequestro da aeronave CESSNA, modelo 525, de que alega ser possuidora.

Na ocasião, sustentou que era arrendatária da referida aeronave e que os seus sócios não figuram no pólo passivo da Ação Penal n. 2008.51.03.000676-1, à qual foi apensada a Medida Cautelar Penal em que foi decretado o sequestro.

Alegou, ainda, que as tratativas referentes à venda de 50% dos direitos de uso sobre o avião a *Ricardo Luiz Paranhos Pimentel*, réu na citada ação penal pela suposta prática de crimes contra a ordem tributária, não foram adiante.

O apelo foi parcialmente provido, restando acolhida a caução oferecida apenas para levantar o sequestro, nomeando-se a recorrente como sua depositária.

Sustenta a empresa recorrente, nas razões do recurso especial, ofensa ao art. 619 do Código de Processo Penal, registrando, inicialmente, que a conclusão adotada no aresto recorrido contradiz o conteúdo das notas taquigráficas.

Afirma, ademais, que o Tribunal *a quo* restou omissivo quanto ao exame de matérias oportunamente suscitadas e relevantes para o deslinde da controvérsia, quais sejam, a ausência de comprovação de que foi concluído o contrato de compra e venda entre a empresa e o denunciado na ação penal e a consideração de julgado proferido em sede de *habeas corpus* impetrado em favor de *Ricardo Luiz*.

Consigna, de outra parte, negativa de vigência aos arts. 72 e 106, § 1º, da Lei n. 7.565/1986, que estabelecem que a transferência de aeronave somente pode ocorrer com o registro aeronáutico, e malferimento aos arts. 125 e 132 do Código de Processo Penal, que impõem que os bens objeto da medida tenham sido adquiridos pelo acusado, o que não teria ocorrido.

Finalmente, indica violação aos arts. 126 e 239 do Código de Processo Penal e 91, II do Código Penal, argumentando que é requisito básico do sequestro a presença de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens,

inexistentes nestes autos, bem assim que, na condição de terceiro de boa-fé, não pode sofrer os efeitos de eventual condenação de pessoa com a qual não tem qualquer relação.

Refere, também, afrontado o art. 131 do Código de Processo Penal, ao fundamento de que a caução oferecida e aceita é suficiente para ensejar a liberação total da aeronave independentemente da nomeação de depositário, não se podendo exigir garantia dupla, sob pena de afronta ao princípio da razoabilidade.

Contrarrazões apresentadas (fls. 705 a 716). Admitido o inconformismo (fls. 718 e 719), ascenderam os autos ao STJ.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 734 e 735, pela devolução dos autos ao Tribunal de origem para que profira nova decisão de admissibilidade.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Jorge Mussi (Relator): De início, cumpre indicar que o Tribunal *a quo* não se manifestou quanto à aventada violação aos arts. 72 e 106, § 1º, da Lei n. 7.565/1986, de sorte que, neste particular, é inviável o conhecimento do apelo, pois ausente o necessário prequestionamento da matéria. Incide, no ponto, a Súmula n. 282 do STF.

De outra parte, no que tange à apontada contradição entre a conclusão adotada no acórdão recorrido e o conteúdo das notas taquigráficas, constata-se que nenhum dos Desembargadores Federais presentes à sessão de julgamento afirma a inexistência de negociação envolvendo a aeronave, havendo ressalvas, somente, no tocante à necessidade de melhor elucidação dos fatos no decorrer do processo.

Não se vislumbra, pois, a aventada contradição, porquanto a conclusão do voto condutor no sentido da efetivação do negócio jurídico não foi infirmada pelos demais julgadores (fls. 548 a 558).

Outrossim, em relação às demais omissões aludidas, observa-se que o Tribunal Regional Federal recorrido manifestou-se, fundamentadamente, quando do julgamento dos aclaratórios, acerca de todas as matérias suscitadas pela recorrente.

Não assiste razão, portanto, quanto à apontada violação ao art. 619 do Código de Processo Penal na hipótese.

Melhor sorte, todavia, socorre à recorrente no que tange à regularidade da medida assecuratória decretada no caso dos autos.

Como é cediço, no processo penal, o sequestro é a cautela consistente na retenção de bens móveis ou imóveis do indiciado ou acusado, quando adquiridos com o proveito da infração penal, a fim de garantir a futura indenização da vítima ou ainda impedir ao agente que aufera lucro com a atividade criminosa.

Vale dizer, a referida providência cautelar, no âmbito processual penal, recai sobre tudo o que o agente adquiriu valendo-se do dinheiro subtraído da vítima, com a finalidade tanto de viabilizar a sua reparação quanto impossibilitar o lucro que decorre da prática do delito (arts. 133, parágrafo único, do CPP e 91, II, **b** do CP).

Afigura-se, portanto, como requisito fundamental para o sequestro, que o bem objeto da referida medida tenha integrado o patrimônio jurídico do agente em algum momento e que a sua aquisição, ao menos indiciariamente, como exige o art. 126 do Código de Processo Penal, tenha decorrido da utilização dos rendimentos do crime supostamente praticado.

Na espécie, restou incontroverso, conforme se extrai do acórdão *a quo*, que a empresa recorrente e *Ricardo Luiz*, à época do sequestro investigado pela prática, em tese, de crimes contra a ordem tributária, negociaram a compra de parte dos direitos de uso da aeronave referida, até então pertencentes apenas à empresa, em razão de contrato de arrendamento mercantil firmado junto à fabricante.

Refere o aresto recorrido, ademais, que foram ultimados os atos para a materialização da transação, tendo havido, inclusive, o pagamento de sinal, no valor de U\$ 100.000, por parte de *Ricardo Luiz*, como revelaram conversas telefônicas interceptadas com autorização judicial (fls. 509).

Não há dúvidas, portanto, que foi entabulado um negócio jurídico entre as partes.

Ocorre, no entanto, ainda de acordo com os fatos narrados no acórdão atacado, que com a prisão preventiva de *Ricardo Luiz*, ruiu o esquema criminoso que supostamente liderava, razão pela qual não foram honradas as demais parcelas atinentes à avençada cessão dos direitos possessórios sobre a aeronave (fls. 512).

Ora, como se sabe, em todo contrato que envolva direitos e obrigações recíprocas, a inexecução por um dos celebrantes, seja pela sua recusa, seja por

fato alheio à sua vontade, desobriga a outra parte, produzindo a resolução do pacto sem que tenha alcançado o seu fim.

Nesse sentido, adverte Carlos Roberto Gonçalves, na obra *Direito Civil Brasileiro, vol. 3: contratos e atos unilaterais* (9ª ed. - Saraiva, 2012; p. 185), *verbis*:

A obrigação visa à realização de um determinado fim. Nem sempre, no entanto, os contraentes conseguem cumprir a prestação avençada, em razão de situações supervenientes, quem impedem ou prejudicam a sua execução. A extinção do contrato mediante resolução tem como causa a inexecução ou incumprimento por um dos contratantes. [...] O inadimplemento pode ser voluntário (culposo), ou não (involuntário).

Verifica-se, dessarte, que o objetivo buscado pelas partes (a cessão de 50% dos direitos de uso da aeronave) não foi atingido diante da ocorrência de causa superveniente à formação do ajuste que impediu que um dos contraentes cumprisse integralmente a obrigação assumida, qual seja, a sua prisão.

Nessa lógica, por não ter sido cumprido o objeto do contrato, afigura-se indevida a cautela sobre a aeronave, porquanto sequer o seu direito de uso (e, logo, a sua posse direta) chegou a ingressar no patrimônio jurídico do então investigado.

Em outras palavras, considera-se inviável a determinação de sequestro de bem cuja pretendida aquisição, com os proventos do delito, não se concretizou.

Destaque-se, porém, que presentes indícios da sua proveniência ilícita, como firmado no aresto do Tribunal recorrido, o valor repassado por *Ricardo Luiz* à empresa recorrente à título de sinal deve, a teor do art. 132 c.c. art. 126, do Código de Processo Penal, ser bloqueado, inclusive para evitar o seu enriquecimento ilícito, ficando à disposição da justiça.

Neste particular, cumpre consignar que a tese da recorrente segundo a qual o montante recebido como início de pagamento foi convertido em horas de voo, haja vista o fracasso da negociação, exige o reexame de matéria fática, incabível na via especial, não havendo qualquer afirmação nesse sentido no acórdão recorrido.

Por fim, registre-se que, diante da solução adotada, resta prejudicado o exame da suposta violação aos arts. 126, 131 e 239 do Código de Processo Penal e 91, II do Código Penal.

Ante o exposto, conheço parcialmente do recurso especial e, no ponto, dou-lhe provimento, a fim de desconstituir o sequestro sobre a aeronave, bem assim

a caução substitutiva acolhida pela Corte de origem na apelação, determinando-se à recorrente que deposite em juízo o montante recebido à título de sinal, devidamente corrigido desde o desembolso.

É o voto.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.323.275-GO (2012/0046657-8)**

---

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Recorrente: Ministério Público do Estado de Goiás

Recorrido: Givane Ferreira de Melo

Advogado: Ana Maria Ribeiro Neta - Defensora Pública

---

**EMENTA**

Recurso especial. Roubo circunstanciado pelo uso de arma de fogo. Delito complexo. Objetos jurídicos. Figura denominada “roubo de uso”. Conduta tipificada no art. 157 do Código Penal brasileiro. Recurso especial provido.

1. O crime de roubo é um delito complexo que possui como objeto jurídico tanto o patrimônio como também a integridade física e a liberdade do indivíduo. O art. 157 do Código Penal exige para a caracterização do crime, que exista a subtração de coisa móvel alheia, *para si* ou *para outrem*, mediante grave ameaça ou violência a pessoa ou reduzindo à impossibilidade de resistência.

2. O ânimo de apossamento – elementar do crime de roubo – não implica, necessariamente, o aspecto de definitividade. Ora, apossar-se de algo é ato de tomar posse, dominar ou assenhorar-se do bem subtraído, que pode trazer o intento de ter o bem para si, entregar para outrem ou apenas utilizá-lo por determinado período, como no caso em tela.

3. O agente que, mediante grave ameaça ou violência, subtrai coisa alheia para usá-la, sem intenção de tê-la como própria, incide no tipo previsto no art. 157 do Código Penal.

4. Recurso provido para, afastando a atipicidade da conduta, cassar o acórdão recorrido e a sentença de primeiro grau, e determinar que nova decisão seja proferida em primeira instância.

### 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, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 24 de abril de 2014 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

---

DJe 8.5.2014

### RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de recurso especial interposto pelo *Ministério Público do Estado de Goiás*, fundamentado na alínea **a** do permissivo constitucional, contra decisão do Tribunal de Justiça local.

Extraí-se dos autos que o *Parquet* ofereceu denúncia em desfavor de *Givane Ferreira de Melo*, sob a acusação de ter tentado roubar uma motocicleta. Segunda a exordial acusatória, “o acusado tentou subtrair para si, mediante emprego de arma, a motocicleta YAMAHA/YBR 125 e, cor preta, ano/modelo 2002, placas KEU 8077 DE Goiânia - GO, chassi 9C6KE010020060806 da vítima *Davi Augustus dos Santos*, não ultimando o crime por circunstâncias alheias à sua vontade. Consta da peça informativa que a vítima fora abordada pelo acusado que, de posse de um revólver, deu voz de assalto, subtraindo a motocicleta, em seguida fugindo, tendo a vítima acionado a polícia que saiu em perseguição do mesmo. O acusado abandonou a motocicleta em um matagal no setor Jardim Vitória, evadindo-se do local” (fl. 04).

Após a instrução, o Juízo de Direito da 8ª Vara Criminal da Comarca de Goiânia julgou improcedente a pretensão punitiva estatal, absolvendo o Réu, com fulcro no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, ao argumento

de que deixou de existir “um dos elementos demandados pela figura típica do art. 157 do Código Penal, em quaisquer de suas formas, qual seja, o intuito de posse definitiva do bem pelo acusado ou por terceiro” (fls. 218-219).

Inconformado, o *Parquet* interpôs apelação, aduzindo que “O crime de roubo se consumou com a subtração do bem mediante violência ou grave ameaça, sendo que como os fatos encontram-se descritos na denúncia, nada impede o seu reconhecimento, nos termos do artigo 383, do Código de Processo Penal.”

O *decisum* absolutório foi mantido no âmbito da apelação ministerial, nos termos da seguinte ementa:

Apelação criminal. Roubo circunstanciado consumado. Ausência do dolo específico. *Animus rem sibi habendi*. Absolvição mantida.

Descabida a condenação do acusado pelo delito de roubo se não ficou comprovado nos autos o elemento subjetivo específico do tipo, consistente na intenção do agente de subtrair a coisa para si ou para outrem - *animus rem sibi habendi*. *Apelo conhecido e desprovido* (fl. 289).

Inconformado, o *Parquet* interpôs o presente recurso especial, alegando negativa de vigência ao art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal. Afirma que “o acórdão recorrido reconheceu a prática da subtração de coisa alheia móvel, mediante grave ameaça, mas deu-lhe errônea interpretação, tendo resultado no reconhecimento do denominado ‘roubo de uso’” (fl. 305).

Sustenta que a conduta do Recorrido se amolda à hipótese do tipo de roubo circunstanciado, tendo em vista que “o acusado empregou arma de fogo para constranger a vítima”, “teve a posse da coisa subtraída” e “a coisa não foi devolvida à vítima no mesmo local da subtração”.

Acentua que, caso se aceitasse a tese defendida pelo acórdão atacado “em analogia à construção jurisprudencial relativa ao furto de uso, sabe-se muito bem que, para afastar o elemento subjetivo especial do tipo é imprescindível: 1) que a coisa subtraída seja devolvida no mesmo local e, em curto espaço de tempo; 2) a restituição da coisa sem qualquer dano ou avaria; 3) que a vítima não perceba a subtração da coisa” (fls. 307-308).

Requer, assim, que o recurso seja provido para que o Recorrido seja condenado pela prática de roubo.

O Tribunal *a quo* não admitiu o recurso, por encontrar óbice no Enunciado n. 7 da Súmula deste Tribunal.

Foi interposto agravo em recurso especial, que restou convertido em recurso especial às fls. 365-366.

O Ministério Público Federal, em manifestação às fls. 376-379, opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

### VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): Cinge-se a controvérsia a saber se o ordenamento jurídico pátrio reconhece a atipicidade do denominado “roubo de uso”, isto é, quando o agente, mediante grave ameaça ou violência, subtrai coisa alheia para *usá-la*, sem intenção de tê-la como própria.

Na hipótese, conforme a exordial acusatória:

“[...] a vítima fora abordada pelo acusado que, de posse de um revólver, deu voz de assalto, subtraindo a motocicleta, em seguida fugindo, tendo a vítima acionado a polícia que saiu em perseguição do mesmo. O acusado abandonou a motocicleta em um matagal no setor Jardim Vitória, evadindo-se do local.” (fl. 04)

O Juízo de Direito da 8ª Vara Criminal da Comarca de Goiânia concluiu por absolver o Réu da imputação ministerial, com os seguintes argumentos:

Pois bem, compulsando os autos, verifica-se que a subtração de bem móvel mediante grave ameaça esta demonstrada pelo Termo de Exibição e Apreensão de fls. 14, bem como por todos os depoimentos colhidos no feito, tanto na fase judicial, como na fase administrativa.

Porém, as provas dos autos demonstram a ausência do elemento subjetivo diverso do dolo necessário para configuração do crime de roubo, ou seja, “para si ou para outrem”.

O acusado, em suas declarações, tanto perante a autoridade policial quanto neste Juízo, sempre sustentou que tomou o veículo da vítima para efetuar fuga, já que estaria sendo perseguido por terceiros, em razão de uma briga de rua. (fls. 215-216)

No âmbito da apelação criminal, a decisão absolutória foi mantida pelo Tribunal de Justiça local, como se vê do fragmento a seguir:

Desse modo, descabida a condenação do apelado pelo delito de roubo circunstanciado consumado se não ficou comprovado nos autos o dolo específico,

consistente na intenção do agente de subtrair a coisa para si ou para outrem, de maneira que a manutenção do édito absolutório é medida que se impõe. (fl. 288)

Cabe esclarecer que o crime de roubo é um delito complexo que possui como objeto jurídico tanto o patrimônio como também a integridade física e a liberdade do indivíduo.

O art. 157 do Código Penal exige para a caracterização do crime, que exista a subtração de coisa móvel alheia, *para si* ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência.

A questão é controversa na doutrina e na jurisprudência, sendo que o entendimento aparentemente majoritário afasta a atipicidade da figura do roubo de uso. Entende-se que o “roubo de uso” não pode ser aceito já que a grave ameaça ou violência empregada para a realização do ato criminoso não se compatibilizam com a intenção de restituição, como bem explica Guilherme de Souza Nucci:

O agente, para roubar - diferentemente do que ocorre com o furto -, é levado a usar violência ou grave ameaça contra a pessoa, de forma que a vítima tem imediata ciência da conduta e de que seu bem foi levado embora. Logo, ainda que possa não existir, por parte do agente, a intenção de ficar com a coisa definitivamente (ex; quer um carro somente para praticar um assalto, pretendendo devolvê-lo, por exemplo), consumou-se a infração penal. (*in* Manual de direito penal: parte geral; parte especial - 4ª ed., RT, p. 700)

Por outro lado, há quem entenda que o elemento subjetivo do tipo requer o ânimo de apossamento *definitivo*, decorrente da elementar “*para si ou para outrem*”. Ouso discordar.

Com a devida vênia dos entendimentos contrários, creio que o ânimo de apossamento – elementar do crime de roubo – não implica, necessariamente, o aspecto de definitividade. Ora, apossar-se de algo é ato de tomar posse, dominar ou assenhorar-se do bem subtraído, que pode trazer o intento de ter o bem para si, entregar para outrem ou apenas utilizá-lo por determinado período, como no caso em tela.

Compreende-se, portanto, que o ânimo de apossamento deve abarcar as diversas situações fáticas possíveis.

Caso contrário, como bem explica Hugo Nigro Mazzilli, todos os acusados do delito de roubo, após a prisão, poderiam afirmar que não pretendiam ter

a posse definitiva dos bens subtraídos para tornar a conduta atípica. Nesse contexto, percebe-se o agente que utiliza da *res furtiva* por determinado período se insere na conduta tipificada no art. 157 do Código penal, como se observa dos seguintes ensinamentos:

É o roubo de uso tão típico, tão antijurídico, tão culpável como qualquer outro roubo. Não importa a intenção de o agente subtrair para ficar ou subtrair para usar; em ambas há a criminosa subtração para si. O uso da coisa é um dos poderes inerentes à propriedade, da qual o agente se investe, cerceando indevidamente o direito patrimonial da vítima. a se admitir, para argumentar, que o roubo de uso não seria crime - a consumação de qualquer roubo deixaria de ocorrer no momento da subtração (v. n. 12/14) para se protair estranhamente até o momento em que pudesse provar que a intenção do agente era de ficar definitivamente com a coisa. Na prática, quantos roubos não se consumariam; horas, dias, meses ou anos depois, poderia vir o assaltante a dizer que ia devolver a coisa, que somente a queira usar. A efetiva apropriação do bem pelo agente, o efetivo uso do mesmo, no caso do roubo, sequer são relevantes: mesmo que o crime pudesse não estar exaurido, estaria consumado como se viu nos incisos 12/14.

[...]

É muito comum, nos grandes centros, o roubo de automóvel para ser usado em outros assaltos e depois abandonado. Todos esses delitos seriam impuníveis em tese, a se admitir a figura do roubo de uso (que, diga-se, não tem vingado no foro paulista).

Ademais, no caso específico da subtração de veículos, há sempre o consumo do óleo e gasolina; há o desgaste das peças; há o abandono do mesmo em local fora da vigilância da vítima - tudo isso caracterizando um prejuízo patrimonial injusto e definitivo para a vítima.

A maior gravidade da ação do roubo, a maior temibilidade do agente, a maior reprovabilidade do comportamento, os interesses de defesa social - tudo desaconselha deixar de punir o roubo de uso, tudo desaconselha fazer do roubo de uso um crime privilegiado. Roubar para usar é tão criminoso como extorquir para usar, cometer latrocínio para usar a coisa. (in <http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/obsroubo.pdf>)

Conclui-se, portanto, que o direito penal brasileiro reconhece a figura do nominado “roubo de uso” como conduta típica, antijurídica e culpável, sendo agente incurso no art. 157 do Código Penal.

Ressalte-se, ainda, que o Supremo Tribunal Federal e esta Corte, no que se refere à *consumação* do crime de roubo, adotam a teoria da *apprehensio*, também denominada de *amotio*, segundo a qual considera-se consumado o delito no

momento em que o agente obtém a posse da *res furtiva*, ainda que não seja mansa e pacífica e/ou haja perseguição policial, sendo prescindível que o objeto do crime saia da esfera de vigilância da vítima.

Ante o exposto, *dou provimento* ao recurso especial ministerial para, afastando a atipicidade da conduta, cassar o acórdão recorrido e a sentença de primeiro grau, e determinar que nova decisão seja proferida em primeira instância.

É o voto.

---

---

### **RECURSO ESPECIAL N. 1.345.827-AC (2012/0203089-9)**

---

Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze  
Recorrente: Ministério Público do Estado do Acre  
Recorrido: Ericle Araújo de Freitas  
Advogados: Patrích Leite de Carvalho  
Luccas Vianna Santos  
Agravante: Ministério Público do Estado do Acre  
Agravado: Ericle Araújo de Freitas  
Advogados: Patrích Leite de Carvalho  
Luccas Vianna Santos

---

#### **EMENTA**

1. Direito Penal. Agravo em recurso especial. Admissão parcial do recurso. Interposição simultânea de agravo. Não cabimento. Súmulas n. 292-STF e 528-STF. Agravo não conhecido.

2. Direito Penal. Recurso especial. Tráfico de drogas. Divergência jurisprudencial. Violação ao art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006. Não ocorrência. Utilização de transporte público. Dificuldade de fiscalização. Desnecessidade de oferecer a droga. Revisão de entendimento.

3. Imprescindibilidade de maior vulneração do bem jurídico tutelado. Proteção a locais com maior número de pessoas. Necessidade de comercialização. Precedentes do STF.

4. Utilização de táxi. Transporte público individual. Similar a carro privado. Situação que não se insere na incidência da causa de aumento.

5. Recurso especial improvido.

1. Não é cabível a interposição de agravo em recurso especial contra decisão que admite parcialmente o recurso especial, porquanto a controvérsia é encaminhada por inteiro à Corte Superior, que realizará, inevitavelmente, segundo juízo de admissibilidade sobre todos os temas apresentados no apelo especial. Não há, portanto, interesse recursal, incidindo, no caso os Verbetes n. 292 e 528 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

2. Entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a simples utilização de transporte público como meio para concretizar o tráfico de drogas, por si só, já caracteriza a causa de aumento, que não merece prevalecer.

3. As causas de aumento da pena estão relacionadas à maior vulneração do bem jurídico tutelado, devendo, portanto, ser levada em consideração a maior reprovabilidade da conduta, o que apenas se verifica quando o transporte público é utilizado para difundir drogas ilícitas a um número maior de pessoas. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

4. A conduta consistente na utilização de veículo táxi para transporte de droga, sem a comercialização para terceiros, não enseja a incidência de causa de aumento de pena do inciso III do art. 40 da Lei n. 11.434/2006, seja em razão de inexistência de aglomeração de pessoas a facilitar a dispersão da droga, seja porque a fiscalização de tal veículo é equiparada à do veículo particular, tratando-se, em regra, de transporte não simultâneo de pessoas.

5. Agravo não conhecido e recurso especial a que se nega provimento.



## 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, não conhecer do agravo e conhecer do recurso especial, mas lhe negar provimento.

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de março de 2014 (data do julgamento).

Ministro Marco Aurélio Bellizze, Relator

---

DJe 27.3.2014

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze: Trata-se de agravo em recurso especial e de recurso especial interpostos pelo Ministério Público, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Acre.

Consta dos autos que o recorrido foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, c.c. o art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 10 (dez) anos de reclusão, em regime fechado. Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, ao qual se deu parcial provimento para afastar a causa de aumento, nos termos da seguinte ementa (fl. 300):

*Apelação criminal. Tráfico de drogas. Aplicação da pena-base no mínimo legal. Impossibilidade. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Incidência da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo. Vedação. Circunstâncias objetivas da infração penal. Exclusão da causa de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei de Drogas. Possibilidade. Provimento parcial do apelo.*

1. Não há que se falar em fixação da pena-base no mínimo legal quando as circunstâncias judiciais são desfavoráveis ao apenado. 2. A causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, deve ser aplicada com observância das circunstâncias objetivas que ladearam a infração, sobretudo o modo de agir do autor e a quantidade de droga apreendida, não obstante sua inaplicabilidade, desde que devidamente fundamentada. 3. *Evidenciado que o apelante não estava oferecendo droga no interior do transporte público, deve ser excluída de sua condenação a causa de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei Antidrogas.*

No recurso especial, alega o Ministério Público, além de divergência jurisprudencial, violação ao art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/2006, pois, a seu

ver, referida causa de aumento “não se limita àquela hipótese em que o sujeito, efetivamente, oferece a sua mercadoria ilícita às pessoas que estejam dentro do transporte público, mas também àquele que se vale da natural dificuldade de fiscalização policial, em transporte público, para melhor conduzir a droga”.

As contrarrazões foram apresentadas às fls. 332-341 e o Tribunal de origem, às fls. 344-345, admitiu o recurso especial apenas pela alínea **c** do permissivo constitucional, inadmitindo pela alínea **a**, por ausência de prequestionamento. Diante da inadmissão parcial, o Ministério Público interpôs agravo em recurso especial, asseverando estar devidamente prequestionada a matéria.

Por fim, o Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 384-387, pelo conhecimento e provimento do recurso especial, nos seguintes termos:

Recurso especial parcialmente admitido. Interposição de agravo. Falta de interesse recursal. Súmulas n. 292 e 528-STF. Tráfico ilícito de entorpecentes. Pleito de reconhecimento da majorante do art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/2006. Possibilidade. Delito cometido em transporte público. Maior desvalor da conduta. Prescindibilidade do comércio de droga no interior do veículo. Pelo não conhecimento do agravo. Pelo conhecimento e provimento do recurso especial.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze (Relator): Inicialmente, no que concerne ao agravo em recurso especial, importante destacar não ser cabível a interposição do referido recurso contra decisão que admite parcialmente o recurso especial. Com efeito, ainda que o apelo especial não seja admitido em sua integralidade, tem-se que a controvérsia é encaminhada por inteiro à Corte Superior, que realizará, inevitavelmente, segundo juízo de admissibilidade sobre todos os temas apresentados no apelo especial.

Dessa forma, nos termos do que referido no parecer do Ministério Público Federal, não há interesse recursal apto a possibilitar o manejo do mencionado instrumento processual. Ao ensejo, confirmam-se os Verbetes n. 292 e 528 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, que tratam do tema e se aplicam por analogia ao recurso especial:

Interposto o recurso extraordinário por mais de um dos fundamentos indicados no art. 101, III, da constituição, a admissão apenas por um deles não prejudica o seu conhecimento por qualquer dos outros.

Se a decisão contiver partes autônomas, a admissão parcial, pelo presidente do Tribunal *a quo*, de recurso extraordinário que, sobre qualquer delas se manifestar, não limitará a apreciação de todas pelo Supremo Tribunal Federal, independentemente de interposição de agravo de instrumento.

A propósito, veja-se ainda o seguinte precedente desta Corte Superior:

*Agravo regimental no agravo de instrumento. Decisão agravada que admite parcialmente o recurso especial. Falta de interesse recursal. Súmulas n. 292-STF e 528-STF. Descabimento.* 1. A admissão parcial do recurso especial pelo Tribunal de origem não impede o exame pelo STJ de todas as questões nele veiculadas, independentemente da interposição de agravo de instrumento. 2. Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag n. 1.342.835-SC, Relator o Ministro *Benedito Gonçalves*, DJe 20.9.2011).

No que concerne ao recurso especial, verifico que a irresignação cinge-se à análise acerca da incidência da causa de aumento prevista no art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/2006, nos casos em que o entorpecente não é oferecido dentro do transporte público utilizado – no caso um táxi (fl. 205).

O Tribunal de origem considerou não ser possível aplicar a causa de aumento no caso dos autos, sob os seguintes fundamentos (fl. 303):

No tocante ao pleito de exclusão da causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/2006 (em transporte público) merece prosperar, já que embora pela leitura do dispositivo legal bastaria, para a sua incidência, que os entorpecentes fossem levados em transporte público, esta Colenda Câmara vem entendendo no sentido de que, *para a incidência da majorante seria necessário que o réu realizasse o oferecimento da droga às demais pessoas com quem utiliza o referido transporte* (Acórdão n. 12.115, rel. Des. Feliciano Vasconcelos, 20.10.2011), o que não é o caso dos autos, devendo, portanto, ser excluída a causa de aumento de pena.

Sobre o tema, importante destacar, num primeiro momento, que prevalece no Superior Tribunal de Justiça o entendimento no sentido de que a simples utilização de transporte público como meio para concretizar o tráfico de drogas, por si só, já caracteriza referida causa de aumento.

De fato, pondera-se que a incidência da majorante não se limita às hipóteses em que o sujeito, efetivamente, oferece sua mercadoria ilícita às pessoas que estejam sendo transportadas, sopesando-se igualmente a natural dificuldade da fiscalização policial em transporte público para melhor conduzir a substância entorpecente.

Nesse sentido:

*Habeas corpus substitutivo de recurso. Não cabimento. Tráfico de drogas. Causa de aumento de pena. Crime cometido em transporte público. Incidência. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Questão não submetida à apreciação do Tribunal de origem. Apelo exclusivo da acusação. Ilegalidade inexistente.* 1. (...). 2. A aplicação da causa de aumento de pena em razão da prática do crime em transporte coletivo (art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006) não está limitada àquelas hipóteses em que o agente efetivamente venda, exponha à venda ou ofereça droga. É bastante, para tanto, a ocorrência de quaisquer dos verbos contidos no tipo penal dentro de coletivo. 3. (...). (HC n. 241.703-MT, Relator o Ministro *Sebastião Reis Júnior*, DJe 1º.8.2013).

*Agravo regimental no recurso especial. Tráfico de drogas em transporte coletivo. Art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006. Causa de aumento. Incidência.* 1. O Superior Tribunal de Justiça firmou a compreensão de que a mera utilização do transporte público como meio para realizar o tráfico de entorpecentes é suficiente à incidência da causa de aumento pertinente, *que também se destinaria à repressão da conduta de quem se vale da maior dificuldade da fiscalização em tais circunstâncias para melhor conduzir a substância ilícita.* 2. A aplicação do art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006, portanto, não se limita às hipóteses em que o agente oferece o entorpecente às pessoas que estejam se utilizando do transporte público. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp n. 1.333.564-PR, Relator o Ministro *Jorge Mussi*, DJe 23.5.2013).

Contudo, entendo não ser esta a melhor interpretação a ser dada à parte final da norma esculpida no art. 40, inciso III, da Lei de Drogas. De fato, referido artigo dispõe que devem ser aumentadas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) as penas previstas nos arts. 33 a 37 da Lei n. 11.343/2006, se:

a infração tiver sido cometida *nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos;*

Nesse contexto, para a imposição de maior punição àquele que transporta a droga em veículo coletivo e não em veículo particular, mostra-se indispensável aferir qual a efetiva razão da causa de aumento da pena. Considerar que o legislador visou simplesmente coibir o traslado de substância entorpecente em transporte público, sem levar em conta outras circunstâncias do delito, situaria

a majorante como uma mera causa objetiva, conforme tem sido salientado pelo Superior Tribunal de Justiça.

No entanto, referido entendimento não esclarece qual o fator apto a tornar a conduta daquele que utiliza um ônibus mais gravosa do que a daquele que utiliza carro particular. Tem-se tentado justificar a majorante no fato de a fiscalização ser mais difícil nos transportes públicos, bem como na dificuldade que se pode encontrar eventualmente para identificar o dono do entorpecente.

Contudo, considero que a fiscalização deve se dar de forma igual nos veículos públicos e nos particulares, podendo se tornar até mais dificultosa em um transporte particular, ante a possibilidade de a pessoa esconder a droga em lugares por vezes inusitados. Entendo, por exemplo, que a fiscalização ocorrida na utilização de aviões comerciais é extremamente criteriosa, não se sustentando, assim, referido argumento.

Sobre esse ponto, transcrevo trecho do voto proferido pela Ministra Rosa Weber no julgamento do *Habeas Corpus* n. 109.538-MS:

Questionável, por outro lado, o argumento *extra legem* de que o porte de droga em transporte público é de mais difícil detecção do que o transporte por qualquer outro meio, inclusive por veículos particulares. Não me parece que essa maior dificuldade esteja demonstrada ou seja passível de demonstração ou possa ser considerada como algo aferível de pronto, sem margem para questionamentos. Concluo que a aplicação da causa de aumento do inciso III do art. 40 da Lei n. 11.343/2006 exige, no tocante ao “transporte público”, a comercialização da droga no próprio transporte público, de todo insuficiente a mera utilização do veículo para a sua carga.

No mais, eventual dificuldade gerada para se identificar o proprietário do material ilícito não torna a conduta mais gravosa. Com efeito, a identificação da autoria delitiva não faz parte do tipo penal, mas sim da seara probatória, não sendo legítimo, portanto, aplicar pena mais grave sob essa motivação.

Saliente-se que as causas de aumento da pena estão relacionadas à maior vulneração do bem jurídico tutelado. Portanto, deve ser levada em consideração a maior reprovabilidade da conduta, o que, a meu ver, apenas se verifica quando o meio de transporte – público – é utilizado para difundir drogas ilícitas a um número maior de pessoas.

A propósito, veja-se lição de Vicente Greco Filho:

Segundo Vicente Greco Filho, “os locais enumerados, em geral os mais visados pelos traficantes em virtude da *reunião de pessoas*, fazem com que o *perigo* à

*saúde pública seja maior se a infração, em qualquer de suas fases de execução ou formas, ocorrer em seu interior ou proximidades". (GRECO FILHO, V. **Tóxicos:** prevenção-repressão. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 232).*

Nessa linha de raciocínio, o fator que torna a conduta mais reprovável, determinando a incidência da causa de aumento, é o incremento do risco à saúde pública, o que ocorre quando o crime é praticado em locais com grande aglomeração de pessoas, facilitando a difusão da droga ilícita. Tem-se, dessa forma, critério razoável em função do perigo maior acarretado, o que não ocorre pela simples utilização do transporte público sem que as demais pessoas tenham qualquer contato com a substância entorpecente.

Destaco, outrossim, que o Supremo Tribunal Federal já começou a rever o entendimento antes dominante, com decisões recentes de ambas as turmas daquela Corte considerando que *"a mera utilização de transporte público para o carregamento da droga não leva à aplicação da causa de aumento do inciso III do art. 40 da Lei n. 11.343/2006"* (HC n. 119.782, Relatora a Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 31.1.2014).

Nesse sentido:

*Habeas corpus. Penal. Tráfico ilícito de drogas. Pena. Dosimetria. Lei n. 11.343/2006, art. 40, III. Causa de aumento da pena. Apreensão da substância entorpecente no interior de transporte público. Interpretação sistemática e teleológica da norma. Controvérsia relacionada com a fixação da pena-base acima do mínimo legal em virtude de circunstância desfavorável ao paciente. Reexame. Impossibilidade. Ordem parcialmente deferida. I - A causa de aumento de pena prevista no inciso III do art. 40 da Lei 11.343/2006 somente tem aplicação nas hipóteses em que se verifica a comercialização de drogas nos locais referidos no preceito. Interpretação sistemática e teleológica do dispositivo legal, por meio do qual o legislador ordinário pretendeu, em face de certas situações, sancionar com maior rigor o tráfico de entorpecentes. II - A apreensão de substância entorpecente na posse de agente que se encontrava no transporte público - ônibus coletivo -, sem que haja comprovação de mercancia de drogas dentro do veículo, não é suficiente para aplicação da causa de aumento prevista na Lei Antidrogas. Alteração de entendimento da Primeira Turma. III - (...). IV - Ordem de habeas corpus parcialmente concedida, para afastar a aplicação da causa de aumento de pena prevista no inciso III do art. 40 da Lei n. 11.343/2006. (HC n. 115.815, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 27.8.2013).*

Por oportuno, confira-se ainda a seguinte notícia veiculada na página eletrônica do Supremo Tribunal Federal, referente ao julgamento do *Habeas*

*Corpus* n. 118.676-MS, de relatoria do Ministro Luiz Fux, em sessão realizada em 11.3.2014, e com acórdão pendente de publicação:

1ª Turma reduz pena de condenada que transportava droga em ônibus

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) concedeu *Habeas Corpus* (HC n. 118.676) para reduzir a pena aplicada a uma mulher condenada por tráfico de drogas pela Justiça do Mato Grosso do Sul. O entendimento adotado foi de que o simples fato de se utilizar transporte público para transportar a droga não implica aumento da pena. Condenada pela Justiça local a 1 ano e 8 meses de detenção por transportar 100 gramas de cocaína em um ônibus, a ré teve a pena aumentada para 1 ano, 11 meses e 10 dias em julgamento de recurso interposto pelo Ministério Público ao Superior Tribunal de Justiça (STJ). Segundo a decisão daquela corte, a simples utilização de transporte público como meio para concretizar o tráfico já caracteriza a causa de aumento de pena previsto no artigo 40, inciso III, da Lei de Drogas (Lei n. 11.343/2006). Segundo o dispositivo da lei, as penas previstas para tráfico são aumentadas se a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de diversos estabelecimentos – como escolas e hospitais – e em transportes públicos. *Para o relator do habeas corpus no STF, ministro Luiz Fux, a ré não incidiu na causa de aumento da pena de fazer do ônibus um instrumento para a venda. “Ela estava transportando com ela a substância, de sorte que não haveria sentido em aplicar a majorante como se ela estivesse vendendo dentro de um ônibus ou em uma escola”, afirmou o relator em seu voto, acompanhado pela Turma por unanimidade.*

Portanto, tendo o Tribunal de origem consignado que nem sequer ficou demonstrada a intenção do recorrente em difundir o entorpecente dentro do transporte público, entendo não ser possível se cogitar da incidência da causa de aumento ora em tela.

Ainda que superada aludida tese, mostra-se igualmente inviável restabelecer a incidência da referida causa de aumento no presente caso, haja vista o recorrido ter se utilizado de um táxi. Com efeito, apesar de se tratar efetivamente de modalidade de transporte público, evidente que não se trata, em regra, de transporte coletivo ou simultâneo de passageiros.

Assim, persistindo, eventualmente, a conclusão no sentido de que a causa de aumento incide em razão da dificuldade de fiscalização, tem-se que o transporte por meio de táxi se assemelha ao transporte em carro particular, sofrendo, portanto, o mesmo tipo de fiscalização. Da mesma forma, inviável se falar em dificuldade de identificação do proprietário do material ilícito, pois se trata, em regra, de transporte público individual.

Portanto, independentemente da tese que prevaleça sobre a incidência da causa de aumento, tenho que a conduta consistente na utilização de táxi para transporte da droga, sem comercialização para terceiros, não se insere na aludida causa de aumento de pena. De fato, não há aglomeração de pessoas, a fiscalização se equipara à de carro particular e se trata, em regra, de transporte individual, ou seja, de transporte não simultâneo de passageiros.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.401.083-SC (2013/0304020-3)**

---

Relator: Ministro Moura Ribeiro

Recorrente: Rodrigo Jonas Soares

Advogados: André Mello Filho e outro(s)

Ricardo Fagundes

Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

---

**EMENTA**

Recurso especial. Direito Penal e Processual Penal. Homicídio simples e lesão corporal. Disputa automobilística (“racha”). Pronúncia e acórdão confirmatório da pronúncia. Excesso de linguagem. Matéria não suscitada por ocasião de recurso em sentido estrito e de embargos infringentes. Nulidade. Excesso de linguagem. Juízo de certeza de autoria e afastamento peremptório de teses defensivas. Indevida invasão na competência do Conselho de Sentença. Tese de violação ao art. 619, do Código de Processo Penal. Não ocorrência. Dolo eventual e culpa consciente. Competência do Tribunal do Júri. Tese de afronta ao art. 384, do Código de Processo Penal. Lesões corporais. Situação fática descrita na denúncia. Divergência jurisprudencial. Incidência da Súmula n. 83 do STJ. Recurso especial conhecido em parte e provido para reconhecer o excesso de linguagem.

1. O defeito de fundamentação na pronúncia implica nulidade, por afrontar o princípio da soberania dos veredictos.

2. A pronúncia deve se limitar à indicação da materialidade do fato e à existência de indícios suficientes de autoria, uma vez que se trata de mero *judicium accusationis* (art. 413, § 1º, do Código de Processo Penal).

3. A decisão de pronúncia e o acórdão que analisou o recurso em sentido estrito, ao proferirem verdadeiro juízo condenatório, incorreram no excesso de linguagem que poderá influir na convicção dos jurados, em prejuízo à defesa.

4. Não há que se falar em violação ao art. 619, do Código de Processo Penal, pois a matéria do excesso de linguagem não foi arguida no momento oportuno pelo recorrente e o Tribunal de origem entendeu pela nulidade relativa do vício apontado. Dessa forma, não se confunde a ausência de manifestação sobre o tema com o vício da omissão que autoriza a oposição dos aclaratórios.

5. O deslinde da controvérsia sobre o elemento subjetivo do crime, se o acusado atuou com dolo eventual ou culpa consciente, é de competência do Tribunal do Júri.

6. Ausência de afronta ao art. 384, do Código de Processo Penal, pois o réu se defende dos fatos narrados na denúncia e não da capitulação jurídica realizada pelo órgão acusador.

7. Recurso especial conhecido em parte e provido para reconhecer o excesso de linguagem, determinando-se que o Juízo de primeiro grau providencie o desentranhamento da pronúncia e do acórdão que julgou o recurso em sentido estrito, arquivando-os em pasta própria, mandando certificar nos autos a condição de pronunciado do recorrente, com a menção dos dispositivos legais nos quais ele foi julgado incurso, bem como o acórdão que manteve aquela decisão, prosseguindo-se o processo.

## 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 unanimidade, em conhecer parcialmente do recurso e, nessa parte, em dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Regina Helena Costa, Laurita Vaz, Jorge Mussi e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentatam oralmente na sessão de 20.3.2014: Dr. André Mello Filho (p/recte) e Ministério Público Federal.

Brasília (DF), 27 de março de 2014 (data do julgamento).

Ministro Moura Ribeiro, Relator

---

DJe 2.4.2014

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moura Ribeiro: Do acórdão da Terceira Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que por maioria de votos, vencido o Relator que afastava o dolo eventual, negou provimento ao recurso em sentido estrito e manteve a pronúncia por homicídio e lesão corporal, rejeitou os embargos infringentes e não conheceu os embargos declaratórios sobreveio recurso especial do réu *Rodrigo Jonas Soares* com fundamento no art. 105, III, a e c da Constituição Federal, firme nas teses de que (1) a decisão proferida nos embargos de declaração é nula porque deixou de apresentar os fundamentos que levaram à rejeição da tese de nulidade da sentença de pronúncia em razão do excesso de linguagem, em afronta ao disposto no art. 619, do Código de Processo Penal; (2) a decisão violou o art. 413, § 1º, do Código de Processo Penal, pois a sentença e o acórdão estão eivados de nulidade absoluta em virtude do vício decorrente do excesso de linguagem; (3) houve ofensa aos arts. 121, *caput*, e 129, § 1º, I, do Código Penal, porque não ficou caracterizado o dolo eventual; e, (4) o acórdão violou o art. 384, do Código de Processo Penal, uma vez que a denúncia não descreveu nenhuma circunstância que qualifica a lesão corporal de natureza grave, além de sustentar divergência jurisprudencial das normas em destaque.

Recurso admitido na origem, processado e respondido.

O parecer da Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo não conhecimento do recurso (fls. 796-802-STJ).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Moura Ribeiro (Relator): Os acórdãos do Tribunal de origem proferidos no julgamento do recurso em sentido estrito e dos embargos infringentes confirmaram a decisão do Juízo sentenciante que pronunciou o réu como incurso nas sanções do art. 121, *caput*, por duas vezes, c.c. o art. 129, § 1º, I, na forma do art. 70, todos do Código Penal.

Daí o recurso especial aqui manejado, fundado na tese de violação aos arts. 619, 413, § 1º, e 384, todos do Código de Processo Penal, e dos arts. 121, *caput*, e 129, § 1º, I, do Código Penal.

Insurge-se o recorrente contra a decisão de pronúncia, sob o argumento de que nela o magistrado e o órgão colegiado se excederam na fundamentação dos julgados, incidindo em excesso de linguagem, o que poderia influenciar a decisão dos jurados.

A questão foi suscitada de ofício pelo Desembargador *Jorge Schaefer Martins* quando do julgamento dos embargos infringentes, mas foi rejeitada pelo Grupo julgador por se tratar de nulidade relativa, o que impediu sua apreciação, nos seguintes termos:

*Embargos infringentes. Sentença de pronúncia (art. 121, caput, duas vezes, e art. 129, § 1º, I, c.c. art. 70, todos do CP). Divergência quanto à existência de dolo eventual.*

*Preliminar. Nulidade decorrente de excesso de linguagem da sentença aventada de ofício em voto vista de integrante da Câmara. Entendimento majoritário pela configuração de nulidade relativa. Ausência de insurgência defensiva em recurso e tempo próprios. Matéria atingida pela preclusão. Prefacial repelida. (...) (fl. 562-STJ).*

Não se verifica que o recorrente tenha arguido o excesso de linguagem no momento processual oportuno, qual seja, no recurso em sentido estrito ou nos embargos infringentes. Com efeito, a questão somente foi suscitada nos embargos de declaração opostos contra a decisão proferida nos infringentes.

Não desconheço o entendimento desta Corte Superior, no sentido de que o excesso de linguagem constitui nulidade relativa e, portanto, é atingida pelo instituto da preclusão:

*Habeas corpus* impetrado em substituição ao recurso previsto no ordenamento jurídico. (...) 4. Homicídio qualificado. Sentença de pronúncia. Excesso de linguagem. Nulidade. Não ocorrência. Matéria não suscitada por ocasião de recurso em sentido estrito, que deixou de ser interposto. Preclusão. 5. *Habeas corpus* não conhecido. (...)

4. (...) No caso, a defesa deixou de interpor recurso em sentido estrito contra a sentença de pronúncia, sendo esse o momento processual oportuno para a alegação do suposto excesso de linguagem. Se não o fez, a matéria está preclusa. Precedentes.

5. *Habeas corpus* não conhecido (HC n. 225.323-PE, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 6.6.2013, DJe 14.6.2013).

No mesmo sentido os seguintes precedentes: HC n. 148.066-GO, Rel. Ministro *Jorge Mussi*, julgado em 21.6.2011, DJe 1º.8.2011; HC n. 179.001-RJ, Rel. Min. *Gilson Dipp*, julgado em 22.3.2011, DJe 4.4.2011; e, HC n. 32.005-SP, Rel. Ministro *Og Fernandes*, Sexta Turma, julgado em 18.11.2008, DJe 9.12.2008.

No entanto, acompanho a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o defeito de fundamentação na sentença de pronúncia afronta o princípio da soberania dos veredictos:

*Ementa: Habeas corpus. Penal. Tribunal do Júri. Homicídio simples. Magistrado aposentado. Sentença de pronúncia. Excesso de linguagem, nulidade absoluta. Voto médio proferido pelo Superior Tribunal de Justiça. Desentranhamento da sentença de pronúncia. Inviabilidade. Afronta à soberania do júri. Ordem concedida.*

1. O Tribunal do Júri tem competência para julgar magistrado aposentado que anteriormente já teria praticado o crime doloso contra a vida objeto do processo a ser julgado. Precedentes.

2. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o defeito de fundamentação na sentença de pronúncia gera nulidade absoluta, passível de anulação, sob pena de afronta ao princípio da soberania dos veredictos. Precedentes.

3. Depois de formado o Conselho de Sentença e realizada a exortação própria da solene liturgia do Tribunal do Júri, os jurados deverão receber cópias da pronúncia e do relatório do processo, permitindo-se a eles, inclusive, o manuseio dos autos do processo-crime e o pedido ao orador para que indique a folha dos autos onde se encontra a peça por ele lida ou citada.

4. *Nos termos do que assentado pelo Supremo Tribunal Federal, os Juízes e Tribunais devem submeter-se, quando pronunciam os réus, à dupla exigência de sobriedade e comedimento no uso da linguagem, sob pena de ilegítima influência sobre o ânimo e a vontade dos membros integrantes do Conselho de Sentença; excede os limites de sua competência legal, o órgão judiciário que, descaracterizando a natureza da sentença de pronúncia, converte-a, de um mero juízo fundado de suspeita, em um inadmissível juízo de certeza. Precedente.*

5. A solução apresentada pelo voto médio do Superior Tribunal de Justiça representa não só um constrangimento ilegal imposto ao Paciente, mas também uma dupla afronta à soberania dos veredictos assegurada à instituição do júri, tanto por ofensa ao Código de Processo Penal, conforme se extrai do art. 472, alterado pela Lei n. 11.689/2008, quanto por contrariedade ao art. 5º, inc. XXXVIII, alínea c, Constituição da República.

6. Ordem concedida para anular a sentença de pronúncia e os consecutivos atos processuais que ocorreram no processo principal (HC n. 103.037-PR, Rel. Ministra Carmen Lúcia, julgado em 22.3.2011, DJe 30.5.2011).

Ao meu sentir, a discussão sobre o excesso de linguagem na pronúncia está relacionada à competência do Tribunal do Júri para julgar os crimes dolosos contra a vida (art. 5º, XXXVIII, d, da Constituição Federal, e art. 74, § 1º, do Código de Processo Penal).

Desse modo, o aprofundamento do exame das questões relativas à materialidade e autoria ingressa na seara de competência do Conselho de Sentença e fere o princípio da soberania dos veredictos.

E o vício de competência nas causas submetidas ao Tribunal do Júri é de natureza absoluta, porque prevista na Constituição Federal.

A pronúncia deve se limitar à indicação da materialidade do fato e à existência de indícios suficientes de autoria, uma vez que se trata de mero *judicium accusationis* (art. 413, § 1º, do Código de Processo Penal).

A decisão, tal como proferida pelas instâncias ordinárias, invadiu a competência do Conselho de Sentença, juiz natural da causa.

Como bem observou o combativo defensor, “nem mesmo o Ministério Público Estadual, por todos os seus membros que atuaram no presente feito, foram capazes de fazer tão forte peça acusatória” (fl. 660-STJ).

Com efeito, a decisão de primeiro grau fez verdadeiro juízo de valor sobre as provas colhidas durante a instrução e afastou as teses da defesa:

*(...) Assim, em análise minuciosa aos autos, verifico que as provas substanciadas nos autos no sentido de apontar a autoria ao acusado encontram-se melhor substanciadas e corroboradas entre si.*

*Se por um lado constata-se a existência nos autos da bem sustentada tese defensiva, por outro, muitas são as evidências que conduzem à concreta possibilidade de ter sido o acusado o autor do duplo homicídio e bem como das lesões corporais, leve e grave, provocadas nas vítimas.*

*É de se destacar que dificilmente a testemunha presente aos fatos, que estava no interior do veículo iria urdir de sua imaginação uma história, ao ponto de incriminar o próprio amigo, sem que houvesse motivos para tanto (fls. 419-420-STJ).*

E o acórdão do Tribunal de origem, ao julgar o recurso em sentido estrito interposto contra a pronúncia, agravou ainda mais a situação, ao exagerar na avaliação das teses que aproveitariam à defesa, configurando-se em verdadeiro juízo condenatório, com a análise aprofundada das provas.

Com efeito, foram utilizadas expressões incisivas, que denotam a certeza da inidoneidade da testemunha da defesa: *“Nesse ponto, devem ser realizadas algumas ponderações quanto ao depoimento do taxista Ademar Anjo, porquanto arrolado pela defesa e ouvido apenas em juízo, oportunidade em que prestou declarações favoráveis ao réu mas completamente dissociadas do conjunto probatório carreado ao feito. (...) Diante de tão significativos acréscimos feito pela testemunha, inclusive acerca de fatos jamais mencionados pelo réu ou pelas vítimas sobreviventes, mormente ao mencionar uma colisão fantasiosa entre os carros, não se mostra exagerada a afirmação no sentido de que o taxista deveria ser processado pelo delito de falso.” (...) “Diante disso, carece de credibilidade as declarações prestadas pelo taxista” (fls. 496-497-STJ).*

Quanto a uma das testemunhas da acusação, foi afirmado que *“(...) Assim, verifica-se que não há falar em divergências nas declarações da testemunha João Porfírio, como quer fazer crer a defesa, haja vista que nas três oportunidades referiu que nenhum outro veículo obstaculizou trajetória seguida pelo réu e sempre mencionou que era alta a velocidade impingida” (fl. 498-STJ).*

E ainda proferiu juízo de valor sobre a prova pericial, ao sustentar que *“Corroborando todas as declarações acima, no sentido de que o acusado trafegava em alta velocidade, consta nos autos o laudo pericial de fls. 46-69, que demonstra, de plano, a violência com que se deu a colisão. Isso porque constatou-se que todos os equipamentos e acessórios estavam totalmente destruídos, com a presença de fragmentos de plástico, vidro e sangue em vários pontos” (fl. 50)” (fl. 500-STJ).*

E continuou:

*Extrai-se da perícia, ainda, que a curva existente no local é pouco acentuada, ou seja, suave, e que o veículo deixou uma marca de frenagem de 31,10 metros, sendo 22,00 metros sobre a pista de rolamento e 9,10 metros sobre o canteiro central.*

*Os peritos não conseguiram averiguar a velocidade com que se deu a colisão, uma vez que não foi possível mensurar a força do impacto do carro com o poste; contudo,*

*conseguiram calcular a velocidade que o carro desacelerou desde o momento em que as rodas travaram e a colisão, que foi de 11,53 Km/h.*

*Relataram, ainda, que após subir no canteiro central o automóvel colidiu com a lateral direita no poste, girando em torno deste até finalmente parar no sentido contrário à direção pela qual trafegava.*

*Diante desses dados, a defesa lavrou um paralelo entre a marca de frenagem descrita no laudo – 31,10 metros – e um teste técnico de automóvel idêntico ao dirigido pelo réu (fls. 331-332), em que consta o espaço de frenagem de 29,4 metros como sendo o necessário para o carro desacelerar de 80 Km/h para o estado de repouso (fl. 501-STJ).*

E ainda enfatizou:

*Todavia, em que pese o esforço defensivo para comprovar que a velocidade empregada pelo acusado era inferior a 100 km/h, o raciocínio empregado está completamente desvirtuado. Tal conclusão é alcançada pela mera lembrança de que o veículo não parou em razão do acionamento dos freios, mas sim em vista do poste que encontrou em sua frente, sobre o qual, inclusive, o veículo girou. (...) Assim, embora não se tenha certeza da real velocidade imprimida pelo condutor, o que não se discute é que sua versão, de que conduzia entre 80 e 100 Km/h não possui qualquer sombra de veracidade, ganhando, pois, força probante a menção feita pelas demais testemunhas, inclusive por uma das vítimas, de que dirigia, às 4:00 horas da madrugada, entre 140 e 160 Km/h, em razão da disputa automobilística – “racha” (fls. 501-502-STJ).*

Por fim, concluiu até mesmo pela ocorrência do dolo eventual: “*Dessa feita, analisado o contexto probatório, conclui-se que há nos autos versão probatória suficiente a arrimar a tese acusatória no sentido de que o réu agiu com dolo eventual, uma vez que ao participar do vetado evento assumiu o risco de produzir o resultado lesivo*” (fls. 503-504-STJ).

Como se vê, o excesso de linguagem do julgado é evidente porque expressa de forma inequívoca um juízo de condenação e repele, peremptoriamente, as teses sustentadas pela defesa.

Nesse momento procedimental, não se deve subtrair da competência do Tribunal Popular o exame aprofundado do mérito da causa, pois tal avaliação ficou destinada constitucionalmente ao Júri.

Não cabe às instâncias ordinárias profereir juízo de valor sobre as provas colhidas na fase do juízo de formação da culpa, devendo se limitar a descrever a conduta praticada pelo réu para que o Conselho de Sentença, juiz natural da causa, decida de acordo com a sua convicção.

Afinal, “o Júri é livre para escolher a solução que lhe pareça justa, ainda que não seja melhor sob a ótica técnico-jurídica, entre as teses agitadas na discussão da causa. Esse procedimento decorre do princípio da convicção íntima - corolário do primado constitucional de soberania (CF, art. 5º, inciso XXXVII)”. (Precedentes: REsp n. 163.760-DF, Rel. *Gilson Dipp*, DJ 15.5.2000; REsp n. 242.592-DF, Rel. *Hamilton Carvalho*, DJ 24.6.2002).

A lição de GUILHERME DE SOUZA NUCCI a propósito do tema cai como uma luva à hipótese dos autos:

Quanto à pronúncia, tratando-se de juízo de admissibilidade da acusação, sem ingresso no mérito da causa, há limitação para expor os motivos que fundamentam a decisão. O magistrado deve abordar a materialidade e os indícios suficientes de autoria, bem como analisar as teses levantadas pelas partes nas alegações finais. Entretanto, não pode exceder-se na adjetivação (ex: o “terrível crime cometido”; “a autoria incontestada”, “o famigerado réu” etc.), nem tampouco exagerar na avaliação das teses defensivas (ex: “é óbvio que não ocorreu legítima defesa”; “absurda é a alegação da defesa”) (“Código de Processo Penal Comentado”. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 12ª edição, 2013, p. 918).

Em que pese a proibição da leitura da decisão de pronúncia em Plenário, os jurados têm acesso aos autos, com a possibilidade de solicitar esclarecimentos dos fatos (art. 480, *caput* e § 3º, do Código de Processo Penal).

Além disso, o art. 472, parágrafo único, do Estatuto Processual Penal prevê a entrega aos jurados de cópias da pronúncia e eventuais decisões posteriores que julgaram admissível a acusação.

Sobre a norma em comento, GUILHERME DE SOUZA NUCCI destaca que “se os jurados recebem a decisão de pronúncia, é mais um fator para que esta seja proferida em termos sóbrios e comedidos, sem excessos, mas abordando, com a necessária motivação, as teses levantadas pelas partes em suas alegações finais” (*Op. cit.*, p. 871).

Daí por que a decisão de pronúncia e o acórdão que analisou o recurso em sentido estrito dela tirado, ao proferirem verdadeiro juízo condenatório, incorreram no excesso de linguagem que poderá influir na convicção dos jurados, em prejuízo da defesa.

Apesar do reconhecimento do excesso, em atenção ao princípio da economia processual, é o caso de determinar que o Juízo de primeiro grau providencie o desentranhamento da pronúncia e do acórdão que julgou o recurso em sentido estrito, arquivando-os em pasta própria, mandando certificar nos

autos a condição de pronunciado do recorrente, com a menção dos dispositivos legais nos quais ele foi julgado incurso, bem como o acórdão que manteve aquela decisão, prosseguindo-se o processo.

Por seu turno, não há que se falar em violação ao art. 619, do Código de Processo Penal, pois a matéria do excesso de linguagem não foi arguida no momento oportuno pelo recorrente e o Tribunal de origem entendeu pela nulidade relativa do vício apontado. Dessa forma, não se confunde a ausência de manifestação sobre o tema com o vício da omissão que autoriza a oposição dos embargos aclaratórios.

No que se refere à aludida ofensa aos arts. 121, *caput*, e 129, § 1º, I, do Código Penal, por falta de caracterização do dolo eventual, verifico que o Tribunal de origem, ao analisar o acervo fático-probatório dos autos, entendeu que há indícios para a sua ocorrência.

A caracterização do dolo eventual ou culpa consciente é questão que será submetida ao Tribunal Popular, juiz natural da causa.

A propósito, destaco o seguinte precedente:

Homicídio no trânsito. Análise dos elementos constantes no acórdão recorrido. Reexame de material fático/probatório. Ausência. Dolo eventual x culpa consciente. Competência. Tribunal do Júri. Restabelecimento da sentença de pronúncia. (...)

3. Afirmar se o Réu 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.

4. Na hipótese, tendo a provisional indicado a existência de crime doloso contra a vida - embriaguez ao volante, excesso de velocidade e condução do veículo na contramão de direção, sem proceder à qualquer juízo de valor acerca da sua motivação, é caso de submeter o Réu ao Tribunal do Júri.

5. Recurso especial provido para restabelecer a sentença de pronúncia (REsp n. 1.279.458-MG, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 4.9.2012, DJe 17.9.2012).

Por seu turno, não merece ser acolhida a tese de afronta ao art. 384, do Código de Processo Penal.

Com efeito, não há que se falar em nova definição dos fatos pela pronúncia do réu pelo delito de lesão corporal grave que não havia sido descrita na denúncia.

O Tribunal de origem bem rechaçou a questão, baseado no parecer do Procurador de Justiça:

(...) não assiste razão ao recorrente, como bem ponderou o Procurador de Justiça Dr. Raul Schaefer Filho, pelo que se adota sua manifestação como razão de decidir neste ponto:

*Prima facie*, na hipótese, não há prestigiar nulidade do *decisum* por ofensa às disposições do art. 384 do CPP, vez que, na pronúncia, permitida é a corrigenda da acusação – *emendatio libelli* – constando da descrição do fato delituoso posto na denúncia, ainda que de modo implícito, circunstância ou elementar que acarreta pena mais grave (art. 418, CPP).

A denúncia em pecha expressa a existência de lesões corporais (que, diga-se, não necessita de descrição pormenorizada – RT 612/295), mencionando suas características como as consubstanciadas “nos laudos acostados às fls”, onde os esculápios e peritos concluem e detalham sua gravidade. É o quanto basta, não constituindo, tal proceder, ofensa ao princípio da correlação entre a acusação e prestação jurisdicional entregue, ainda que em sede de juízo de admissibilidade, e o comando do art. 384, CPP” (fl. 398).

Dessa forma, arreda-se a prefacial (fl. 492-STJ).

Como se vê, a denúncia narrou a ocorrência de lesões corporais, vinculando a sua gravidade ao disposto nos laudos periciais.

Dessa forma, a decisão atacada não merece nenhum reparo, pois há descrição objetiva na denúncia de circunstância fática que caracteriza a lesão corporal grave, o que torna possível seu reconhecimento na sentença de pronúncia.

Com efeito, o réu se defende dos fatos narrados e não da classificação jurídica prevista na denúncia.

Neste sentido são os precedentes desta Corte:

Aplicação da agravante prevista no artigo 62, inciso I, do Código Penal. Ausência de pedido expresso do ministério público na denúncia. Inicial acusatória que narra fatos que se amoldam à referida circunstância. Desnecessidade de requerimento da incidência da majorante pelo órgão ministerial. Constrangimento ilegal não constatado.

1. O acusado se defende dos fatos narrados na exordial, e não da capitulação jurídica a eles dada pelo *Parquet*, de modo que é plenamente possível à

autoridade judiciária, ao prolatar sentença condenatória, aplicar agravante devidamente descrita na denúncia, embora não expressamente requerida pelo órgão ministerial. Precedentes do STJ e do STF.

2. *Habeas corpus* não conhecido (HC n. 277.521-RO, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 5.11.2013, DJe 12.11.2013).

Agravo regimental no recurso especial. Penal. Decisão monocrática. Ofensa ao princípio da colegialidade. Não ocorrência. Tribunal do Júri. Homicídio. Situação fática descrita na denúncia caracterizadora da qualificadora do motivo fútil. Reconhecimento na sentença de pronúncia. Possibilidade. Decisão mantida por seus próprios fundamentos.

1. Não viola o princípio da colegialidade a apreciação unipessoal pelo relator do mérito do recurso especial, quando obedecidos todos os requisitos para a sua admissibilidade, bem como observada a jurisprudência dominante desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal, valendo ressaltar que com a interposição do agravo regimental fica superada eventual violação ao referido princípio, tendo em vista que a matéria será reapreciada pelo órgão colegiado.

2. A descrição objetiva na denúncia de circunstância fática que caracteriza a qualificadora do motivo fútil, permite ao Juiz reconhecê-la na sentença de pronúncia, porquanto o réu se defende dos fatos narrados e não da capitulação jurídica descrita na exordial acusatória.

3. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp n. 1.174.881-MG, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 25.9.2012, DJe 2.10.2012).

No mais, o entendimento firmado pela Corte de origem se encontra em harmonia com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, incidindo na hipótese o teor da Súmula n. 83: “não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.”

Nestas condições, pelo meu voto, *não conheço* das teses mencionadas nos itens “1” e “3” do relatório, *nego provimento* à tese de violação ao art. 384, do Código de Processo Penal (item “4”) e *dou parcial provimento* ao recurso especial (item “2”), para reconhecer o excesso de linguagem e determinar que o Juízo de primeiro grau providencie o desentranhamento da pronúncia e do acórdão que julgou o recurso em sentido estrito, arquivando-os em pasta própria, mandando certificar nos autos a condição de pronunciado do recorrente, com a menção dos dispositivos legais nos quais ele foi julgado incurso, bem como o acórdão que manteve aquela decisão, prosseguindo-se o processo.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.416.580-RJ (2013/0370910-1)**

---

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Recorrido: C E B D F

Advogado: Michel Asseff Filho e outro(s)

Assist. Ac: L E A P

Assist. Ac: E de S H

Advogado: Marcelo Quintanilha Salomão

---

**EMENTA**

Recurso especial. Processual Penal. Crimes de lesão corporal praticados contra namorada do réu e contra senhora que a acudiu. Namoro. Relação íntima de afeto. Caracterização. Incidência da Lei Maria da Penha. Art. 5º, inciso III, e art. 14 da Lei n. 11.340/2006. Precedentes do STJ. Vítima mulher de renome da classe artística. Hipossuficiência e vulnerabilidade afastada pelo Tribunal *a quo* para justificar a não-aplicação da lei especial. Fragilidade que é ínsita à condição da mulher hodierna. Desnecessidade de prova. Competência do I Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Capital Fluminense. Recurso provido. Declaração, de ofício, da extinção da punibilidade, em relação ao crime cometido contra a primeira vítima, em face da superveniente prescrição da pretensão punitiva estatal.

1. Hipótese em que, tanto o Juízo singular quanto o Tribunal *a quo*, concluíram que havia, à época dos fatos, uma relação de namoro entre o agressor e a primeira vítima; e, ainda, que a agressão se deu no contexto da relação íntima existente entre eles. Trata-se, portanto, de fatos incontestes, já apurados pelas instâncias ordinárias, razão pela qual não há falar em incidência da Súmula n. 7 desta Corte.

2. O entendimento prevalente neste Superior Tribunal de Justiça é de que “O namoro é uma relação íntima de afeto que independe de coabitação; portanto, a agressão do namorado contra a namorada,

ainda que tenha cessado o relacionamento, mas que ocorra em decorrência dele, caracteriza violência doméstica” (CC n. 96.532-MG, Rel. Ministra *Jane Silva* - Desembargadora convocada do TJMG, *Terceira Seção*, julgado em 5.12.2008, DJe 19.12.2008). No mesmo sentido: CC n. 100.654-MG, Rel. Ministra *Laurita Vaz*, *Terceira Seção*, julgado em 25.3.2009, DJe 13.5.2009; HC n. 181.217-RS, Rel. Ministro *Gilson Dipp*, *Quinta Turma*, julgado em 20.10.2011, DJe 4.11.2011; AgRg no AREsp n. 59.208-DF, Rel. Ministro *Jorge Mussi*, *Quinta Turma*, julgado em 26.2.2013, DJe 7.3.2013.

3. A situação de vulnerabilidade e fragilidade da mulher, envolvida em relacionamento íntimo de afeto, nas circunstâncias descritas pela lei de regência, se revela *ipso facto*. Com efeito, a presunção de hipossuficiência da mulher, a implicar a necessidade de o Estado oferecer proteção especial para reequilibrar a desproporcionalidade existente, constitui-se em pressuposto de validade da própria lei. Vale ressaltar que, em nenhum momento, o legislador condicionou esse tratamento diferenciado à demonstração dessa presunção, que, aliás, é ínsita à condição da mulher na sociedade hodierna.

4. As denúncias de agressões, em razão do gênero, que porventura ocorram nesse contexto, devem ser processadas e julgadas pelos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, nos termos do art. 14 da Lei n. 11.340/2006.

5. Restabelecida a condenação, cumpre o reconhecimento, de ofício, da extinção da punibilidade do Recorrido, em relação ao crime cometido contra a primeira vítima, em face da prescrição da pretensão punitiva estatal, a teor do art. 110, § 1.º, c.c. o art. 119, c.c. o art. 109, inciso VI (este com a redação anterior à Lei n. 12.234, de 5 de maio de 2010, já que o crime é de 23.10.2008), todos do Código Penal.

6. Recurso especial provido para, cassando o acórdão dos embargos infringentes, restabelecer o acórdão da apelação que confirmara a sentença penal condenatória. Outrossim, declarada, de ofício, a extinção da punibilidade do Recorrido, em relação ao crime de lesão corporal cometido contra a primeira vítima, em face da superveniente prescrição da pretensão punitiva estatal, remanescendo a condenação contra a segunda vítima.

## 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, conhecer do recurso e lhe dar provimento e declarar, de ofício, a extinção da punibilidade do recorrido, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Sustentaram oralmente: Ministério Público Federal, Dr. Marcelo Quintanilha Salomão (p/assist. ac: E de S H) e Dr. Marco Aurélio Asseff (p/recco).

Brasília (DF), 1º de abril de 2014 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

---

DJe 15.4.2014

## RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de recurso especial, com fulcro na alínea **a** do permissivo constitucional, interposto pelo *Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* – ratificado pelas Assistentes de Acusação *Luana Elidia Afonso Piovani* e *Esmeralda de Souza Honório* – em face de acórdão da Sétima Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do mesmo Estado que, nos autos dos Embargos Infringentes n. 0376432-04.2008.8.19.0001, acolheu o recurso defensivo.

Consta dos autos que *Carlos Eduardo Bouças Dolabela Filho*, ora Recorrido, foi *condenado* pelo Juízo do Primeiro Juizado da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da capital fluminense, como incurso nos arts. 129, § 9º (vítima Luana Elidia Afonso Piovani) e 129, § 1º, inciso I, c.c. o art. 61, inciso II, alínea **h** (vítima Esmeralda de Souza Honório), na forma do 71, todos do Código Penal, às penas de 2 (dois) anos e 9 (nove) meses de detenção, em regime inicial aberto. A *sentença* de fls. 402-428 ainda foi integrada pelo julgamento de dois embargos de declaração opostos pelo Réu, consoante as decisões de fls. 436-440 e 443-444.

Inconformada, a Defesa do Réu interpôs *apelação*. A Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça fluminense, por maioria, rejeitou as

preliminares, vencido o Des. Francisco José de Asevedo que acolhia a preliminar de incompetência do Juizado da Violência Doméstica e Familiar; e, no mérito, por unanimidade, negou provimento ao apelo, nos termos do voto da Desembargadora Relatora. Eis a ementa do julgado:

**Apelação** - Art. 129 § 9º e 129, § 1º, I, c.c. 61, II, h, na forma do art. 71, § único, todos do CP. - Pena total de 02 anos de reclusão e 09 meses de detenção, fixada da seguinte forma: (vítima Luana): 09 meses de detenção; - (vítima Esmeralda): 02 anos de reclusão. - Apelante com vontade livre e consciente de lesionar, ofendeu a integridade física de Luana Elidia Afonso Piovani, desferindo um tapa em seu rosto, fazendo com que a mesma caísse ao solo e causou-lhe as lesões corporais descritas no laudo carreado aos autos. No momento das agressões, o ora apelante em novo desígnio criminoso, agrediu Esmeralda de Souza Honório, de 62 anos, que tinha se aproximado para socorrer a vítima Luana. Narra, ainda a denúncia, que o ora apelante agarrou Esmeralda pelos ombros e a jogou ao chão, causando-lhe lesões corporais. - **Preliminar de nulidade em razão da unificação dos processos descreverem fatos distintos nas denúncias rejeitada:** a defesa, tendo sido cientificada, não fez qualquer reclamação com relação à unificação dos processos. E foi o ora apelante que, em fase de instrução, requereu a união dos processos. Decisão esta proferida pela 5ª Câmara Criminal deste E. Tribunal. - **Preliminar de incompetência do Juízo da Violência Doméstica e Familiar rejeitada:** existente, na presente hipótese, a figura elementar de violência de gênero. A lei Maria da Penha exige uma qualidade especial do sujeito passivo e, o autor do delito era companheiro da vítima, caracterizando o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade. - **No mérito, impossível a absolvição:** materialidade e autoria plenamente demonstradas pelo conjunto probatório. - Totalmente improcedente a alegação de ter sido um acidente ocasionado com o movimento do braço do apelante e que Luana, ao tentar se desvencilhar, teria se desequilibrado e caído ao chão. - Os testemunhos foram claros e inequívocos: as vítimas foram categóricas no sentido de terem sido agredidas e uma das testemunhas afirmou ter visto o momento em que o ora apelante desferiu um tapa no rosto de Luana, comprovando o crime de lesão corporal. O delito em relação à outra vítima, Esmeralda também restou comprovado, sendo incabível a alegação de atipicidade da conduta, eis que evidenciado pelo auto de exame de corpo de delito e pela prova oral. - Dosimetria da pena que é correta. - A fixação da pena base acima do mínimo legal foi suficientemente fundamentada em relação à vítima **Luana:** "(...) a agressão praticada pelo acusado, num local público em que se realizava um evento em homenagem à vítima Luana, causou a esta não só lesão à sua integridade física, como abalo à sua imagem. A presente vítima é atriz, cuja profissão depende da imagem que tem perante o público. Além disto, a dinâmica dos fatos demonstrou que Luana, em razão do tapa, chegou a cair no meio da pista de dança, ocasionando hematomas, conforme apurado no AECD. No dia dos fatos ocorreu a estreia de um espetáculo em que a vítima era

atriz principal, sendo certo que o espetáculo prosseguiu nos meses seguintes, havendo necessidade de que Luana se maquiasse para esconder os hematomas (...) Diante destas circunstâncias, é inequívoco que as consequências do crime praticado pelo acusado excederam ao normal do tipo em questão." Assim a pena-base foi fixada em *09 meses de detenção*, tornada definitiva pois ausentes quaisquer causas especiais de diminuição ou aumento de pena. - Quanto à vítima **Esmeralda**: a pena foi fixada no mínimo legal em 01 ano de reclusão. A seguir, presente a agravante do art. 61, II, **h** do CP, na medida em que "a vítima já era idosa na época dos fatos, conforme dispõe o artigo 1º da Lei n. 10.741/2003. Outrossim, a situação é ainda mais grave, posto que não bastasse a maior vulnerabilidade em razão da idade, a compleição física da vítima Esmeralda perante ao porte físico do acusado, lhe tornou muito mais frágil. (...) a vítima tinha aproximadamente 42 quilos e 1,58 metros de altura, o que fez com que a mesma, com o empurrão, tivesse um deslocamento de quase três metros, conforme apurado na instrução criminal." Assim, a pena foi aumentada em 01 ano, para o patamar definitivo de 02 anos de reclusão, pois ausentes quaisquer causas especiais de diminuição ou aumento de pena. Fixado o regime **aberto** e acertadamente não foi substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, "por se tratar de crime perpetrado com violência". E também não foi concedida a suspensão condicional da pena, tendo em vista a conduta social e a personalidade. Ademais, tais benefícios são vedados pelo art. 41 da Lei n. 11.340/2006. - Manutenção da sentença. - *Rejeição das preliminares - Desprovisionamento do recurso.* (fls. 601-602)

Ainda renitente, a Defesa opôs *embargos de declaração*, que restaram rejeitados, consoante acórdão de fls. 657-661.

Ato contínuo, opôs *embargos infringentes*, os quais foram acolhidos, por maioria, pela Sétima Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nos termos da seguinte ementa:

*Embargos infringentes.* Alegação de incompetência do Juizado da Violência Doméstica e Familiar. Sem ingresso na prova meritória, a imputação de agressão de namorado contra namorada, pode, dentro conceito lógico legal, ser tutelado pela referida Lei Maria da Penha. Entretanto, a *ratio legis*, requer sua aplicação contra violência intra-familiar, levando em conta a relação de gênero, diante da desigualdade socialmente constituída. O campo de atuação e aplicação da respectiva lei está traçado pelo binômio hipossuficiência e vulnerabilidade em que se apresenta culturalmente o gênero mulher no conceito familiar, que inclui relações diversas movidas por afetividade ou afinidade.

Entretanto, uma simples análise dos personagens do processo, ou mesmo da notoriedade de suas figuras públicas, já que ambos são atores renomados, temos que a indicada vítima além de não conviver em uma relação de afetividade estável com o réu ora embargante, não pode ser considerada uma mulher hipossuficiente

ou em situação de vulnerabilidade. Embargos Infringentes que se conhece e no mérito dá-se provimento. (fls. 728-729)

Contudo, as vítimas, que haviam sido admitidas como *assistentes de acusação*, opuseram *embargos de declaração*, apontando a nulidade do acórdão por não terem sido intimadas a oferecer contrarrazões.

A Sétima Câmara Criminal do Tribunal *a quo*, por unanimidade, acolheu os embargos de declaração, “para declarar nulo o julgamento dos Embargos Infringentes e de Nulidade, determinando a abertura de vista às Embargantes de Declaração para fins de apresentação de contrarrazões” (fl. 830).

Sobreveio novo acórdão que acolheu os embargos infringentes do Réu, consoante a seguinte ementa:

*Embargos infringentes. Sustentação de incompetência do Juizado da Violência Doméstica e Familiar. Sem adentrarmos ao mérito da ação penal, temos que, pelo menos em tese, a imputação de agressão realizada por um indivíduo contra sua namorada, poderia, dentro do conceito lógico legal, ser tutelada pela Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006). Entretanto, a ratio legis requer sua aplicação contra violência intra-familiar, levando em conta relação de gênero, diante da desigualdade socialmente constituída. O campo de atuação e aplicação da respectiva lei está traçado pelo binômio hipossuficiência e vulnerabilidade em que se apresenta culturalmente o gênero mulher no conceito familiar, que inclui relações diversas, movidas por afetividade ou afinidade. No entanto, uma simples análise dos personagens do processo, ou mesmo da notoriedade de suas figuras públicas, já que ambos são atores renomados, nos leva a concluir que a indicada vítima, além de não conviver em relação de afetividade estável como o réu ora embargante, não pode ser considerada uma mulher hipossuficiente ou em situação de vulnerabilidade. Embargos Infringentes que se conhece e no mérito dá-se provimento. (fl. 898)*

O *Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, por sua vez, interpôs *recurso especial* às fls. 912-932 – ratificado pelas Assistentes de Acusação à fl. 951 –, delimitando a controvérsia na “interpretação e alcance das normas previstas nos artigos 5º, inciso III, e 14 da Lei n. 11.340 de 2006 (Lei Maria da Penha)” (fl. 916), as quais indica como violadas, ressaltando tratar-se de questão eminentemente de direito.

Assevera o *Parquet* Estadual que “O v. Acórdão recorrido negou vigência e contrariou expressamente os dispositivos destacados e prequestionados, isto porque, não obstante tenha reconhecido que a Lei Maria da Penha se aplica à relação objeto do presente processo (namoro), entendeu que, diante das

características da vítima, atriz renomada, “figura pública”, a qual “nunca foi uma mulher oprimida ou subjugada aos caprichos do homem”, ela “não pode ser considerada uma mulher hipossuficiente ou em situação de vulnerabilidade”. Daí, nos termos do v. aresto recorrido, a vítima destes autos, apesar de mulher, não se sujeitaria à incidência da Lei n. 11.340 de 2006” (fl. 922).

E pondera ainda que, a teor do acórdão recorrido, “por força de características da vítima, circunstâncias estas extrínsecas à relação de convívio afetivo com o agressor, não estaria ela sujeita à Lei Maria da Penha. E, em assim o fazendo, negou autoridade à decisão anteriormente proferida pelo E. STJ no HC n. 136.825-RJ, a qual entendera que ao réu não se aplicam os institutos despenalizadores da Lei n. 9.099/1995, isto por força da incidência, no caso concreto, do artigo 41 da Lei n. 11.340/2006” (fl. 922).

No mérito, apontando violação à lei de regência, argumenta que “o que pretendeu a lei foi conferir tratamento diferenciado à mulher vítima de violência doméstica e familiar, isto por considerá-la vulnerável diante da evidente desproporcionalidade física existente entre agredida e agressor. Da mesma forma, levou-se em conta o preconceito e a cultura vigentes, os quais se descortinam no número alarmante de casos de violência familiar e doméstica contra mulheres, em todos os níveis e classes sociais. [...] Assim, a vulnerabilidade deve ser aferida na própria relação de afeto, onde o homem é, e sempre foi, o mais forte. A hipossuficiência, portanto, é presumida pela própria lei” (fl. 924).

Elenca, ainda, precedentes da Terceira Seção e do Supremo Tribunal Federal, no sentido da aplicação da Lei Maria da Penha mesmo para crimes praticados por namorados ou ex-namorados.

Requer, assim, o provimento do recurso especial, “para que seja reformado o v. acórdão, reconhecendo-se a competência do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, e restabelecendo-se a r. sentença condenatória de fls. 354-380 e o v. aresto que julgou a apelação (fls. 670-714)” (fl. 932).

O Recorrido ofereceu *contrarrazões* às fls. 937-946, aduzindo que a pretensão recursal esbarra no óbice da Súmula n. 7 desta Corte. Argumenta que o acórdão recorrido foi prolatado “analisando em pormenores os atores do processo, que foi verificada a ausência de vulnerabilidade e hipossuficiência, bem como o afastamento de qualquer pretensão de se adequar as partes como tendo uma relação familiar ou doméstica, muito menos afetiva estável” e, por isso, não está sujeito a revisão das Cortes Superiores. Sustenta que, “Durante toda a instrução processual, foi discutida a relação entre as partes, que não passou de

uma simples relação transitória, sem o mínimo de afetividade que justifique o enquadramento na Lei Maria da Penha” (fl. 940).

Assim, pede que “seja o Recurso Especial inadmitido, seja porque a pretensão recursal demanda reexame de matéria de fato e de prova, seja porque o v. aresto não infringiu qualquer dispositivo legal; ou, se admitido, o que se admite apenas para argumentar, que lhe seja negado provimento” (fl. 946).

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 978-988, opinando pelo provimento do recurso, em *parecer* que guarda a seguinte ementa:

Recurso especial. Lei Maria da Penha. Competência do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Verificada.

1. Nos termos do inciso III do art. 5º da Lei n. 11.340/2006, quaisquer agressões físicas, sexuais ou psicológicas causadas por homem em uma mulher com quem tenha convivido em qualquer relação íntima de afeto, independente de coabitação, caracteriza violência doméstica.

2. A condição de destaque da mulher no meio social, seja por situação profissional ou econômica, não afasta a incidência da Lei Maria da Penha, nos casos em que esta for submetida a uma situação de violência decorrente de relação íntima afetiva.

3. Parecer pelo provimento do recurso.

É o relatório.

## VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): O ora Recorrido, *Carlos Eduardo Bouças Dolabela Filho*, foi denunciado pela prática dos crimes do arts. 129, § 9º e 129, § 1º, inciso I, c.c. o art. 61, inciso II, alínea **h**, na forma do 71, todos do Código Penal, acusado nestes termos:

No dia 23 de outubro de 2008, por volta das 03:45 horas, no interior da boate 00, situada na Avenida Padre Leonel Franca, sem n., Gávea, nesta comarca, o denunciado, livre e conscientemente, com vontade de ferir, ofendeu a integridade física de Luana Elidia Afonso Piovani, causando-lhe as lesões corporais descritas no laudo de exame de corpo de delito de fls. 19.

Consta no incluso procedimento que a vítima e o denunciado mantinham relacionamento amoroso há cerca de oito meses.

No dia dos fatos a vítima e o denunciado estavam no interior da boate comemorando a estréia de uma peça teatral, sendo certo que, o denunciado

alcoolizado, inconformado com o fato da vítima estar se divertindo e não querer ir embora, a agrediu, desferindo um tapa em seu rosto, fazendo com que a mesma caísse ao solo.

Neste momento, Esmeralda de Souza Honório, de 62 anos de idade, se aproximou, visando socorrer a vítima, oportunidade em que, o denunciado, em novo desígnio criminoso, a agrediu, agarrando-a pelos ombros e jogando-a ao chão, causando-lhe lesões corporais.

Visivelmente transtornado, o denunciado munuiu-se de uma garrafa de cerveja e atirou-a ao chão. Ato contínuo, visto que a vítima se recusava a conversar, o denunciado a segurou com força pelos braços, sacudindo-a.

As agressões só cessaram em razão da intervenção de seguranças e freqüentadores do local.

O Juízo do Primeiro Juizado da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da capital fluminense condenou o Réu a pena totalizada em 2 (dois) anos e 9 (nove) meses de detenção, em regime inicial aberto.

A Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça fluminense, por maioria, rejeitou as preliminares, com voto vencido quanto à arguida incompetência do Juizado da Violência Doméstica e Familiar; e, no mérito, por unanimidade, negou provimento à apelação defensiva.

A Sétima Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no entanto, acolheu os embargos infringentes da Defesa, “para declarar a incompetência do I Juizado da Violência Doméstica e Familiar, anulando a sentença, e remetendo os autos à 27ª Vara Criminal da Comarca da Capital, para que proferira outra sentença” (fl. 905).

Contra esse acórdão, insurge-se o *Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, sustentando, nas razões do recurso especial, que o Tribunal *a quo* violou os arts. 5º, inciso III, e 14 da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), além de ter negado autoridade ao acórdão desta Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, prolatado nos autos do *HC n. 136.825-RJ*, que teria reconhecido a incidência da Lei Maria da Penha ao caso em apreço.

Pois bem. Passo ao exame do recuso especial.

De início, não conheço da alegação de suposta inobservância de julgado deste Superior Tribunal de Justiça, uma vez que, de um lado, a via processual adequada para deduzir tal controvérsia seria a Reclamação, a teor do art. 105, inciso I, alínea f, da Constituição Federal.

De outro lado, ainda que se admitisse a utilização da via do recurso especial para discutir a questão, a matéria, de qualquer sorte, carece do indispensável prequestionamento – vale dizer: a controvérsia não foi enfrentada no acórdão recorrido –, o que atrairia a incidência dos Verbetes Sumulares n. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal.

Não obstante, cumpre anotar, *obiter dictum*, que a controvérsia trazida pela Defesa nos autos do HC n. 136.825-RJ foi no sentido da suposta existência de direito subjetivo do Paciente à suspensão condicional do processo nos termos da Lei n. 9.099/1995. E esta Quinta Turma, em acórdão por mim relatado, se limitou a afirmar que “O art. 41 da Lei n. 11.340/2006 afastou a incidência da Lei n. 9.099/1995 quanto aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, o que acarreta a impossibilidade de aplicação dos institutos despenalizadores nela previstos, como a suspensão condicional do processo”. Em momento algum se discutiu acerca da eventual não-aplicação da Lei Maria da Penha ao caso em tela.

No mais, quanto ao malferimento dos arts. 5º, inciso III, e 14 da Lei n. 11.340/2006, a insurgência ministerial merece acolhida.

Eis o que dispõe a legislação em referência:

*Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:*

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - **em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.**

(...)

*Art. 14. Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da Justiça Ordinária com competência cível e criminal, poderão ser criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.*

A Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006, a denominada Lei Maria da Penha, objetivou criar formas de coibir a violência doméstica e familiar contra

a mulher, conforme o art. 226, § 8º, da Constituição Federal e Convenções Internacionais.

Depreende-se que a legislação teve o intuito de proteger a mulher da violência doméstica e familiar que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, mas o crime deve ser cometido no âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer *relação íntima de afeto*.

Outrossim, de acordo com os precedentes desta Corte, a relação existente entre os sujeitos ativo e passivo deve ser analisada em face do caso concreto, para verificar a aplicação da Lei Maria da Penha, sendo desnecessária a coabitação entre eles.

Na hipótese vertente, o primeiro ponto a merecer destaque é a conclusão inarredável, tanto do Juízo singular quanto do Tribunal *a quo*, de que havia, à época dos fatos, uma relação de namoro entre o agressor e a primeira vítima; e, em segundo lugar, que a agressão se deu no contexto da relação íntima existente entre eles. Trata-se, portanto, de fatos incontestes, já apurados pelas instâncias ordinárias, razão pela qual não há falar em incidência da Súmula n. 7 desta Corte.

A propósito, asseverou o Juízo de primeiro grau ao apreciar os primeiros embargos de declaração opostos em face da sentença:

[...] considerando ser fato incontroverso que a vítima e o acusado eram, ao tempo dos fatos, namorados já há algum tempo, plenamente aplicável a Lei Maria da Penha. (fl. 437)

“O voto-condutor do acórdão recorrido, depois de um esboço histórico acerca dos fatos que motivaram a aprovação da chamada “Lei Maria da Penha”, consignou, *in verbis*:

[...]

Com efeito, vimos aí a *ratio legis*, o que significa dizer que a lei deve ser aplicada contra violência intra-familiar, levando em conta a relação de gênero, diante da desigualdade socialmente constituída.

Por outra forma, temos o campo de sua aplicação guiado pelo binômio “hipossuficiência” e “vulnerabilidade” em que se apresenta culturalmente o gênero mulher no conceito familiar, que inclui relações diversas movidas por afetividade ou afinidade.

*In casu, observa-se, sem ingresso na prova meritória, a imputação de agressão de namorado contra namorada, o que, dentro do conceito lógico legal, poder-se-ia aplicar a referida Lei Maria da Penha.*

*Entretanto, uma simples análise dos personagens do processo, ou do local do fato - não doméstico - ou mesmo da notoriedade de suas figuras públicas, já que ambos são atores renomados, nos leva à conclusão de que a indicada vítima, além de não conviver em uma relação de afetividade estável com o réu ora embargante, não pode ser considerada uma mulher hipossuficiente ou em situação de vulnerabilidade.*

*É público e notório que a indicada vítima nunca foi uma mulher oprimida ou subjugada aos caprichos do homem".*

[...] (fls. 903-904)

Como se vê, o fundamento do acórdão recorrido para declarar a incompetência do Juízo sentenciante é a pretensa não-incidência da Lei n. 11.340/2006, porque “a indicada vítima, além de não conviver em uma relação de afetividade estável com o réu ora embargante, não pode ser considerada uma mulher hipossuficiente ou em situação de vulnerabilidade.”

Todavia, *concessa venia*, não é esse o entendimento prevalente neste Superior Tribunal de Justiça, que reiteradamente tem decidido que “O namoro é uma relação íntima de afeto que independe de coabitação; portanto, a agressão do namorado contra a namorada, ainda que tenha cessado o relacionamento, mas que ocorra em decorrência dele, caracteriza violência doméstica” (CC n. 96.532-MG, Rel. Ministra *Jane Silva* – Desembargadora convocada do TJMG, *Terceira Seção*, julgado em 5.12.2008, DJe 19.12.2008).

No mesmo sentido:

Conflito de competência. Penal. Lei Maria da Penha. Violência praticada em desfavor de ex-namorada. Conduta criminosa vinculada a relação íntima de afeto. Caracterização de âmbito doméstico e familiar. Lei n. 11.340/2006. Aplicação.

1. A Lei n. 11.340/2006, denominada Lei Maria da Penha, em seu art. 5º, inc. III, caracteriza como violência doméstica aquela em que o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Contudo, necessário se faz salientar que a aplicabilidade da mencionada legislação a relações íntimas de afeto como o namoro deve ser analisada em face do caso concreto. Não se pode ampliar o termo - relação íntima de afeto - para abarcar um relacionamento passageiro, fugaz ou esporádico.

2. *In casu*, verifica-se nexo de causalidade entre a conduta criminosa e a relação de intimidade existente entre agressor e vítima, que estaria sendo ameaçada de morte após romper namoro de quase dois anos, situação apta a atrair a incidência da Lei n. 11.340/2006.

3. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Conselheiro Lafaiete-MG. (CC n. 100.654-MG, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 25.3.2009, DJe 13.5.2009.)

Penal. *Habeas corpus*. Lei Maria da Penha. Ex-namorados. Aplicabilidade. Institutos despenalizadores. Lei n. 9.099/1995. Art. 41. Constitucionalidade declarada pelo plenário do STF. Constrangimento ilegal não evidenciado. Ordem denegada.

I. A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça vem firmando entendimento jurisprudencial no sentido da configuração de violência doméstica contra a mulher, ensejando a aplicação da Lei n. 11.340/2006, a agressão cometida por ex-namorado.

II. Em tais circunstâncias, há o pressuposto de uma relação íntima de afeto a ser protegida, por ocasião do anterior convívio do agressor com a vítima, ainda que não tenham coabitado.

III. A constitucionalidade do art. 41 da Lei Maria da Penha foi declarada no dia 24.3.2011, à unanimidade de votos, pelo Plenário do STF, afastando de uma vez por todas quaisquer questionamentos quanto à não aplicação dos institutos despenalizadores previstos na Lei n. 9.099/1995.

IV. Ordem denegada. (HC n. 181.217-RS, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 20.10.2011, DJe 4.11.2011.)

Processual Penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Violência doméstica. Lei Maria da Penha. Medida protetiva aplicada contra ex-namorado. Alegação de relação transitória. Necessidade de reexame do acervo probatório. Vedação da Súmula n. 7-STJ. Agravo não provido.

1. Com efeito, o Tribunal de piso, soberano na reanálise do conjunto fático-probatório, concluiu pela configuração da violência doméstica e familiar contra a mulher, e pela aplicação de medida protetiva da Lei Maria da Penha.

2. Nesse aspecto, desconstituir o julgado por suposta contrariedade a lei federal não encontra campo na via eleita, dada a necessidade de revolvimento do material probante, procedimento de análise exclusivo das instâncias ordinárias e vedado ao Superior Tribunal de Justiça, a teor da Súmula n. 7-STJ.

3. Ainda que assim não fosse, “*Configura violência contra a mulher, ensejando a aplicação da Lei n. 11.340/2006, a agressão cometida por ex-namorado que não se conformou com o fim de relação de namoro, restando demonstrado nos autos o nexa causal entre a conduta agressiva do agente e a relação de intimidade que existia com a vítima*” (CC n. 103.813-MG, Rel. Min. Jorge Mussi, Terceira Seção, DJe 3.8.2009).

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp n. 59.208-DF, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 26.2.2013, DJe 7.3.2013.)

Outrossim, reiterando a vênua, não há como prosperar a restrição erigida pelo acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro para aplicar a

Lei Maria da Penha, no sentido de exigir a demonstração de hipossuficiência ou de vulnerabilidade da mulher agredida.

Ora, ao meu sentir, a situação de vulnerabilidade e fragilidade da mulher, envolvida em relacionamento íntimo de afeto, nas circunstâncias descritas pela lei de regência, se revela *ipso facto*.

Com efeito, a presunção de hipossuficiência da mulher, a implicar a necessidade de o Estado oferecer proteção especial para reequilibrar a desproporcionalidade existente, constitui-se em pressuposto de validade da própria lei.

Vale ressaltar que, em nenhum momento, o legislador condicionou esse tratamento diferenciado à demonstração desse pressuposto – presunção de hipossuficiência da mulher –, que, aliás, é ínsito à condição da mulher na sociedade hodierna.

As denúncias de agressões, em razão do gênero, que porventura ocorram nesse contexto, devem ser processadas e julgadas pelos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, nos termos do art. 14 da Lei n. 11.340/2006.

A propósito, precisas são as considerações trazidas pelo *Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* nas razões recursais, as quais adiro:

Com efeito, o que pretendeu a lei foi conferir tratamento diferenciado à mulher vítima de violência doméstica e familiar, isto por considerá-la vulnerável diante da evidente desproporcionalidade física existente entre agredida e agressor. Da mesma forma, levou-se em conta o preconceito e a cultura vigentes, os quais se descortinam no número alarmante de casos de violência familiar e doméstica contra mulheres, em todos os níveis e classes sociais.

Nesta linha são as decisões do E. Supremo Tribunal Federal. Veja-se, a título de exemplo, o julgamento da ADC n. 19, relator Min. Marco Aurélio (acórdão ainda não disponível), o qual foi assim noticiado no Informativo de Jurisprudência daquela Corte (Inf. n. 654 - 6 a 10 de fevereiro de 2012):

(...) Asseverou-se que, ao criar mecanismos específicos para coibir e prevenir a violência doméstica contra a mulher e estabelecer medidas especiais de proteção, assistência e punição, tomando como base o gênero da vítima, o legislador teria utilizado meio adequado e necessário para fomentar o fim traçado pelo referido preceito constitucional. **Aduziu-se não ser desproporcional ou ilegítimo o uso do sexo como critério de diferenciação, visto que a mulher seria eminentemente vulnerável no tocante a constrangimentos físicos, morais e psicológicos sofridos em âmbito privado** (...) (g.n.)

Assim, a vulnerabilidade deve ser aferida na própria relação de afeto, onde o homem é, e sempre foi, o mais forte. A hipossuficiência, portanto, é presumida pela própria lei. (fls. 993-994)

Por esses fundamentos, reconhecendo-se a competência do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, deve ser cassado o acórdão recorrido e restabelecido o que julgou a apelação.

Não obstante, conta o Recorrido com o beneplácito da legislação penal brasileira que, a despeito da existência de inúmeros recursos permitidos pela lei processual penal, indica como *último* marco interruptivo da prescrição da pretensão punitiva estatal a sentença penal condenatória.

No caso, o Juízo do Primeiro Juizado da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da capital fluminense condenou o Réu, em relação à vítima *Luana*, à pena de 9 (*nove*) meses de detenção; e, em relação à vítima *Esmeralda*, à pena de 2 (*dois*) anos de reclusão. Em razão da continuidade delitiva, mas prevalecendo o óbice do parágrafo único do art. 70 do Código Penal, determinou o somatório das penas, que totalizaram, assim, 2 (dois) anos e 9 (nove) meses, em regime inicial aberto.

A teor do art. 110, § 1º, c.c. o art. 119, ambos do Código Penal, devem ser consideradas as penas isoladamente cominadas – no caso, 9 meses; e 2 anos –, as quais, ensejam os prazos prescricionais, respectivamente, de 2 e 4 anos, consoante os *incisos VI* (este com a redação anterior à Lei n. 12.234, de 5 de maio de 2010, já que o crime é de 23.10.2008) e *V do art. 109 do Código Penal*.

Consta-se, pois, a superveniência da extinção da punibilidade em face da prescrição da pretensão punitiva estatal *em relação ao crime de lesão corporal cometido contra a vítima Luana*, considerando que, desde a publicação da sentença condenatória em 12.8.2010 (fl. 434), último marco interruptivo, já transcorreu o lapso temporal de 2 anos, cujo termo final se deu em 11.8.2012, portanto, antes mesmo de o recurso especial do Ministério Público ser protocolizado na origem em 9.7.2013 (fl. 912).

No mais, remanesce a condenação imposta com relação à vítima *Esmeralda* à pena de 2 (dois) anos de reclusão, em regime inicial aberto.

Ante o exposto, *dou provimento* ao recurso especial para, cassando o acórdão dos embargos infringentes, restabelecer o acórdão da apelação que confirmara a sentença penal condenatória. Outrossim, *declaro, de ofício*, a extinção da punibilidade do Recorrido em relação ao crime de lesão corporal cometido

contra a primeira vítima, em face da superveniente prescrição da pretensão punitiva estatal, remanescendo a condenação contra a segunda vítima.

É como voto.

### VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Moura Ribeiro: Pedi vênias para lançar este voto-vogal, em razão da delicadeza jurídica do caso, cirurgicamente destacado no voto condutor da Relatora, Ministra *Laurita Vaz*, o que também ficou realçado no voto do e. Ministro Presidente, *Marco Aurelio Bellizze*.

E o faço pela repercussão que o caso permite, na medida em que envolve protagonistas de destacada atividade cultural, já que são artistas da Rede Globo de Televisão e que por isso mesmo também são pessoas de alto relevo no mundo social e que permitem exemplos à sociedade.

Aqui não está em furo o namoro dos artistas. As instâncias inferiores assim o proclamaram.

Por outro lado, a relação íntima de forte convivência afetiva, como sabido, não exige coabitação.

Vivemos direitos de terceira geração, lastreados na solidariedade e na fraternidade. Por isso, não há mais espaço para separar mulheres em fortes e hipossuficientes, como se voltássemos ao início do século passado ao tempo da Constituição da mandioca, em que alguns produtores mais abastados podiam votar, outros, não.

Por isso, ao caso tem inteira aplicação a Lei Maria da Penha, sem outros questionamentos.

Afinal, diz o preâmbulo da nossa Constituição, com todas as letras, que o nosso Estado Democrático foi instituído para assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, dentre eles o bem-estar, a sociedade fraterna, fundada na harmonia social e comprometida com a ordem interna e internacional.

Em suma, o nosso Estado Democrático encontra lastro na dignidade humana que não permite que alguém seja agredido em público, mormente uma mulher pelo seu namorado e em público.

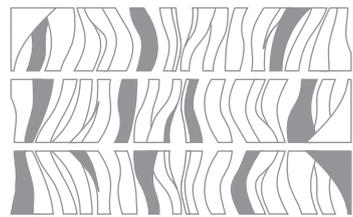
E os Direitos Humanos são prevaletentes no nosso mundo jurídico por força do art. 4º, inciso II, da nossa CF. Por isso, há plena vigência entre nós do Pacto de San José da Costa Rica desde 1992.

Se todo esse arcabouço jurídico não bastasse, vale a pena lembrar que o art. 5º, da nossa CF diz que todos nós temos direito à segurança, o que redundaria reconhecer, mais uma vez, que ninguém pode ser agredido em público, sem razão legal que permita o uso da repulsa a injustos maus-tratos.

Vai daí que o argumento de que a vítima é uma mulher de mais de um metro e oitenta de altura não vingará já que dignidade não se afere por extensão de medida e sem dúvida alguma, ela não é uma atleta.

Resumindo, acompanhando o brilhante voto da Ministra *Laurita Vaz* e as luzes dos suplementos trazidos pelo Ministro *Marco Aurelio Bellizze*, firme na tese de que os direitos de terceira geração orientam o intérprete para os fins sociais da Lei Maria da Penha e para o contexto em que ela foi lançada, para preservar a dignidade humana que foi aviltada pela agressão pública e injustificada do recorrido contra a sua namorada.

Assim, pelo meu voto, também *dou provimento* ao recurso especial para cassar o acórdão dos embargos infringentes e restabelecer o acórdão da apelação que confirmou a sentença penal condenatória.



---

**Sexta Turma**



---

**HABEAS CORPUS N. 198.023-RS (2011/0035178-3)**

---

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Impetrante: Fábio Maluf Tognola

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

Paciente: Helder Rodrigues Zebal

---

**EMENTA**

Processual Penal. *Habeas corpus*. Artigo 89, parágrafo único, da Lei n. 8.666/1993. Condenação. Apelação criminal julgada. *Writ* substitutivo de recurso especial. Inviabilidade. Via inadequada. Malversação de verbas do FUNDEF. Empresário. Recursos que não advieram da União. Irrelevância. Educação. Responsabilidade constitucional. Interesse federal. Ocorrência. Incompetência da Justiça Estadual. Flagrante ilegalidade. Existência. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional e em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. Independentemente de repasse ou não de recursos federais ao município, a malversação de verbas decorrentes do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério - FUNDEF enseja o interesse da União, diante da sua competência constitucional em prol do direito à educação, a evidenciar, desse modo, a competência da Justiça Federal.

3. Na hipótese em apreço, existe flagrante ilegalidade pois a Justiça Estadual processou e julgou o feito, não obstante os recursos serem oriundos do FUNDEF.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de declarar a nulidade do feito, reconhecendo a incompetência da Justiça Estadual para o seu processamento e julgamento, determinando, ainda, a remessa dos autos ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região,

a fim de que um juiz federal de primeiro grau examine o caso como entender de direito.

### 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 Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido de *habeas corpus*, expedindo, contudo, por maioria, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora, vencidos, neste ponto, os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz e Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ-SE). Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Assusete Magalhães, Rogerio Schietti Cruz e Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ-SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora quanto ao não conhecimento da ordem.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Assusete Magalhães votaram com a Sra. Ministra Relatora quanto à concessão da ordem de ofício.

Brasília (DF), 10 de dezembro de 2013 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

---

DJe 26.2.2014

### RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Cuida-se de *habeas corpus* impetrado, com pedido liminar, impetrado em favor de *Helder Rodrigues Zebral*, contra acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Apelação Criminal n. 70033483033).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, por infração ao disposto no artigo 89, parágrafo único, da Lei n. 8.666/1993, c.c. o artigo 29 do Código Penal, à pena de 3 (três) anos de detenção, a ser cumprida no regime aberto, mais 25 (vinte e cinco) dias-multa. Substituiu-se a sanção reclusiva por duas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviço à comunidade e prestação pecuniária - Processo n. 165/2.06.0000323-3, da Vara Criminal da comarca de Eldorado do Sul-RS.

Inconformados, o *Parquet* e a defesa interpuseram recursos de apelação, tendo o Tribunal de origem negado provimento ao apelo defensivo e dado

provimento ao ministerial a fim de acrescer a reprimenda, perfazendo o montante de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de detenção, a ser cumprida no regime aberto, mais 30 (trinta) dias-multa. Mantida a substituição operada pelo magistrado singular, a prestação pecuniária foi majorada para 20 (vinte) salários-mínimos. Eis a ementa do aresto (fl. 20):

Ex-Prefeito Municipal. Dispensa de licitação.

Cometem o crime contido no art. 89, *caput*, da Lei n. 8.666/1993, o Prefeito Municipal e Secretário Municipal de Educação que dispensam licitação para aquisição de projeto de informática educativo e prestação de serviços de treinamento técnico-pedagógico a ser ministrado aos professores da rede municipal, pelo preço de R\$ 225.000,00, fora das hipóteses previstas em lei, bem como incorre nas sanções do parágrafo único mesmo artigo o diretor de entidade que concorre para este crime, celebrando contrato com o Poder Público. Condenação mantida.

*Pena.*

Se duas das circunstâncias judiciais são desfavoráveis aos réus, a pena-base não pode ser fixada no mínimo legal. Apelo ministerial provido.

No presente *mandamus*, alega o impetrante que a ação penal a que submetido o paciente ressentiu-se de nulidade, visto que a contratação em foco envolveria recursos do FUNDEF.

Sublinha que os fundos que, por serem oriundos da União, implicariam a competência da Justiça federal.

Destaca que, como o feito tramitou perante a Justiça estadual, haveria nulidade a contaminá-lo inteiramente.

Requer, liminarmente, o sobrestamento do feito até o julgamento final deste *writ*. No mérito, busca a anulação da ação penal *ab initio*.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 303-308), sendo solicitadas informações ao Tribunal de origem, acostadas às fls. 312-363.

Com vista dos autos, o Ministério Público Federal opinou, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral João Pedro de Sabóia Bandeira de Mello Filho, pela denegação da ordem (fls. 366-375).

Notícias colhidas dos assentamentos eletrônicos desta Corte dão conta de que foi interposto recurso especial, cuja inadmissão ensejou agravo de instrumento para este Superior Tribunal (AREsp n. 32.743-RS), cujo provimento foi negado em *decisum* unipessoal assim sintetizado:

Penal e Processo Penal. Agravos em recursos especiais. Recurso dos corréus Jaime Ricardo Conzatti e Jairo Luís Conzatti. Interposição fora do quinquídio legal. Intempestividade. Agravo não conhecido. Recurso do corréu Helder Rodrigues Zebral. Ofensa ao art. 619 do CPP. Inocorrência. Embargos de declaração. Omissão, contradição ou obscuridade. Inexistência. Rediscussão do mérito. Impossibilidade. Acórdão em conformidade com a jurisprudência desta Corte. Súmula n. 83-STJ. Negativa de vigência aos arts. 1º, 2º, § 4º, 11 e 12, todos da Lei n. 9.424/1996, e 41, IV, da Lei n. 8.443/1992. (I) - Ausência de prequestionamento. Súmulas n. 211-STJ, 282-STF e 356-STF. (II) - Ausência de razões jurídicas da vulneração. Fundamentação deficiente. Súmula n. 284-STF. (III) - Acórdão assentado em mais de um fundamento suficiente. Recurso que não abrange todos eles. Súmula n. 283-STF. Contrariedade ao art. 59 do CP. Dosimetria. Reexame fático e probatório. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ. Divergência jurisprudencial. Art. 255-RISTJ. Inobservância. Agravo a que se nega provimento.

Interposto agravo regimental, restou negado provimento; opostos embargos de declaração, foram rejeitados, o que acarretou na interposição de recurso extraordinário e embargos de divergência.

É o relatório.

## VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): A questão trazida a deslinde abarca a tese acerca da nulidade pela eventual incompetência do juízo estadual para o processamento e julgamento da ação penal.

Cumpre registrar a compreensão firmada nesta Corte, sintonizada com o entendimento do Pretório Excelso, de que se deve racionalizar o emprego do *habeas corpus*, valorizando a lógica do sistema recursal. Nesse sentido:

*Habeas corpus. Julgamento por Tribunal Superior. Impugnação.* A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea **a**, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de *habeas corpus*, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*. *Processo-crime. Diligências. Inadequação.* Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las. (HC n. 109.956, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 7.8.2012, processo eletrônico DJe-178 divulg 10.9.2012 public 11.9.2012)

É inadmissível que se apresente como mera escolha a interposição de recurso ordinário, do recurso especial/agravo de inadmissão do REsp ou a

impetração do *habeas corpus*. Mostra-se imperioso promover-se a racionalização do emprego do *mandamus*, sob pena de sua hipertrofia representar verdadeiro índice de ineficácia da intervenção dos Tribunais Superiores. Inexistente clara ilegalidade, não é de se conhecer da impetração. Passa-se, então, à verificação da ocorrência de patente violação da lei.

No caso, entendimento anterior da Terceira Seção circunscrevia o cerne da questão presente à existência de participação de verbas oriundas da União no repasse, ao Município de Eldorado-RS, de recursos pertencentes ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério - FUNDEF (Atual: Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização da Educação - FUNDEB -, previsto na Lei n. 11.494, de 20.6.2007)

Na hipótese, a malversação das verbas teria ocorrido no período de 2001 a 2004, sendo que, à época do suposto crime, os recursos destinados ao FUNDEF eram regulados pela Lei n. 9.424/1996, que previa o seguinte acerca da composição do referido Fundo:

Artigo 1º. É instituído, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério, o qual terá natureza contábil e será implantado, automaticamente, a partir de 1º de janeiro de 1998.

(...)

§ 3º. Integra os recursos do Fundo a que se refere este artigo a complementação da União, quando for o caso, na forma prevista no art. 6º.

(...)

Artigo 6º. A União complementarará os recursos do Fundo a que se refere o art. 1º sempre que, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, seu valor por aluno não alcançar o mínimo definido nacionalmente.

Dessarte, a legislação vigente no supracitado período dispunha que o FUNDEF era constituído excepcionalmente por verbas oriundas do Governo Federal, apenas nas hipóteses em que houvesse a necessidade de se complementar os recursos.

Segundo depreende-se dos autos, a União não teria feito qualquer repasse para o Município de Eldorado-RS a título de verba do FUNDEF.

Consoante isso, ao fundamentar o acórdão ora vergastado, o Tribunal de origem fê-lo nestes termos (fls. 21-29):

Jaime Ricardo Conzatti, Jairo Luís Conzatti e Helder Rodrigues Zebral foram denunciados na 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul Os dois primeiros, como incurso nas sanções do art. 89, *caput*, da Lei n. 8.666/1993; o último, nas do parágrafo único do mesmo artigo, todos na forma do art. 29, *caput*, do Código Penal.

Segundo a denúncia, no dia 8 de março de 2001, no Município de Eldorado do Sul, os denunciados Jaime Ricardo Conzatti, Prefeito Municipal, e Jairo Luís Conzatti, Secretário Municipal de Educação, prevalecendo-se de suas funções, agindo conjuntamente e com o mesmo objetivo, dispensaram a realização de licitação fora das hipóteses previstas no art. 24 da Lei n. 8.666/1993, bem como deixaram de observar as formalidades pertinentes à dispensa de certame previstas no artigo 26, *caput*, e seu parágrafo único, do mesmo diploma legal, contratando diretamente, o Instituto de Tecnologia Aplicada à Informação (ITEAI), com sede em Brasília - DF, tendo como Diretor Presidente o denunciado Helder Rodrigues Zebral, para o fim de fornecimento de um projeto de informática educativo composto de cinqüenta (50) microcomputadores novos com processadores de 350 MHZ (com Kit multimídia de 24X), cinco (05) impressoras Inkjet (jato de tinta), cinqüenta (50) mesas para microcomputador, cinco (05) mesas para impressora, equipamentos e acessórios, e biblioteca básica contendo cento e setenta (170) softwares educacionais e licença de uso para as escolas participantes do projeto, abrangendo o Ensino Fundamental, e prestação de serviços de treinamento técnico-pedagógico ministrado aos professores da rede municipal, com carga horária de quarenta (40) horas, sendo vinte (20) horas de treinamento pedagógico, pelo preço de R\$ 225.000,00 (duzentos e vinte e cinco mil reais), a serem pagos em cinco (05) parcelas de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais), a primeira prevista para trinta dias após a entrega dos equipamentos e realização do curso de capacitação, tudo conforme contrato de fls. 291-293 e a Informação Complementar n. 037/2003, elaborada pela Supervisão de Auditoria Externa do Tribunal do Tribunal de Contas do Estado (fls. 344-349).

Nas mesmas circunstâncias, o denunciado Helder Rodrigues Zebral, Diretor Presidente do Instituto de Tecnologia Aplicada à Informação, concorreu para a prática do crime de dispensa de licitação fora das hipóteses previstas no art. 24 da Lei n. 8.666, de 21.6.1993, bem como deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa prevista no art. 26, *caput*, e seu parágrafo único, do mesmo diploma legal, beneficiando-se da citada dispensa para celebrar o Contrato de Fornecimento e Prestação de Serviços n. 016/2001 (fls. 291-293), datado de 8.3.2001, fornecendo, conforme entendimento prévio com o Prefeito e com o Secretário Municipal de Educação, a proposta de projeto das fls. 244-246, bem assim apresentando, como justificativa para a dispensa de certame, o parecer jurídico das fls. 125-128, datado de 20.9.1997, emitido quase quatro anos antes pelo Doutor Melillo Dinis do Nascimento, OAB/DF 13.096, por ele próprio contratado, além de, mais ainda, juntando, como prova de atendimento dos requisitos para a contratação direta, cópia da Segunda Alteração de Estatuto do

Instituto de Tecnologia Aplicada à Informação (ITEAI), cuja cláusula primeira prevê tratar-se referido Instituto de uma entidade sem fins lucrativos (fl. 110), vindo, por derradeiro, a ser beneficiado pelo pagamento das parcelas mensais pelo Município de Eldorado do Sul, consoante a Nota de Empenho n. 000934/01 (fl. 289).

Os denunciados Jaime Ricardo Conzatti, Prefeito Municipal, e Jairo Luís Conzatti, Secretário Municipal de Educação de Eldorado do Sul, concorreram conjuntamente para a prática do crime de dispensa de licitação fora das hipóteses previstas no art. 24 da Lei n. 8.666/1993, bem como de deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa de certame prevista no art. 26, *caput*, e seu parágrafo único, do mesmo diploma legal, pois, propositadamente, sem o exigido rigor e cautela, o primeiro celebrou o contrato de fornecimento e prestação de serviço em desatenção ao Parecer n. 06/2001 de sua Assessoria Jurídica, ao qual, surpreendentemente, faz referência na cláusula sétima do instrumento contratual, e que entendia comprovada apenas a contratação do Instituto de Tecnologia Aplicada à Informação (ITEAI) por outros entes políticos e exigia prova de que a entidade não tem fins lucrativos (fl. 247), bem como por ter autorizado os pagamentos efetuados em favor do Instituto, conforme a Nota de Empenho n. 000934/01 (fl. 289); o segundo por sua vez por ter firmado, em 15.1.2001, o Memorando n. 05/01, solicitando dispensa de licitação para contratação do Instituto (fl. 248), bem como por requisitar mensalmente liberações de pagamento ao Instituto contratado, por intermédio dos Memorandos n. 771/01, n. 331/01 e n. 566/01 (fls. 261, 270 e 271), tudo em afronta aos princípios da motivação, da isonomia, de impessoalidade e da publicidade, exigidos pelo art. 3º da Lei n. 8.666/1993, além de em desacordo com o determinado nos incisos II e III do art. 26 do mesmo diploma legal.

Por outro lado, os denunciados dispensaram indevidamente o certame, pois contrataram diretamente o Instituto de Tecnologia Aplicada à Informação sem que este atendesse ao exigido no inciso II do parágrafo único do art. 26 da Lei de Licitações, uma vez que não é credenciado nem consta como entidade de fins filantrópicos junto ao Ministério da Educação, ao Ministério da Ciência e da Tecnologia e ao Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (Ministério da Assistência Social), não podendo ser considerado como entidade de natureza privada sem fins lucrativos e enquadrado e favorecido pela previsão do inciso XIII do art. 24 da Lei n. 8.666/1993.

Ademais, os denunciados dispensaram indevidamente a realização de certame licitatório, pois o ITEAI não possuía a exigida singularidade do serviço proposto e contratado a inviabilizar o confronto com outras propostas concorrentes, ao Município de Eldorado do Sul tendo sido ofertado o fornecimento de serviços semelhantes pelo Instituto São Paulo de Projetos e Pesquisa (ISPPP), consoante proposta das fls. 364-371.

Os denunciados dispensaram indevidamente a licitação, ainda, pois não poderiam contratar o ITEAI diretamente, por quanto os autos do procedimento

não contem a exigida prova da sua inquestionável reputação ético-profissional, da sua qualificação econômico-financeira, da sua experiência e da sua reputação para o desenvolvimento do projeto, conforme exigem os arts. 3º, 24, inciso XIII, 26 e 31 da Lei n. 8.666/93, inexistindo o credenciamento do Instituto contratado junto ao Ministério da Educação e à Secretaria Estadual de Educação do Rio Grande do Sul (fls. 384 e 385, respectivamente).

Por fim, os denunciados dispensaram indevidamente o certame e deixaram de atender as formalidades legais exigidas para tanto, deixando de procederem à também exigida e imprescindível justificativa de preço determinada pelo inciso III do parágrafo único do art. 26 da Lei n. 8.666/1993.

Além de indevidamente dispensado o procedimento licitatório para a contratação da ITEAI, pelo Serviço Geral de Auditoria do Tribunal de Contas do Estado restou apurado que, dentre os equipamentos objeto do Contrato de Fornecimento e Prestação de Serviço n. 016/2001 (fls. 291-293), foram adquiridos pelos denunciados três mil (3.000) licenças de softwares educacionais desnecessários, uma vez que destinados ao ensino médio, nível de ensino não atendidos pelas escolas municipais de Eldorado do Sul, representando prejuízo da ordem de R\$ 35.610,00 (trinta e cinco mil, seiscentos e dez reais) aos cofres públicos, conforme a Informação Complementar n. 037/2003 (fls. 344-349).

Tendo em vista a decisão do egrégio Supremo Tribunal Federal que declarou a inconstitucionalidade da Lei n. 10.628/2002, os autos foram remetidos ao 1º grau de jurisdição.

Recebida a denúncia, em 8 de maio de 2006, os réus foram citados e interrogados, apresentando alegações preliminares, com rol testemunhal.

Foram inquiridas seis testemunhas da acusação e três da defesa.

No prazo do art. 499 do Código de Processo Penal, o Ministério Público requereu a atualização dos antecedentes criminais do réu; as defesas, nada.

Em alegações finais, o Dr. Promotor de Justiça pediu a condenação dos réus, nos termos da denúncia; a defesa de Jaime e Jairo, a absolvição, por atipicidade do fato, alegando que não houve dano ao erário, a defesa de Helder, a absolvição, por ausência de dolo, alegando que a licitação era dispensável.

Daí, a Magistrada proferiu sentença, condenando os réus à pena de três anos de detenção e 25 dias-multa, à razão de  $\frac{1}{15}$  do salário-mínimo vigente na data do fato, em regime aberto, substituindo a pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, Jaime e Jairo como incursores nas sanções do art. 89, *caput*, da Lei n. 8.666/1993, c.c. o art. 29 do Código Penal, Helder, nas sanções do art. 89, parágrafo único, da Lei n. 8.666/1993, c.c. o art. 29 do Código Penal.

A sentença foi publicada em 16 de abril de 2009.

Irresignados, apelam, a tempo, o Dr. Promotor de Justiça e os condenados. O primeiro, pleiteando a majoração da pena imposta; Jaime e Jairo, a absolvição,

alegando que a dispensa de licitação foi legítima, não carreando dano ao erário nem vantagem ilícita a eles; Helder Zebral, após suscitar a incompetência do Juízo Estadual, por se tratar de malversação de verba federal, a absolvição, alegando que não há prova suficiente para embasar uma condenação, que não agiu com dolo e que não houve prejuízo ao erário.

As partes contra-arrazoaram no que lhes cabia.

(...)

A preliminar arguida por Helder Rodrigues Zebral não procede.

*Ocorre que o FUNDEF, criado pela EC n. 14/1996 e instituído pela Lei n. 9.424/1996, é composto por recursos provenientes das três entidades federativas que compõem o Estado brasileiro e, no caso, a Prefeitura de Eldorado do Sul não recebeu verba complementar da União no período correspondente, conforme ficou bem demonstrado na consulta realizada ao endereço <http://www.stn.fazenda.gov.br> realizada pelo Ministério Público e constante no documento de fls. 303-304.*

*Penal. Conflito de competência. Crime de responsabilidade. Utilização indevida de verbas do FUNDEF. Prefeito municipal. Não-complementação do fundo pela União. Prestação de contas no Tribunal de Contas do Estado. Ausência de interesse da União. Inaplicabilidade da Súmula n. 208-STJ. Competência da Justiça Estadual. 1. O Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério - FUNDEF atende a uma política nacional de educação, sendo regulamentado pela Lei n. 9.424/1996, que foi revogada com a entrada em vigor da Lei n. 11.494/2007, que instituiu o FUNDEB - Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação. 2. Os Tribunais de Contas da União, dos Estados e dos Municípios devem fiscalizar o cumprimento do disposto no art. 212 da Constituição, que trata do sistema de ensino no país, conforme dispunha o art. 11 da Lei n. 9.424/1996 e a nova Lei n. 11.494/2007 em seu art. 26. 3. Não ocorrendo a complementação do Fundo com recursos da União, inexistente o seu interesse direto na gestão desses recursos, sendo inaplicável a Súmula n. 208-STJ. 4. Conflito conhecido para declarar a competência do Tribunal de Justiça da Paraíba, ora suscitado. Precedentes do STJ (TRF4, ACR n. 2002.71.07.013608-8, Sétima Turma, Relator José Jacomo Gimenes, D.E. 3.2.2010)*

*Processual Penal. Habeas corpus. Malversação de verbas públicas, lavagem de dinheiro, inserção de dados e quadrilha. Competência. Conexão. Deslocamento para a Justiça Estadual. Impossibilidade. Prejuízo a bens, serviços ou interesses da União ou autarquias não-descartado. Necessidade de reexame do material fático-probatório. Ordem denegada. 1. No crime de malversação de verbas públicas oriundas do FUNDEF, quando não há complementação da União, a competência é da Justiça Estadual.*

Precedentes do STJ. 2. Para a fixação da competência, havendo vários crimes, é imperativo observar todos eles, sobretudo na hipótese de eventual conexão. 3. É prematuro deslocar a competência para a Justiça Estadual quando não está demonstrado nos autos se a inserção de dados falsos não causou prejuízo a bens, serviços ou interesses da União, suas autarquias ou empresas públicas. 4. Na via estreita do *habeas corpus*, é inviável o aprofundamento da análise do material fático-probatório. 5. Ordem denegada (HC n. 139.206-SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 10.11.2009, DJe 7.12.2009)

*Penal. Conflito de competência. Crime de responsabilidade. Malversação de verbas do FUNDEB. Prefeito municipal. Não-complementação do fundo pela União. Nova sistemática trazida pela Lei n. 11.494/2007. Prestação de contas ao Tribunal de Contas do Estado. Ausência de interesse da União. Inaplicabilidade da Súmula n. 208-STJ. Competência da Justiça Estadual.*

1. O FUNDEB - Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação atende a uma política nacional de educação, sendo regulamentado pela Lei n. 11.494/2007, que revogou a Lei n. 9.424/1996 do antigo FUNDEF - Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério. 2. Compete aos Tribunais de Contas da União fiscalizar o cumprimento do disposto no art. 212 da Constituição, que trata do sistema de ensino no país, na hipótese de haver complementação da União na composição do fundo, conforme dispõe o art. 26, inciso III, da Lei n. 11.494/2007. 3. Não ocorrendo a complementação do Fundo com recursos da União, inexistente o seu interesse direto na gestão desses recursos, sendo inaplicável a Súmula n. 208-STJ. 4. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da Comarca de Porteirinha-MG, ora suscitado (CC n. 88.899-MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Terceira Seção, julgado em 13.5.2009, DJe 4.6.2009)

*Processo Penal. Conflito de competência. Ex-prefeito. Desvio de verbas provenientes do FUNDEF.* Tendo em vista que os recursos repassados ao FUNDEF, objeto de desvio por parte do ex-prefeito e servidores, advieram, tão-somente, de verbas provenientes dos governos estaduais e municipais, resta afastada a competência da justiça federal para o julgamento do feito, haja vista a inexistência de prejuízo em detrimento de bens, serviços ou interesse da União. Conflito conhecido e declarado competente o Juízo de Direito da Comarca de Araruama (RJ), ora suscitante. (CC n. 37.476-RJ, Rel. Ministro Felix Fischer, Terceira Seção, julgado em 28.5.2003, DJ 30.6.2003 p. 129)

Rejeito, portanto, a preliminar.

(...)

Registre-se que o *Parquet* estadual solicitou, em promoção cuja cópia encontra-se acostada às fls. 91-92 (fls. 303-304 dos autos da apelação), relação acerca das transferências de recursos da União para o Município de Eldorado do Sul, no tocante ao FUNDEF, nos anos de 2001, 2002, 2003 e 2004.

Da planilha juntada às fls. 94-95, extrai-se que a União não complementou, no período de 1998 a 2004, os recursos do FUNDEF encaminhados ao mencionado Município rio grandense.

De fato, inexistiam verbas oriundas da União, sendo que os recursos destinados ao FUNDEF advieram somente dos Estados e dos Municípios.

Não obstante, a Terceira Seção deste Areópago modificou o entendimento a fim de reconhecer o interesse da União, independentemente de repasse ou não de verbas ao Município, diante da sua competência constitucional em prol do direito fundamental à educação, cuja responsabilidade emerge do disposto nos artigos 211 e 212 da Constituição Federal.

Com efeito, evidencia-se o interesse da entidade na fiscalização da aplicação dos recursos em atenção ao que dispõe a Lei n. 9.424/1996:

Art. 11. Os órgãos responsáveis pelos sistemas de ensino, assim como os Tribunais de Contas da União, dos Estados e Municípios, criarão mecanismos adequados à fiscalização do cumprimento pleno do disposto no art. 212 da Constituição Federal e desta Lei, sujeitando-se os Estados e o Distrito Federal à intervenção da União, e os Municípios à intervenção dos respectivos Estados, nos termos do art. 34, inciso VII, alínea e, e do art. 35, inciso III, da Constituição Federal.

Art. 12. O Ministério da Educação e do Desporto realizará avaliações periódicas dos resultados da aplicação desta Lei, com vistas à adoção de medidas operacionais e de natureza político-educacional corretivas, devendo a primeira realizar-se dois anos após sua promulgação.

Desse modo, o interesse da União mostra-se presente a ensejar a competência da Justiça Federal para o processamento e julgamento de feito, que vise averiguar possível lesão aos bens, interesses ou serviços desse ente federativo. De se invocar, portanto, o artigo 5º, LIII, da Carta Magna, *verbis*:

art. 5º

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

Nesta Corte, eis o julgado paradigma do novel posicionamento do colegiado:

Conflito de competência. Penal. Prefeito condenado pelo juízo estadual, em face do reconhecimento de desvio de verbas oriundas do FUNDEF. Juízo estadual incompetente (art. 5º, LIII, CF/1988). Prestação de contas perante o TCU (art. 71 da Carta Magna). Indiscutível interesse da União. Incidência dos artigos 211, § 1º, parte final e 212, *caput*, da Constituição. Incidência da Súmula n. 218-STJ. Precedentes do Supremo Tribunal Federal sobre o mesmo tema. Reconhecimento da competência da Justiça Federal.

1. O FUNDEF - Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério, atende a uma política nacional de educação (artigo 211, § 1º, parte final).

2. A teor do disposto no artigo 212, *caput*, da Carta Magna, "A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino." 3. A malversação de verbas decorrentes do FUNDEF, no âmbito penal, ainda que não haja complementação por parte da União, vincula a competência do Ministério Público Federal para a propositura de ação penal, atraindo, nessa hipótese, a da Justiça Federal, bem como o controle a ser exercido pelo TCU, conforme dispõe o artigo 71 da CR/1988.

4. Evidenciado o interesse da União frente à sua missão constitucional na coordenação de ações relativas ao direito fundamental da educação, principalmente por tratar-se de fiscalização concorrente entre entes federativos, a competência é da Justiça Federal, sendo nula a sentença condenatória proferida por Juízo Estadual, a teor do disposto no artigo 5º, III, da Carta Republicana.

5. Conflito de competência conhecido, a fim de determinar o retorno dos autos ao TJSP, para que anule a sentença estadual, remetendo-os a uma das Seções Judiciárias integrantes do TRF 3ª Região, para que o Juízo singular Federal decida como entender de direito, sob pena de supressão de instância.

(CC n. 119.305-SP, Rel. Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ), Terceira Seção, julgado em 8.2.2012, DJe 23.2.2012)

Vejam-se os precedentes subsequentes:

Conflito negativo de competência. Malversação de verbas públicas oriundas do FUNDEF. Ausência de complementação de verbas federais. Irrelevância. Caráter nacional da política de educação. Interesse da União. Competência da Justiça Federal.

1. Após o julgamento do CC n. 119.305-SP, a Terceira Seção desta Corte passou a entender que é da competência da Justiça Federal a apuração, no âmbito penal, da malversação de verbas públicas oriundas do FUNDEF, ainda que não tenha complementação de verbas federais, diante do caráter nacional da política de educação, o que evidencia o interesse da União na correta aplicação dos recursos.

2. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado da Paraíba, o suscitante.

(CC n. 115.814-PB, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Seção, julgado em 28.3.2012, DJe 14.5.2012)

Conflito negativo de competência. Malversação de verbas públicas oriundas do FUNDEF. Ausência de complementação de verbas federais. Irrelevância. Caráter nacional da política de educação. Interesse da União. Competência da Justiça Federal.

1. Após o julgamento do CC n. 119.305-SP, a Terceira Seção desta Corte, mudando a jurisprudência até então pacificada, passou a entender ser da competência da Justiça Federal a apuração, no âmbito penal, de malversação de verbas públicas oriundas do FUNDEF, independentemente da complementação de verbas federais, diante do caráter nacional da política de educação, o que evidencia o interesse da União na correta aplicação dos recursos.

2. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado da Paraíba, o suscitante.

(CC n. 123.817-PB, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Seção, julgado em 12.9.2012, DJe 19.9.2012)

Agravo regimental. Conflito de competência. Malversação de verbas oriundas do FUNDEF. Política Nacional de Educação. Interesse da União. Justiça Federal. Competência. Posição da Terceira Seção.

Agravo regimental improvido.

1. A Terceira Seção desta Corte pacificou seu entendimento acerca da competência para processar e julgar o crime de malversação de verbas oriundas do FUNDEF, quando do julgamento, em 8.2.2012, do CC n. 119.305-SP.

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no CC n. 125.291-RO, Rel. Ministro Campos Marques (Desembargador convocado do TJ-PR), Terceira Seção, julgado em 8.5.2013, DJe 14.5.2013)

Do Pretório Excelso, colhem-se estes arestos:

Conflito negativo de atribuições. Caracterização. Ausência de decisões do Poder Judiciário. Competência do STF. Art. 102, I, f, CF. FUNDEF. Composição. Atribuição em razão da matéria. Art. 109, I e IV, CF.

1. Conflito negativo de atribuições entre órgãos de atuação do Ministério Público Federal e do Ministério Público Estadual a respeito dos fatos constantes de procedimento administrativo.

2. O art. 102, I, f, da Constituição da República recomenda que o presente conflito de atribuição entre os membros do Ministério Público Federal e do Estado de São Paulo subsuma-se à competência do Supremo Tribunal Federal.

3. A sistemática de formação do FUNDEF impõe, para a definição de atribuições entre o Ministério Público Federal e o Ministério Público Estadual, adequada delimitação da natureza cível ou criminal da matéria envolvida.

4. A competência penal, uma vez presente o interesse da União, justifica a competência da Justiça Federal (art. 109, IV, CF/1988) não se restringindo ao aspecto econômico, podendo justificá-la questões de ordem moral. *In casu*, assume peculiar relevância o papel da União na manutenção e na fiscalização dos recursos do FUNDEF, por isso o seu interesse moral (político-social) em assegurar sua adequada destinação, o que atrai a competência da Justiça Federal, em caráter excepcional, para julgar os crimes praticados em detrimento dessas verbas e a atribuição do Ministério Público Federal para investigar os fatos e propor eventual ação penal.

5. A competência da Justiça Federal na esfera cível somente se verifica quando a União tiver legítimo interesse para atuar como autora, ré, assistente ou oponente, conforme disposto no art. 109, inciso I, da Constituição. A princípio, a União não teria legítimo interesse processual, pois, além de não lhe pertencerem os recursos desviados (diante da ausência de repasse de recursos federais a título de complementação), tampouco o ato de improbidade seria imputável a agente público federal.

6. Conflito de atribuições conhecido, com declaração de atribuição ao órgão de atuação do Ministério Público Federal para averiguar eventual ocorrência de ilícito penal e a atribuição do Ministério Público do Estado de São Paulo para apurar hipótese de improbidade administrativa, sem prejuízo de posterior deslocamento de competência à Justiça Federal, caso haja intervenção da União ou diante do reconhecimento ulterior de lesão ao patrimônio nacional nessa última hipótese.

(ACO n. 1.109-SP - Ação Cível Originária; Relator(a): Min. Ellen Gracie; Relator(a) p/ Acórdão: Min. Luiz Fux (art. 38, IV, **b**, do RISTF); Julgamento: 5.10.2011; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; DJe-047 divulg 6.3.2012 public 7.3.2012)

*Habeas Corpus*. 2. Desvio de recursos provenientes do Fundo de Manutenção e de Desenvolvimento do Ensino Fundamental e Valorização do Magistério - FUNDEF. 3. Competência da Justiça Federal. Precedentes. 4. Ordem concedida.

(HC n. 100.772-GO, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Julgamento: 22.11.2011, Órgão Julgador: Segunda Turma, DJe-025 divulg 3.2.2012 public 6.2.2012)

Ante o exposto, *não conheço* do *writ*. Contudo, *de ofício*, concedo a ordem a fim de declarar a nulidade do feito, reconhecendo a incompetência da Justiça estadual para o seu processamento e julgamento, determinando, ainda, a remessa dos autos ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região, a fim de que um juiz federal de primeiro grau examine o caso como entender de direito.

É como voto.

## VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Rogério Schietti Cruz: Sr. Presidente, vou pedir a mais respeitosa vênua à eminente Ministra Relatora e aos demais que a sucederam, também cumprimentando efusivamente o Dr. Edson Vidigal, para divergir, até por uma questão de coerência com o entendimento que tenho externado em outros casos julgados, inclusive nesta Turma, recentemente. Recordo-me, de plano, do REsp n. 1.197.732-PA, a que farei alusão em seguida, onde decidimos que as mudanças de jurisprudência em casos como esse não podem, segundo creio, produzir a nulidade dos julgados ocorridos sob a égide de uma lei e de uma interpretação reiterada, ou até mesmo prevalente, que se dava à época em que foi proferido o julgamento, por uma questão até de segurança jurídica.

No *Habeas Corpus* n. 236.784 proferi um voto-vista no qual cito um ensinamento da eminente Ministra Maria Thereza de Assis Moura, evidentemente que não relacionado diretamente a este caso, mas que traduz bem essa ideia que estou tentando explicitar, quando S. Exa., em sua obra “Justa Causa para a Ação Penal”, refere-se ao conceito de justa causa como um “conceito político, pois a legitimidade ou não da causa guarda estreita relação com o contexto político vivido em determinada época, segundo o entendimento que se tenha da justiça, ou de justiça, sob seus aspectos formal e material”. Esse caso objeto do HC n. 236.784 cuidava de lançamento de sonegação de tributos; e a jurisprudência, como todos sabemos, evoluiu para, a partir de um determinado momento, exigir, como a própria configuração da tipicidade do crime, o lançamento definitivo do crédito tributário, sujeitando, portanto, a jurisdição criminal ao esgotamento da jurisdição administrativa. Criou-se uma espécie de condição de procedibilidade para a ação penal.

E, em tal hipótese, já há alguns julgados desta Turma e da Quinta Turma, no sentido de que, dependendo do momento em que foi proferida essa decisão, amparada pela jurisprudência que, então, admitia o processamento da ação penal antes da conclusão do processo administrativo, em homenagem ao princípio *tempus regit actum*, há de se salvaguardar todas as ações penais propostas até o momento em que houve essa mudança de entendimento, consolidada com a edição da Súmula Vinculante n. 24, do Supremo Tribunal Federal. Tudo em nome da segurança jurídica, que no escólio de um autor que cito, Mauro Nicolau, traduz a ideia de um mínimo de previsibilidade necessária que o Estado de Direito deve oferecer a todo cidadão a respeito de quais são as normas de convivência que ele deve observar e com base nas quais pode travar relações jurídicas válidas e eficazes.

Em nome desse princípio, ou desse sobreprincípio da segurança jurídica, também faço alusão ao entendimento de André Tavares, dizendo que, numa compreensão do efeito vinculante das súmulas, a decisão não resolveria apenas o caso singular, mas conteria uma determinada concretização jurídica da Constituição para o futuro. Isso significa que seriam alcançadas, pelo efeito vinculante, situações futuras, idênticas às consideradas pelo Supremo Tribunal Federal em decisão anterior. A súmula, portanto, teria um caráter transcendente, não sendo possível, segundo sustenta, impor-se aos institutos da coisa julgada e da força de lei.

Também, como fiz constar no início, há um julgamento, da relatoria, no Supremo Tribunal Federal, do Sr. Ministro Joaquim Barbosa, que cuidou de enfrentar questão, objeto de preliminar aqui nesta Turma, quando julgamos o REsp n. 1.197.732-PA - em que se alegava a incompetência da Justiça Estadual para julgar crime de redução de alguém à condição análoga à de escravo - no qual afirmamos a competência e a validade do julgamento, ocorrido no Estado do Pará, pela Justiça Estadual. Exatamente porque, à época, não se entendia, ainda, que esse crime deveria ser processado e julgado pela Justiça Federal. E aqui cito esse precedente do Sr. Ministro Joaquim Barbosa, Recurso Extraordinário n. 398.041, que diz: “Preliminarmente, não há nulidade no acórdão pela incompetência absoluta da Justiça Estadual para julgar o delito tipificado no art. 149 do Código Penal.”

Com efeito, conquanto o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 398.041, tenha consolidado o entendimento de que a conduta de reduzir alguém à condição análoga à de escravo deve ser julgada pela Justiça Federal, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal só poderia ser aplicada às decisões proferidas posteriormente à publicação do acórdão.

Neste caso em particular, o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul aduziu, também em preliminar suscitada pela defesa do paciente: “Ocorre que o Fundef, criado pela Emenda Constitucional em 14 de 1996, instituído pela Lei n. 9.424/1996, é composto por recursos provenientes das três entidades federativas que compõem o Estado brasileiro”.

E, no caso, a prefeitura de Eldorado do Sul não recebeu verba complementar da União no período correspondente, conforme ficou bem demonstrado na consulta realizada no endereço mencionado aqui. O julgado, em seguida, reporta-se a outros arestos do Superior Tribunal de Justiça, antes dessa mudança de jurisprudência, que autorizavam, até por não haver verba

da União envolvida, o julgamento da causa pela Justiça Estadual. A partir de determinado momento, por se considerar que esse fundo refletia uma prioridade do Estado para a educação básica, valorização dos profissionais da educação, etc, e que se vislumbraria, como se passou a vislumbrar, um interesse da União, modificou-se o entendimento a respeito da competência.

Até, particularmente, acho que é um entendimento razoável, deve prevalecer, e com ele concordo. Mas o fato é que se construiu toda uma jurisprudência, à época em que foi definida a causa, em sentido diferente. Não havia irrazoabilidade, não era uma incompetência manifesta, a ponto de comprometer o direito do jurisdicionado ao seu juiz natural.

Com base nessas considerações, entendo que o precedente cria, a confirmar-se, como tudo indica, uma insegurança jurídica. Também não posso concordar com a comparação dessa situação àquela relativa a uma *abolitio criminis* ou a uma *lex mitior* que causa uma situação mais benevolente para o acusado e, portanto, deve retroagir em nome do princípio da retroatividade da Lei Penal mais benigna. Porque uma coisa é definir o que é crime, outra coisa é definir competência, que é simplesmente uma regra de natureza processual que diz com requisitos de validade da relação jurídica, mas a partir de opções que o Estado faz dentro de um poder uno, o poder de jurisdição, que se reparte entre diversas esferas de jurisdição, de acordo com critérios definidos nas leis e na Constituição da República.

Com essas considerações, Sr. Presidente, *peço a mais respeitosa vênia para não conhecer do pedido de habeas corpus.*

---

**HABEAS CORPUS N. 215.687-SC (2011/0191100-7)**

---

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Impetrante: Pedro Thais Ohlweiler Cardoso

Advogados: Ramiro de Lima Dias

Claudio de Lara Junior

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

Paciente: Pedro Thais Ohlweiler Cardoso (preso)

## EMENTA

*Habeas corpus*. Extorsão mediante sequestro. Pleito de absolvição. Vedado reexame de fatos e provas. Interrogatório. Nulidade. Supressão de instância. Direito ao silêncio. Cerceamento de defesa. Não ocorrência. *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Indeferimento de provas requeridas pela defesa. Motivação idônea. Via indevidamente utilizada em substituição a recurso especial. Ausência de ilegalidade manifesta. Não conhecimento.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. Para se concluir, como pretende a impetração, pela ausência de um juízo de certeza absoluto da autoria delitiva e pela atipicidade dos fatos descritos na denúncia, uma vez que a situação “não tem conotação de sequestro”, tudo a conduzir à absolvição do paciente, seria necessária uma análise acurada dos fatos, depoimentos e elementos de convicção em que se arrimaram as instâncias ordinárias. Tal procedimento é inviável em sede de *habeas corpus*, pois importaria em transformar o *writ* em recurso dotado de ampla devolutividade.

3. A questão da nulidade do interrogatório do acusado, ora paciente, não foi apreciada pelo acórdão impugnado, o que impede o seu conhecimento por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância. E, ainda que assim não fosse, o interrogatório não ocorreu em razão do exercício do direito constitucional ao silêncio, sendo totalmente descabida a alegação de cerceamento de defesa. Incidência do princípio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (ninguém pode se beneficiar da própria torpeza).

4. O indeferimento das provas requeridas pela defesa (identificação e oitiva de testemunhas referidas e reinquirição de um acusado e da vítima) mostrou-se escorreitamente motivado, uma vez que não houve justificativa plausível para tanto e os corréus e a vítima já haviam sido ouvidos em juízo. Ademais, como consignou o v. acórdão impugnado, “o juiz apreciará livremente a prova, não

caracterizando cerceamento de defesa o indeferimento de diligências quando, fundamentadamente, convencer-se de sua prescindibilidade para a apuração da verdade substancial perseguida na ação penal”.

5. *Habeas corpus* não conhecido.

### 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 Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Assusete Magalhães, Rogerio Schietti Cruz e Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ-SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 6 de fevereiro de 2014 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

---

DJe 26.2.2014

### RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, em favor de *Pedro Thais Ohlweiler Cardoso*, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (Apelação Criminal n. 2010.054434-5).

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 159, § 1º, do Código Penal, à pena de 14 (quatorze) anos de reclusão, em regime inicial fechado. A defesa, irresignada, interpôs recurso de apelação, mas não obteve êxito.

Alega o impetrante que o paciente foi condenado com base em “hipóteses e argumentos putativos, sem nenhum juízo de certeza absoluto”. Aduz que a prova indiciária “é insuficiente e inidônea” para ensejar um processo ou uma condenação. Sustenta, em síntese, a falta de um juízo de certeza absoluto da autoria delitiva.

Afirma que o paciente sequer foi interrogado, uma vez que o juízo *a quo* deu-lhe o direito de permanecer calado. Argumenta que esse fato configura

cerceamento de defesa. Assere que os pedidos de quebra de sigilo telefônico e de identificação e inquirição de pessoas residentes em local próximo ao suposto cativo não ocorreram no processo criminal em apreço. Aduz que não foi permitida a prova de que o corréu que acusou o paciente seja um psicopata, procurado pela INTERPOL.

Defende, ainda, a atipicidade dos fatos descritos na denúncia, uma vez que “a situação descrita pelo policial não tem conotação de sequestro”, ressaltando que a vítima “fazia parte do esquema”.

Conclui que o paciente “não pode ser responsabilizado por ato que não cometeu”, em que “figurou como uma espécie de cúmplice, sem nunca ter arquitetado atos criminosos”.

Requeru, liminarmente, fosse concedida a liberdade. No mérito, pugna pela declaração de nulidade do processo e a consequente absolvição do paciente.

A liminar foi indeferida (fls. 1.189-1.190).

Foram prestadas informações às fls. 1.195-1.200.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Mauricio Vieira Bracks, manifestou-se, preliminarmente, pelo conhecimento parcial do *writ* e, na parte sujeita a conhecimento, no mérito, pela denegação da ordem (fls. 1.203-1.207).

É o relatório.

## VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): Preliminarmente, impende registrar a compreensão firmada nesta Corte, sintonizada com o entendimento do Pretório Excelso, de que se deve racionalizar o emprego do *habeas corpus*, valorizando a lógica do sistema recursal. Nesse sentido:

Habeas corpus. *Julgamento por Tribunal Superior. Impugnação.* A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea **a**, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de *habeas corpus*, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*. *Processo-crime. Diligências. Inadequação.* Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las. (HC n. 109.956, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 7.8.2012, processo eletrônico DJe-178 divulg 10.9.2012 public 11.9.2012)

É inadmissível que se apresente como mera escolha a interposição de recurso ordinário, do recurso especial/agravo de inadmissão do REsp ou a impetração do *habeas corpus*. É imperioso promover-se a racionalização do emprego do *mandamus*, sob pena de sua hipertrofia representar verdadeiro índice de ineficácia da intervenção dos Tribunais Superiores. Inexistente clara ilegalidade, não é de se conhecer da impetração.

Passa-se, então, à análise da ocorrência de patente ilegalidade, que, já adiante, não se verifica na espécie.

*In casu*, o aresto atacado está assim fundamentado, no que interessa à espécie (fls. 1.014-1.021):

Como é cediço, a delação de corréu possui grande valor probatório, podendo servir de suporte para a condenação, como ensina Júlio Fabrini Mirabete, “principalmente quando harmoniosa e coerente, encontrando apoio na prova circunstancial. Além disso, a delação do corréu tem relevância probatória quando não procura ele inocentar-se, máxime quando vem ela corroborada por outros elementos de convicção” (Processo penal. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 289).

No caso, a confissão do acusado Estevan encontra ampla ressonância nas demais provas produzidas nos autos.

Dos depoimentos colhidos, tem-se: da vítima (fls. 15-16 e 466-469), do pai da vítima, Lindomar Pasqualotto (fls. 13-14 e 463-465), do padastro da vítima, Rudimar Antonio Dias (fls. 472-473) e do irmão da vítima, Lindomar Pasqualotto Júnior (fls. 32-34).

Colhe-se ainda os depoimentos dos policiais civis que participaram de forma efetiva das investigações: Carlos Dirceu Silva, Delegado de Polícia (fls. 453-454); Daniel Castro da Silva Hexsel (fls. 06-07 e 457-458); Adelmir Martins (fls. 03-04 e 455-456).

De todos esses depoimentos, colhidos sob o crivo do contraditório, à exceção de Lindomar Pasqualotto Júnior, obtido somente na Delegacia de Polícia, nada se extrai de que a vítima estaria em conluio com os denunciados. Pelo contrário, todos são harmônicos e coerentes no sentido de confirmar integralmente tanto os fatos como narrados na denúncia quanto o teor das ligações telefônicas interceptadas e as negociações para o resgate da vítima.

Registra-se também as palavras de Sarah Rabel Dili,, ex-namorada de Pedro (fls. 08-10 e 461-462), de Flávia Adriane Ferreira Lindner, namorada de Estevan (fls. 358-262) e de Paula Rabel Dili, irmã de Sarah (fls. 11-12), das quais nenhum indício se extrai sobre a suposta simulação do sequestro.

(...)

Daniel Castro da Silva Hexsel, escrivão da polícia civil, igualmente afirmou que “se lembra de uma ligação de Adilio para a sua namorada, no dia seguinte, na qual

confirmou que havia participado do sequestro, falando a ela que tinha realizado um sequestro”, complementando que “iniciou o caso junto com o policial Adelmir e teve acesso ao cruzamento de ligações feitas entre Estevan, Adilio e Pedro; que foi feita análise prévia após um dos sequestradores ter levado o telefone da vítima e após o conteúdo das ligações e cruzamentos chegou aos autores do crime” (fl. 457).

(...)

Vê-se ainda outra ligação entre Estevan e Adilio, no dia 8 de julho (dia seguinte à libertação da vítima), onde Estevan pede a Adilio para queimar tudo o que havia na casa que alugaram e que serviu de cativo (fls. 114, dos autos em apenso), certamente para não deixar quaisquer pistas sobre o delito.

(...)

Como bem anotou o magistrado *a quo*, “impossível não entender que as pequenas contradições podem ocorrer, esquecimentos talvez, tudo dentro de um contexto aceitável e que não prejudiquem a certeza de uma justa condenação, como ocorre no presente caso” (fl. 768).

(...)

*Portanto, o que se observa é que o quadro probatório é por demais suficiente para demonstrar que o crime ocorreu como descrito na peça e os apelantes, juntamente com o corréu Estevão, foram os seus autores, revelando-se sem qualquer amparo probatório a alegação de que o caso tratou-se de um sequestro forjado ou simulado, cabendo ressaltar que o ônus de comprovar tal tese seria da defesa, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal (“A prova da alegação incumbirá a quem a fizer”).*

Assim, inviáveis os pedidos de absolvição e de desclassificação apresentados pelos recorrentes Adilio e Pedro, respectivamente.

E aqui lançam-se as razões do não acolhimento da preliminar suscitada pelo apelante Pedro.

*Aduz o recorrente que o processo seria nulo desde a fase das diligências (art. 402, CPP), em razão do indeferimento da identificação e oitiva das pessoas referidas no interrogatório do acusado Adilio, as quais residiam em frente ao local que serviu de cativo, bem como da nova oitiva do corréu Pedro e da vítima. Para tanto, alega que tais depoimentos seriam imprescindíveis para o esclarecimento dos fatos.*

*Ocorre que, como é sabido, o juiz apreciará livremente a prova, não caracterizando cerceamento de defesa o indeferimento de diligências quando, fundamentadamente, convencer-se de sua prescindibilidade para a apuração da verdade substancial perseguida na ação penal.*

(...)

*Na situação em exame, vejamos o que exposto pelo magistrado ao indeferir o pleito de diligências (fls. 650-651):*

1. Depoimento das testemunhas Marinho Batista dos Santos, Simone dos Santos e Fabiola dos Santos.

O momento processual adequado para a indicação de testemunhas já precluiu.

O depoimento do acusado Adilio Neves Duma indicou tais pessoas como sendo vizinhos da casa utilizada como cativo da vítima, estando suficientemente individualizadas.

Ademais, a prova testemunhal requerida é dispensável porque não há fato controverso a ser resolvido nesse momento processual, no que tange à situação do cativo ou à presença dos acusados no local.

O Réu Estevan de Aguiar Marioto confessou sua participação no crime e deu informações quanto ao modo de sua realização, o que restou corroborado por outras provas produzidas, como a oitiva dos depoimentos das autoridades que participaram da ação policial, bem como pela escuta telefônica realizada legalmente.

Repiso, portanto que a prova requerida não é útil ao esclarecimento dos fatos, servindo apenas para procrastinar o feito.

(...)

3. Reinquirição do acusado Pedro e da vítima Alcino.

Não há justificativa plausível para a repetição da prova, diante da sua produção sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. Para tanto, a reinquirição somente serviria para atrasar o feito.

Já na sentença, voltou o julgador a afirmar que “está amplamente demonstrado que a reabertura dos procedimentos requeridos, além de desnecessários, somente serviriam para atrasar o feito” (fl. 776).

E de fato é o que efetivamente se conclui.

Como acima dito, a tese do sequestro forjado ou simulado mostrou-se isolada, sem qualquer fundamento nos autos, ao contrário dos fatos narrados na denúncia, que estão amplamente respaldados pelo conjunto probatório.

Aliás, cumpre anotar que, ao pugnar pelas diligências no momento oportuno, o apelante não apresentou qualquer justificativa para a sua realização (fl. 633).

Outrossim, salienta-se que a vítima foi ouvida na fase de inquérito e em Juízo (fls. 15-16 e 466-469), de sorte que a defesa teve ampla oportunidade de apresentar suas indagações a fim de afastar as apontadas dúvidas. Quanto ao acusado Pedro, observa-se que este compareceu ao Juízo para o seu interrogatório (fl. 474), mas preferiu exercer seu direito constitucional de permanecer em silêncio (art. 5º, LXIII, CF), de modo que seria impossível ao magistrado obrigá-lo a depor caso deferisse a diligência.

*O que se evidencia, em verdade, é o propósito único do apelante em incitar dúvidas sobre a autoria, no intuito de afastar sua responsabilidade criminal. Sem sucesso, todavia.*

De início, para se concluir, como pretende a impetração, pela ausência de um juízo de certeza absoluto da autoria delitiva e pela atipicidade dos fatos descritos na denúncia, uma vez que a situação “não tem conotação de sequestro”, tudo a conduzir à absolvição do paciente, seria necessária uma análise acurada dos fatos, depoimentos e elementos de convicção em que se arrimaram as instâncias ordinárias. Tal procedimento é inviável em sede de *habeas corpus*, pois importaria em transformar o *writ* em recurso dotado de ampla devolutividade.

Passo seguinte, a questão da nulidade do interrogatório do acusado, ora paciente, não foi apreciada pelo acórdão impugnado, o que impede o seu conhecimento por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

E, ainda que assim não fosse, o interrogatório não ocorreu em razão do exercício do direito constitucional ao silêncio (cf. fl. 536), sendo totalmente descabida a alegação de cerceamento de defesa. Incidência do princípio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (ninguém pode se beneficiar da própria torpeza).

Por fim, o indeferimento das provas requeridas pela defesa (identificação e oitiva de testemunhas referidas e reinquirição de um acusado e da vítima) mostrou-se escorreitamente motivado, uma vez que não houve justificativa plausível para tanto e os corréus e a vítima já haviam sido ouvidos em juízo. Ademais, como salientado no v. acórdão impugnado, “o juiz apreciará livremente a prova, não caracterizando cerceamento de defesa o indeferimento de diligências quando, fundamentadamente, convencer-se de sua prescindibilidade para a apuração da verdade substancial perseguida na ação penal” (cf. fls. 1.020-1.021).

Nesse sentido, confirmam-se estes julgados:

Processual Penal. *Habeas corpus*. Tráfico ilícito de entorpecentes. 1. Condenação. Apelação criminal julgada. *Writ* substitutivo de recurso especial. Inviabilidade. Via inadequada. 2. Alegações de nulidades. Duração das interceptações telefônicas. Irresignação não apreciada nas instâncias de origem. Supressão de instância. 3. Ciência prévia da defesa dos procedimentos anteriores à interceptação. Impossibilidade. 4. Áudios obtidos em outro procedimento investigativo. Prévia autorização judicial para a quebra do sigilo. Prática de delitos a afetar outros bens jurídicos. Irregularidade. Inexistência. 5. Acesso da defesa ao material

interceptado. Contraditório. Regular. Ilegalidade. Inocorrência. 6. Transcrição dos diálogos. Laudo juntado. Relatórios policiais. Nulidade. Não verificação. 7. Interceptação de números não constantes de decisão primeva. Conversa ocorrida em telefone interceptado. Obtenção de prova. Possibilidade. 8. Exame de constatação de voz. Indeferimento. Discricionariedade motivada. 9. Negativa de oitiva de testemunhas defensivas. Localização não declinada pela defesa. Transcurso *in albis* do prazo para a juntada de novos endereços. 10. Presença do acusado na oitiva das testemunhas de acusação. Impossibilidade. Causídico constituído ausente. Nomeação de defensor *ad hoc*. Nulidade. Inocorrência. Princípio do *pas de nullité sans grief*. Flagrante ilegalidade. Inexistência. 11. *Habeas corpus* não conhecido.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional e em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. O pleito de reconhecimento de nulidade, ante a delonga das interceptações, não foi apreciado pelas instâncias de origem, não podendo, assim, ser apreciada a matéria por este Superior Tribunal, sob pena de indevida supressão de instância.

3. Não se mostra plausível a prévia ciência da defesa dos procedimentos que originaram a interceptação telefônica, pois, se assim o fosse, ter-se-ia claro risco de desvirtuação do próprio escopo da medida, considerando-se seu caráter investigativo.

4. Possível se apresenta, no curso de outra investigação, colher-se elementos, obtidos mediante prévia autorização judicial, que desembocam em apurar a prática de outras infrações, a tocar demais bens jurídicos, em especial na presente, na qual restou preso o paciente, que supostamente integrava apurada organização para o tráfico, encontrando-se substancial quantidade de drogas - 7.164,65 g (sete mil, cento e sessenta e quatro gramas e sessenta e cinco centigramas) de cocaína e crack.

5. Não há falar em violação à ampla defesa, pois o causídico teve acesso ao material que embasou a imputação criminal do paciente, podendo a defesa contraditar a prova obtida, de forma regular, visto a juntada aos autos dos dados decorrentes da medida, das mídias com os áudios das gravações, bem como da transcrição.

6. Inexistente afronta às formalidades para as transcrições das conversas, eis que, além dos relatórios policiais, peritos subscreveram laudo sobre o áudio.

7. Não encontra fôlego o pleito defensivo acerca da ausência de autorização prévia para a interceptação de certos números de telefone, pois o diálogo do paciente foi obtido não a partir de medida constritiva do seu número de celular mas sim de outro indivíduo, cujo número telefônico constava da decisão do magistrado que autorizou o ato.

8. O indeferimento da perícia de constatação de voz mostrou-se escorreatamente motivado, pois o magistrado pautou-se em outros meios de prova para assegurar a autoria delitiva, em especial nos apelidos e nos nomes dos investigados declinados nas conversas, bem como o fato de o aparelho celular e número do paciente encontrarem-se nos registros das ligações do telefone interceptado, norteados pelo julgador pela discricionariedade motivada.

9. Não obstante a testemunha ser arrolada pela defesa, diante da sua não localização, não é cabível persistir na oitiva sem declinar o seu atual endereço, não merecendo reproche o indeferimento da produção da prova em juízo.

10. Não foi demonstrado o eventual prejuízo concreto sofrido pela defesa seja ante a mencionada ausência do acusado na audiência de oitiva das testemunhas de acusação, sendo inviável, pois, o reconhecimento de qualquer nulidade processual, em atenção ao princípio do *pas de nullité sans grief*.

11. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC n. 171.909-MG, de minha Relatoria, Sexta Turma, julgado em 17.9.2013, DJe 25.9.2013)

Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Descabimento. Pedido de oitiva de informante. Testemunha companheira do réu. Pedido indeferido devidamente motivado. Cerceamento de defesa não configurado.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, ressalvando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

- O simples fato de ser ex-companheira da vítima ou atual companheira do paciente não enseja a exclusão dos depoimentos da informante, pois não há nenhuma norma legal que impeça que qualquer pessoa com vínculo afetivo com a vítima ou com o paciente se manifeste nos autos. Isso porque o juiz pode tomar o depoimento da testemunha, ainda que não preste compromisso, a fim de buscar a verdade real dos fatos.

- É entendimento pacificado nesta Corte que ao julgador, que é o destinatário das provas, é conferido poder discricionário para indeferir diligências que considere protelatórias ou desnecessárias, levando-se em conta a necessidade de sua realização.

- No caso, não há se falar em cerceamento de defesa, ao passo que, o magistrado responsável pelo feito, indeferiu, motivadamente, a oitiva da informante requerida pela defesa, entendendo ser desnecessária a realização da prova solicitada, por considerar as provas contidas nos autos suficientes para a formação do juízo, bem como por não ter o paciente alegado a nulidade em momento oportuno, acarretando a preclusão da matéria.

- *Habeas corpus* não conhecido.

(HC n. 214.788-GO, Rel. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ-SE), Quinta Turma, julgado em 2.5.2013, DJe 8.5.2013)

*Habeas corpus*. Tráfico transnacional de entorpecentes. Ação penal. Trancamento. Desconhecimento da existência de substância entorpecente na sua bagagem. Fragilidade do conjunto probatório. Ausência de dolo. Sentença condenatória confirmada pelo Tribunal de origem em sede de apelação criminal. Necessidade de revolvimento aprofundado de matéria fático-probatória na via estreita do *writ*. Impossibilidade.

1. A teor do entendimento pacificado nesta Corte, o trancamento da ação penal pela via do *habeas corpus* é medida de exceção, admissível apenas quando emerge dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade. Precedentes.

2. Na hipótese em apreço, a análise da suposta ausência de dolo na conduta do paciente, sob o argumento de que este desconhecia a existência de substância entorpecente na sua bagagem, demandaria, necessariamente, o revolvimento da matéria fático-probatória, providência vedada em sede de *habeas corpus*, mormente quando a responsabilidade criminal do paciente foi reconhecida no âmbito do devido processo legal com a prolação de sentença condenatória, a qual foi confirmada pelo Tribunal de origem em sede de apelação criminal, vias dotadas de ampla cognição.

*Prisão em flagrante. Sentença condenatória. Manutenção da custódia cautelar. Ameaça à aplicação da lei penal. Paciente estrangeiro. Fragilidade do vínculo com o país. Constrangimento ilegal não evidenciado.*

1. A prisão cautelar do paciente encontra motivação idônea na necessidade de se garantir a aplicação da lei penal, já que trata-se de estrangeiro que não possui vínculo com o país, circunstância que torna evidente a possibilidade de fuga.

*Cerceamento de defesa. Testemunhas arroladas fora da comarca e do país. Necessidade de serem ouvidas via cartas precatória e rogatória. Indeferimento. Imprescindibilidade da prova não justificada. Ilegalidade. Não ocorrência.*

**1. Ao magistrado é facultado o indeferimento, de forma fundamentada, da produção de provas que julgar protelatórias, irrelevantes ou impertinentes, devendo a sua imprescindibilidade ser devidamente justificada pela parte.**

2. Na hipótese dos autos, o impetrante cingiu-se a reclamar pela oitiva de testemunhas localizadas no estado de São Paulo e na África do Sul, sem, contudo, justificar em que medida tais declarações contribuiriam para a sustentação das teses defensivas. Ademais, o magistrado singular, antes da prolação da sentença condenatória, determinou a oitiva das testemunhas residentes no estado de São Paulo, sendo certo que as cartas precatórias retornaram sem cumprimento, em razão da não localização daquelas, tendo a defesa deixado transcorrer *in albis* o prazo para a indicação de novo endereço.

*Novos endereços de testemunhas a serem ouvidas via carta precatória apresentada intempestivamente. Intimação feita pessoalmente a uma das causídicas constituídas. Decurso do prazo. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Ordem denegada.*

1. Tendo em vista o caráter progressivo do qual é revestido o processo, não apresentados os novos endereços das testemunhas a serem ouvidas via carta precatória no prazo legal, não se vislumbra constrangimento ilegal na atuação do magistrado que procede à prolação da sentença condenatória, mormente em razão da não demonstração da relevância dos seus depoimentos para a sustentação da tese defensiva.

2. Ordem denegada.

(HC n. 99.798-CE, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 3.9.2009, DJe 28.9.2009)

Ante o exposto, *não conheço* do *habeas corpus*.

É como voto.

---

### **HABEAS CORPUS N. 246.188-PA (2012/0125714-2)**

---

Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior

Impetrante: José Eduardo Rangel de Alckmin e outro

Advogado: José Eduardo Rangel de Alckmin e outro(s)

Impetrado: Tribunal Regional Federal da 1ª Região

Paciente: Roseli Aparecida de Almeida Braga (Preso)

---

#### **EMENTA**

*Habeas corpus*. Processual Penal. Arts. 288, 312 e 313 do CP. Prisão preventiva. Garantia da ordem pública. Constrangimento ilegal evidenciado. Suficiência da imposição de medidas cautelares. Corréus em idêntica situação. Extensão, de ofício (art. 580 c.c. o art. 654, § 2º, do CPP).

1. As medidas tomadas inicialmente, em especial aquelas que determinaram a prisão e o afastamento dos envolvidos dos cargos até

então ocupados, impedem, na prática, a continuidade no cometimento dos delitos que deram causa à prisão da paciente e, conseqüentemente, à agressão à ordem pública.

2. A prisão cautelar deve ser imposta somente como *ultima ratio*, sendo ilegal a sua aplicação quando suficiente, para garantir a ordem pública, a aplicação de medida cautelar alternativa.

3. Concessão da ordem que deve ser estendida aos corréus que, na mesma decisão e sob os mesmos fundamentos, tiveram a prisão preventiva decretada apenas para garantia da ordem pública.

4. Ordem concedida para revogar a prisão da paciente, impondo-lhe, porém, as medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal, em seu art. 319, I (comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pela autoridade coatora, para informar e justificar atividades), II (proibição de acesso ou frequência a qualquer órgão da administração municipal do município de Vitória do Xingu), III (proibição de manter qualquer tipo de contato, direto ou por meio de terceiros, com os atuais e os ex-integrantes da administração municipal, com os demais denunciados, bem assim com as testemunhas arroladas no inquérito, podendo, se for o caso, fazer-se uso da monitoração eletrônica para aferir o cumprimento dessas determinações) e VI (afastamento do cargo público ocupado na Prefeitura municipal de Vitória do Xingu-PA). Extensão dos efeitos da concessão, de ofício, inclusive quanto à imposição das medidas cautelares, em relação aos corréus Aldir Nazário de Carvalho, Paulo Cesar de Miranda, Benedito da Silva e Ivo Krombauer.

## 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, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Assusete Magalhães concedendo a ordem, com extensão aos corréus, e os votos das Sras. Ministras Alderita Ramos de Oliveira e Maria Thereza de Assis Moura no mesmo sentido, por unanimidade, conceder a ordem de *habeas corpus*, com extensão aos corréus Aldir Nazário de Carvalho, Paulo Cesar de Miranda, Benedito da Silva e Ivo Krombauer, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

O Sr. Ministro Og Fernandes não participou do julgamento. As Sras. Ministras Assusete Magalhães, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ-PE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 27 de agosto de 2013 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior, Relator

---

DJe 12.9.2013

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de *Roseli Aparecida de Almeida Braga*, em que é apontado como órgão coator o Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Narram os impetrantes que a paciente, enquanto ocupante do cargo de Secretária de Saúde do município de Vitória do Xingu-PA, teve sua prisão preventiva decretada pelo Tribunal de origem na Representação Criminal n. 0033274-04.2011.4.01.0000, em que é apurada a suposta prática, pela paciente, dos crimes tipificados nos arts. 288, 312 e 313 do Código Penal. Na mesma ocasião, decretou-se a prisão do prefeito daquela municipalidade, Liberalino Ribeiro de Almeida Neto, que também é seu esposo.

Prosseguem dizendo que, inicialmente, houve a revogação da prisão preventiva da paciente, em razão do deferimento do pedido de extensão da liminar que fora concedida no HC n. 218.767-PA, impetrado em favor de Liberalino Ribeiro de Almeida Neto. No entanto, com a denegação da ordem, restou cassada a extensão da liminar antes concedida.

Afirmam que os motivos que levaram à decretação da prisão do prefeito, os quais foram considerados válidos pela Sexta Turma no julgamento do HC n. 218.767-PA, foram de ordem estritamente pessoal (fl. 15), diziam respeito tão só a Liberalino Ribeiro de Almeida Neto; no entanto, acabaram por atingir o direito de liberdade da ora paciente.

Sustentam que, no entanto, em relação a ela, o decreto prisional não teria apontado nenhum fato concreto que justificasse a segregação para garantia da ordem pública e, ainda, não se lhe atribuiu qualquer possibilidade de interferir na instrução criminal (fl. 16).

Asseveram não estar presente a necessidade de garantia da ordem pública e ser possível a aplicação de medidas alternativas.

Trazem os seguintes argumentos (fls. 17-18):

[...]

O decreto de prisão preventiva, ao argumentar com a necessidade de garantia da prisão preventiva como forma de assegurar a ordem pública, alude às imputações que a autoridade policial faz à ora paciente e outros investigados relativas a pretensas fraudes em processos licitatórios e desvio de verbas públicas, dizendo que há uma relação antiga entre os envolvidos na apuração, o que demonstraria que *"há continuidade na perpetração das condutas"*, do que decorreria a autorização de que faça *"a ilação de que soltos continuarão na prática delitiva"*.

Com todas as vênias, esse argumento só serve mesmo para demonstrar a persistência da autoridade policial de, a qualquer custo, promover a prisão preventiva da paciente.

Com efeito, imaginar que após a eclosão da operação policial, com prisões preventivas e afastamento do cargo de Secretária Municipal a investigada terá mesmo meio para continuar praticando os mesmos pretensos delitos, *data venia*, é delirar da realidade. A paciente está definitivamente afastada da Administração Municipal, sendo impossível a concretização de qualquer pretensão desvio.

Pelo ângulo da garantia da ordem pública, a hipótese de reiteração das pretensas condutas delitivas é flagrantemente insuficiente para autorizar a prisão, porquanto, tratando-se de pessoa que já está afastada do seu cargo não terá qualquer possibilidade de praticar eventuais delitos.

O decreto de prisão preventiva, assim, não está devidamente fundamentado, não sendo suficiente para atender tal requisito raciocínios destituídos minimamente de concretude.

De outro lado, antes do inútil sacrifício do direito de liberdade da paciente, haveria de se cogitar de outras medidas que teriam melhor eficácia quanto à necessidade de se evitar que condutas, como as que são cogitadas pela autoridade policial.

[...]

Pedem, liminarmente e no mérito, a revogação do decreto prisional.

Indeferida a liminar (fls. 158-162), acolheu-se, posteriormente, pedido de reconsideração (fls. 1.388-1.393).

Foram prestadas as informações (fls. 1.401-1.574).

Os corréus Aldir Nazário de Carvalho e Ivo Krombauer formularam pedido de extensão dos efeitos da liminar, pois, da mesma forma que a paciente,

teriam tido suas prisões decretadas apenas em razão da garantia da ordem pública, sem que fosse mencionada, quanto a eles, a conveniência da instrução criminal (fls. 1.579-1590).

O Ministério Público Federal opina pela denegação da ordem (fl. 1.592):

*Habeas corpus*. Prisão preventiva. Organização criminosa. Licitação. Fraude. Presentes os requisitos do art. 312 do CPP (garantia da ordem pública e assegurar a aplicação da lei penal). Ausência de constrangimento ilegal.

1) Circunstâncias do caso concreto indicam a probabilidade de que, em liberdade, a ré volte a se rearticular para a prática de novos crimes ou impedir a apuração daquele já praticado.

2) Decisão bem fundamentada à luz do art. 312 do CPP, como garantia da ordem pública e aplicação da lei penal.

*Parecer do MPF pela denegação da ordem.*

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Relator): A ordem merece concessão.

Quando do decreto de prisão, foi dito, quanto à paciente, o seguinte:

[...]

Roseli Braga atualmente ocupa o cargo de Secretária da Saúde do Município de Vitória do Xingu, justamente a área em que a cidade recebe a maior parte dos recursos repassados pelo Governo Federal, porém que apresenta a maior carência nos serviços prestados a população.

*As investigações apontam que Roseli possui um relacionamento íntimo (namorada) com o Prefeito Liberalino, razão pela qual é personagem importante dentro do esquema criminoso, vez que assim como Isaac da Celpa (abaixo descrito) e Paulo Cesar estão em contato direto com o prefeito. Fato esse confirmado pelas interceptações telefônicas e pelo depoimento de Ela Laire Dall Acqua (fls. 373-374).*

*A interceptação telefônica de 24.2 a 10.3.2011 demonstrou que várias pessoas contatam a investigada Roseli, usando-a como peça de ligação para acesso ao Prefeito Liberalino, vejamos as ligações tidas como destaque:*

- o relacionamento existente entre Roselil e o Prefeito ficou demonstrado na ligação de fls. 66-69 do Rel. Circ. n. 001/2011, onde ela comenta que não estava mais morando com ele, pois estava chateada com alguma coisa que ele teria feito a ela, porém o prefeito estava chamando-a para ir a casa dele;

- o processo de cassação que pretendem contra a vereadora Elsa resta exposto na longa ligação de fls. 76-86 do Rel. Circ. n. 001/2011, onde Roseli conversa com Naldo (Paulo Ronaldo Azevedo Fonseca), um dos "laranjas" usados na constituição da empresa Agropecuária Vitória, juntamente com a mãe do Prefeito Liberalino - Sra. Jaci Medeiros;

- o peculato desvio (art. 312 do Código Penal) praticado pela investigada Roseli fica claro na ligação de fls. 75 do Rel. Circ. n. 001/2011, onde ela autoriza uma terceira pessoa a utilizar a L 200 da Secretaria de Saúde para passear com sua família;

- a Presidente da Câmara de Vereadores - Sra. Luzia, consulta Roseli Braga sobre a situação de estar comprando sem licitação na Câmara, ou seja, resta demonstrado que as irregularidades são de conhecimento e compartilhadas pelos membros da quadrilha - fls. 86-88 do Rel. Circ. n. 001/2011, configurando o crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993.

- fraude a licitação (art. 90 da Lei n. 8.666/1993) **marcada para 8.2.2011** - fato comentado na ligação de fls. 91-92 do Rel. Circ. n. 001/2011, que comprova que outros membros da Comissão não estavam no local, assim como os órgãos públicos do município de Vitória do Xingu estavam fechados no dia da suposta licitação, segundo diligência em campo dos APF's desta Delegacia (fls. 554);

Por sua vez, a interceptação telefônica autorizada judicialmente e realizada no período de 2.5 a 17.5.2011 demonstrou que:

- Roseli se encontrou com Natal, proprietário da empresa que venceu a licitação para fornecimento de medicamentos no valor de R\$ 5 milhões, segundo diálogo de fls. 17-18 do Rel. Circ. n. 002/2011, algo totalmente suspeito e sem razão se a empresa fosse realmente idônea;

- a conversa de fls. 18-19 do Rel. Circ. n. 002/2011, entre Roseli e Aldir Nazarro, demonstra que esta representada tinha plena ciência de que a obra de construção da creche não estava sendo realizada pela vencedora da licitação, a Construtora Colinas;

- a interceptação de fls. 19-20 e fls. 25-26 do Rel. Circ. n. 002/2011, entre o suposto empresário Paulo Cesar e a Secretária de Saúde Roseli, comprova que ele é apenas um "laranja" do esquema, pois ele pede até gasolina para pescar, ou seja, tal fato não só comprova o envolvimento entre esses membros da quadrilha, como também desmascara o suposto empresário que contratou mais de R\$ 10 milhões em obras com a Prefeitura;

- Roseli tem função ativa dentro do esquema, sendo que as pessoas ligam para ela, a "Patroa", para pedir pequenos favores, como cerveja para time de futebol, na conversa de fls. 24-25 do Rel. Circ. n. 002/2011, ficou claro que ela e o "Patrão" (Prefeito Liberalino) ainda estão juntos e participam ativamente dentro da organização criminosa.

- Diante do exposto, resta claro o conluio de mais esta representada com os demais membros da organização criminosa, configurando também o crime previsto no art. 288 do Código Penal.

[...]

Do mesmo *decisum* extrai-se a seguinte fundamentação, na parte em que se considerou necessária a prisão preventiva da paciente para garantia da ordem pública (fls. 69-72):

[...] os fatos anunciados pela autoridade policial indicam que os investigados Liberalino Ribeiro de Almeida Neto, José Danilo Damaso de Almeida, Benedito da Silva, Ivo Krombauer e Aldir Nazário de Carvalho já se conheciam de período remoto em que, a que tudo indica, com o mesmo *modus operandi*, utilizaram-se de empresas com sócios laranjas desvios de verbas públicas e crimes correlatos, ilícitos que parecem se repetir, atualmente, em relação aos recursos recebidos pena Prefeitura de Vitória do Xingu-PA, com a mesma desenvoltura e participação do mesmo núcleo de pessoas e com a inclusão de outras, como os demais investigados Paulo César de Miranda, Helton Vanger Lisardo, Isaac Costa da Silva e Roseli Aparecida de Almeida Braga (conforme registram os episódios sucessivos citados do item “1 – a)” da presente decisão), *o que demonstra que há continuidade na perpetração das condutas e autoriza a ilação de que soltos continuarão na prática delitiva.*

Desta forma, verificando que os fatos relatados na representação demonstram que a conduta ilícita da organização está a se estender no Município de Vitória do Xingu e *que há forte vínculo de subordinação dos demais atores em relação aos dois primeiros investigados (supostos mentores e articuladores dos ilícitos), torna-se imperativo reconhecer a necessidade de se resguardar o meio social com a segregação cautelar dos investigados, a fim de evitar que outros ilícitos se repitam e as lesões ao erário sejam intensificadas.*

[...]

Assim, verifico que também restou demonstrada, com base em elementos concretos, a necessidade da prisão cautelar dos representados José Danilo Damaso de Almeida, Liberalino Ribeiro de Almeida Neto, *Roseli Aparecida de Almeida Braga*, Helton Wagner Lisardo, Isaac Costa da Silva, Carlos Alberto Gama de Almeida, *Aldir Nazário de Carvalho*, *Paulo Cesar de Miranda*, *Benedito da Silva* e *Ivo Krombauer*, nos termos acima expostos, *para garantia da ordem pública.*

[...]

A situação da paciente é distinta daquela que diz respeito a Liberalino Ribeiro de Almeida Neto, cuja prisão foi considerada legal pela Sexta Turma, no julgamento do HC n. 218.767-PA. Destarte, a prisão da paciente teve como suporte *tão somente a garantia da ordem pública, não sendo invocadas, quanto a ela, a conveniência da instrução criminal e a garantia da aplicação da lei penal.*

O quadro atual é outro, considerando-se que as medidas tomadas inicialmente – em especial, aquelas que determinaram a prisão e o afastamento

dos envolvidos dos cargos até então ocupados – impedem, na prática, a continuidade no cometimento dos delitos que deram causa à prisão da paciente e, conseqüentemente, à agressão à ordem pública.

Pertinente aqui ensinamento do Ministro Og Fernandes no sentido de que *as prisões cautelares, pelo seu caráter de excepcionalidade, devem ser reavaliadas a qualquer tempo (cláusula rebus sic standibus). Não exercer esse juízo temporal de cautelaridade pode implicar extensão desarrazoada do encarceramento, o que corresponde ao cumprimento de pena sem sentença com trânsito em julgado, em desobediência ao art. 5º, LVII, da CF/1988. Assim, revoga-se a medida cautelar se superadas as razões que levaram a sua aplicação. Ademais, a prisão preventiva é a extrema ratio das medidas cautelares pessoais em que podem ser convertidas as prisões em flagrante e temporária, nos casos de absoluta necessidade, desde que satisfeitos os demais requisitos, em especial o objetivo (pena máxima superior a quatro anos) – Medidas Cautelares no Processo Penal – Prisões e suas alternativas, RT, 2012, p. 58)*

A propósito:

Processo Penal. *Habeas corpus*. Operação termópilas. Quadrilha, falsidade ideológica, advocacia administrativa e uso de documento falso. (1) Uso de algemas. Emprego abusivo. Alegação prejudicada. (2) Discussão acerca de questões ao direito de liberdade. Afastamento do cargo. Impropriedade da via eleita. (3) Prisão preventiva e outras medidas cautelares corporais. Cumulatividade. Impropriedade.

[...]

2. A prisão provisória é medida odiosa, devendo ser admitida apenas em casos de patente excepcionalidade. As cautelares penais pessoais organizam-se de maneira sistemática. Tendo como ideia-força que a prisão é a *ultima ratio*, sendo inviável cumulá-la com medidas alternativas. *In casu*, diante de imputação de delitos com penas não elevadas, sem violência ou grave ameaça, comparecendo os pressupostos e requisitos de cautelaridade, o mais apropriado é revogar a segregação, mantendo-se as medidas de afastamento do cargo público e de proibição de frequentar determinados lugares, a fim de se preservar a ordem pública e a hígida colheita da prova.

3. Ordem em parte prejudicada e, no mais, concedida, parcialmente, para revogar a prisão preventiva, mantidas as outras medidas cautelares determinadas em desfavor do paciente.

(HC n. 226.196-RO, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 18.6.2012 - grifo nosso)

*Habeas corpus*. Crimes contra a administração pública. Afastamento cautelar do cargo de prefeito. Motivação idônea. Prisão preventiva. Ausência

de fundamentação. Constrangimento ilegal verificado. Ordem parcialmente concedida.

[...]

5. Ademais, o afastamento cautelar do cargo já retira, por si só, a potencial capacidade de lesão à ordem pública, especialmente se considerarmos que os crimes imputados ao paciente possuem intrínseca ligação com a função pública que exerce.

6. Habeas corpus parcialmente concedido tão somente a fim de relaxar a prisão preventiva do paciente, ressalvada a possibilidade de nova prisão ou imposição das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, se demonstrada sua necessidade.

(HC n. 236.462-RS, Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 29.6.2012 - grifo nosso)

De outra parte, deve ser ressaltado que a prisão da paciente, ao contrário da de alguns corréus, não está lastreada também na conveniência da instrução criminal e na garantia de aplicação da lei penal, conforme se extrai do trecho abaixo transcrito, extraído da decisão que decretou a preventiva (fl. 67):

[...] verifico que restou sobejamente demonstrada, com base em elementos concretos reconhecidos nas informações de fls. 189-197 e 235-248, a necessidade da prisão cautelar dos representados *José Danilo Damaso de Almeida, Liberalino Ribeiro de Almeida Neto, Helton Vagner Lisardo, Isaac Costa da Silva e Carlos Alberto Gama de Almeida*, como forma de acautelar as investigações, garantir a instrução criminal e a aplicação da lei penal. [...]

Com a apreciação do mérito do *habeas corpus*, fica prejudicado o pedido de extensão dos efeitos da medida liminar formulado por Aldir Nazário de Carvalho e Ivo Krombauer.

Não obstante, entendo que a concessão da ordem deve ser estendida, de ofício, não só a eles, mas também aos corréus Paulo Cesar de Miranda e Benedito da Silva.

De fato, a prisão desses quatro corréus também teve por embasamento apenas a garantia da ordem pública, a qual foi lastreada na mesma fundamentação utilizada em relação à paciente. Assim, deve incidir a regra do art. 580, c.c. o art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Ante o exposto, *concedo* a ordem para revogar a prisão da paciente, impondo-lhe, porém, as medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal, em seu art. 319, I (comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas

pela autoridade coatora, para informar e justificar atividades), II (proibição de acesso ou frequência a qualquer órgão da administração municipal do município de Vitória do Xingu), III (proibição de manter qualquer tipo de contato, direto ou por meio de terceiros, com os atuais e os ex-integrantes da administração municipal, com os demais denunciados, bem assim com as testemunhas arroladas no inquérito, podendo, se for o caso, fazer-se uso da monitoração eletrônica para aferir o cumprimento dessas determinações) e VI (afastamento do cargo público ocupado na Prefeitura municipal de Vitória do Xingu-PA). *De ofício, estendo os efeitos da concessão aos corréus Aldir Nazário de Carvalho, Paulo Cesar de Miranda, Benedito da Silva e Ivo Krombauer, inclusive no que diz respeito à imposição das medidas cautelares.*

#### VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de *Roseli Aparecida de Almeida Braga*, investigada perante o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, pela suposta prática de crimes contra a Administração Pública.

Colhe-se do autos que a paciente teve contra si decretada prisão preventiva, nos autos da Representação Criminal n. 0033274-04.2011.4.01.0000-PA, em decisão de fls. 22-83e, fundamentada na necessidade de garantia da ordem pública.

Extrai-se, especificamente acerca da paciente, o seguinte trecho da decisão que decretou a sua custódia cautelar, para garantia da ordem pública, *in verbis*:

Roseli Braga atualmente *ocupa o cargo de Secretária da Saúde do Município de Vitória do Xingu, justamente a área em que a cidade recebe a maior parte dos recursos repassados pelo Governo Federal, porém que apresenta a maior carência nos serviços prestados a população.*

As investigações apontam que Roseli possui um relacionamento íntimo (namorada) com o Prefeito Liberalino, razão pela qual é personagem importante dentro do esquema criminoso, vez que assim como Isaac da Celpa (abaixo descrito) e Paulo Cesar estão em contato direto com o prefeito. Fato esse confirmado pelas interceptações telefônicas e pelo depoimento de Ela Laire Dall Acqua (fls. 373-374).

A interceptação telefônica de 24.2 a 10.3.2011 demonstrou que várias pessoas contatam a investigada Roseli, usando-a como peça de ligação para acesso ao Prefeito Liberalino, vejamos as ligações tidas como destaque:

- o relacionamento existente entre Roselil e o Prefeito ficou demonstrado na ligação de fls. 66-69 do Rel. Circ. n. 001/2011, onde ela comenta que não estava mais morando com ele, pois estava chateada com alguma coisa que ele teria feito a ela, porém o prefeito estava chamando-a para ir a casa dele;

- o processo de cassação que pretendem contra a vereadora Elsa resta exposto na longa ligação de fls. 76-86 do Rel. Circ. n. 001/2011, onde Roseli conversa com Naldo (Paulo Ronaldo Azevedo Fonseca), um dos "laranjas" usados na constituição da empresa Agropecuária Vitória, juntamente com a mãe do Prefeito Liberalino - Sra. Jaci Medeiros;

- o *peculato desvio* (art. 312 do Código Penal) praticado pela investigada Roseli fica claro na ligação de fls. 75 do Rel. Circ. n. 001/2011, onde ela autoriza uma terceira pessoa a utilizar a L 200 da Secretaria de Saúde para passear com sua família;

- a Presidente da Câmara de Vereadores - Sra. Luzia, consulta Roseli Braga sobre a situação de estar comprando sem licitação na Câmara, ou seja, resta demonstrado que as irregularidades são de conhecimento e compartilhadas pelos membros da quadrilha - fls. 86-88 do Rel. Circ. n. 001/2011, configurando o crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993.

- fraude a licitação (art. 90 da Lei n. 8.666/1993) marcada para 8.2.2011 - fato comentado na ligação de fls. 91-92 do Rel. Circ. n. 001/2011, que *comprova que outros membros da Comissão não estavam no local, assim como os órgãos públicos do município de Vitória do Xingu estavam fechados no dia da suposta licitação*, segundo diligência em campo dos APF's desta Delegacia (fls. 554);

Por sua vez, a interceptação telefônica autorizada judicialmente e realizada no período de 2.5 a 17.5.2011 demonstrou que:

- Roseli se encontrou com Natal, proprietário da empresa que venceu a licitação para fornecimento de medicamentos no valor de R\$ 5 milhões, segundo diálogo de fls. 17-18 do Rel. Circ. n. 002/2011, algo totalmente suspeito e sem razão se a empresa fosse realmente idônea;

- a conversa de fls. 18-19 do Rel. Circ. n. 002/2011, entre Roseli e Aldir Nazarro, *demonstra que esta representada tinha plena ciência de que a obra de construção da creche não estava sendo realizada pela vencedora da licitação*, a Construtora Colinas;

- a interceptação de fls. 19-20 e fls. 25-26 do Rel. Circ. n. 002/2011, entre o suposto empresário Paulo Cesar e a Secretária de Saúde Roseli, *comprova que ele é apenas um "laranja" do esquema, pois ele pede até gasolina para pescar, ou seja, tal fato não só comprova o envolvimento entre esses membros da quadrilha, como também desmascara o suposto empresário que contratou mais de R\$ 10 milhões em obras com a Prefeitura*;

- Roseli tem função ativa dentro do esquema, sendo que as pessoas ligam para ela, a "Patroa", para pedir pequenos favores, como cerveja para time de futebol,

na conversa de fls. 24-25 do Rel. Circ. n. 002/2011, ficou claro que ela e o “Patrão” (Prefeito Liberalino) ainda estão juntos e participam ativamente dentro da organização criminosa.

- Diante do exposto, *resta claro o conluio de mais esta representada com os demais membros da organização criminosa, configurando também o crime previsto no art. 288 do Código Penal* (fls. 39-40e).

Informam os impetrantes que a paciente teve anteriormente a custódia preventiva revogada, em razão do deferimento do pedido de extensão de liminar, concedida nos autos do HC n. 218.767-PA, impetrado em favor de Liberalino Ribeiro de Almeida Neto, Prefeito do Município de Vitória do Xingu, namorado da paciente e igualmente investigado nos autos. Posteriormente, entretanto, esta Sexta Turma, em acórdão proferido em 28.2.2012, denegou a ordem, cassando a extensão da liminar à paciente.

Neste *writ*, sustentam os impetrantes que os fundamentos para a denegação da ordem, no julgamento do HC n. 218.767-PA, referem-se à situação pessoal de Liberalino Ribeiro de Almeida Neto e que, apesar disso, atingiram a liberdade da paciente.

Apontam, ainda, ausência de fundamentação concreta do decreto prisional, a justificar a manutenção da custódia para garantia da ordem pública, tornando possível a aplicação de medidas cautelares alternativas.

Inicialmente indeferida a liminar (fls. 158-162e), o pedido foi concedido, em decisão proferida em 29.6.2012 (fls. 1.388-1.393e), aplicando-se, à paciente, as seguintes medidas cautelares: comparecimento periódico em Juízo, no prazo e nas condições fixadas pela autoridade coatora, para informar e justificar atividades; proibição de acesso ou frequência a qualquer órgão da administração do Município de Vitória do Xingu; proibição de manter qualquer tipo de contato, direto ou por meio de terceiros, com os atuais e ex-integrantes da administração municipal, com os demais denunciados ou testemunhas arroladas no Inquérito; e afastamento do cargo público, exercido no Município de Vitória do Xingu-PA.

Os corréus Aldir Nazário de Carvalho e Ivo Krombauer formularam pedido de extensão (fls. 1.579-1.590e).

O Subprocurador-Geral da República, *Oswaldo José Barbosa Silva*, manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 1.592-1.597e).

O Relator, Ministro *Sebastião Reis Júnior*, apresentou o feito em mesa, para julgamento, em 23.10.2012, concedendo a ordem, para revogar a prisão

da paciente, mantendo as medidas cautelares impostas e estendendo os efeitos da decisão a Aldir Nazário de Carvalho (Secretário de Obras do Município de Vitória do Xingu-PA - fl. 40e), Paulo Cesar de Miranda (empresário na região - fl. 45e), Benedito Silva (segundo membro da Comissão Única de Licitação de Vitória do Xingu-PA - fl. 46e) e Ivo Krombauer (empresário, e, ao que consta a fl. 48e, Chefe de Serviços Gerais na Prefeitura do Município de Vitória do Xingu-PA), inclusive quanto às medidas cautelares.

Na ocasião, ressaltou que a situação da paciente - bem como dos outros quatro representados, aos quais estendeu os efeitos da decisão -, era diversa daquela imputada a Liberalino Ribeiro de Almeida Neto, Prefeito, pois a custódia daqueles estava fundamentada apenas na garantia da ordem pública, não tendo sido invocadas a conveniência da instrução criminal e a garantia da aplicação da lei penal.

Ressaltou, também, que, “considerando as medidas tomadas inicialmente, em especial, aquelas que determinaram a prisão e o afastamento dos envolvidos dos cargos até então ocupados, impedem, na prática, a continuidade no cometimento dos delitos que deram causa à prisão da paciente e, conseqüentemente, a agressão à ordem pública”.

Verifico, de outro lado, que, em 23.11.2012, nos autos do HC n. 260.170-PA, foi deferida liminar, a Liberalino Ribeiro de Almeida Neto, Prefeito, para suspender os efeitos do decreto de prisão preventiva, em decisão cujos fundamentos se transcrevem, *in verbis*:

Tenho que, após o julgamento do HC n. 218.767-PA, em 28.2.2012, sobrevieram alterações fáticas consideráveis e que impõe uma melhor análise da necessidade de segregação cautelar do paciente.

Na ocasião, a denegação da ordem sustentou-se em dois fundamentos: a) o resguardo da instrução criminal, pela notícia de que haveria ameaça a testemunhas; b) a garantia da ordem pública, tendo em vista a necessidade de se prevenir a eventual reiteração delitiva, os quais teriam sido praticados quando o paciente estava no exercício do mandato eletivo e ainda porque estaria sendo investigado por crime de exploração sexual.

Quanto ao primeiro pilar, referente à garantia da instrução criminal, ao menos em juízo inicial, não estaria mais evidenciada a sua necessidade, pois as decisões que indeferiram os pedidos de revogação da prisão preventiva, em 30.8.2012 e 19.10.2012 (fls. 317-323 e 324-333), não trazem notícia de que tais ameaças - que sempre teriam sido realizadas por meio de terceiros e não pelo próprio paciente - teriam prosseguido.

Outrossim, duas das principais testemunhas, que, à época afirmaram estarem sendo ameaçadas, em cartório, lavraram declarações públicas de que *não prosperam quaisquer investigações da suposta ameaça a testemunhas e nem existe, atualmente, qualquer motivo concreto para temer a liberdade das pessoas acima citadas* [dentre elas, o ora paciente] (fls. 314 e 747).

Restaria, ainda, a preservação da ordem pública.

No entanto, no que diz respeito à investigação pela prática de crimes sexuais, em análise perfunctória, tal fundamento não mais subsistiria, tendo em vista que o Tribunal de Justiça do Pará, por unanimidade, rejeitou a denúncia na qual era imputada ao paciente a prática do delito de favorecimento à prostituição (Processo n. 20113022029-1 - fls. 298-301).

Ficaria incólume, entretanto, a necessidade de se evitar a reiteração de novas práticas delituosas semelhantes àquelas pelas quais foi o paciente denunciado.

Contudo, deve ser ressaltado que os supostos delitos teriam sido cometidos tão-somente em decorrência do exercício da função de Prefeito Municipal. Assim, ao que me parece, seria suficiente – para se prevenir novos crimes – o afastamento do referido cargo e a proibição de manter contato com os integrantes da administração municipal. Como é de conhecimento público, *os atuais mandatos eletivos municipais findam em 31 de dezembro do corrente ano, assim fica ressaltado que a proibição se estende aos integrantes da próxima administração do Município de Vitória do Xingu-PA.*

Não se pode olvidar, ainda, que, por ocasião da prisão preventiva, decretada durante as investigações, o *Parquet* atribuía ao paciente, a prática dos delitos tipificados no arts. 171, § 3º, 288, 299 e 312 do Código Penal, nos arts. 89 e 90 da Lei n. 8.666/1993 e no art. 1º, I e III, do Decreto-Lei n. 201/1967. Entretanto, quando do oferecimento da denúncia, o próprio órgão acusatório entendeu que haveria lastro probatório mínimo a amparar apenas as três últimas imputações.

Tal modificação na capitulação típica, traz, no caso concreto, um indicativo de que a periculosidade do paciente não seria tão acentuada, quanto se considerou de início, mormente porque dentre os crimes atribuídos ao paciente na denúncia, tão-só o do art. 1º, I e III, do Decreto-Lei n. 201/1967 é apenado com pena de reclusão. Os outros dois, constantes da Lei n. 8.666/1993, prevêm pena de detenção, o que evidencia que o próprio legislador entendeu que as condutas seriam de menor gravidade. Além disso, nenhum dos crimes envolveria violência ou grave ameaça.

A prisão preventiva é a *ultima ratio*, que só pode ser aplicada se não houver medida cautelar alternativa que possibilite o alcance do mesmo objetivo visado com a prisão.

Nesse sentido:

Processo Penal. *Habeas corpus*. Operação termópilas. Quadrilha e falsidade ideológica. Prisão preventiva e outras medidas cautelares corporais. Cumulatividade. Impropriedade.

1. As cautelares penais pessoais organizam-se de maneira sistemática. Tendo como ideia-força que a prisão é a *ultima ratio*, sendo inviável cumulá-la com medidas alternativas. *In casu*, diante de imputação de delitos com penas não elevadas, sem violência ou grave ameaça, comparecendo os pressupostos e requisitos de cautelaridade, o mais apropriado é revogar a segregação, mantendo-se as medidas de afastamento do cargo público e de proibição de frequentar determinados lugares.

2. Ordem concedida para revogar a prisão preventiva, mantidas as outras medidas cautelares determinadas em desfavor do paciente.

(HC n. 226.989-RO, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 4.6.2012)

Pertinente aqui o ensinamento do Min. Og Fernandes de que *as prisões cautelares, pelo seu caráter de excepcionalidade, devem ser reavaliadas a qualquer tempo (cláusula rebus sic standibus). Não exercer este juízo temporal da cautelaridade pode implicar extensão desarrazoada do encarceramento, o que corresponde ao cumprimento de pena sem sentença com trânsito em julgado, em desobediência ao art. 5º, LVII, da CF/1988. Assim, revoga-se a medida cautelar se superadas as razões que levaram a sua aplicação. Ademais, a prisão preventiva é a extrema ratio das medidas cautelares pessoais em que podem ser convertidas as prisões em flagrante e temporária, nos casos de absoluta necessidade, desde que satisfeitos os demais requisitos, em especial, o objetivo (pena máxima superior a quatro anos) (in Medidas Cautelares no Processo Penal, RT, fl. 58).*

Ante o exposto, defiro a liminar para suspender os efeitos do decreto de prisão preventiva, devendo o paciente permanecer em liberdade até o julgamento do mérito do presente habeas corpus. Aplico-lhe, porém, as medidas cautelares previstas no art. 319, III e VI, do Código de Processo Penal, e determino seu afastamento das funções de Prefeito Municipal de Vitória de Xingu-PA, bem como fica proibido de manter contato com integrantes da atual e da próxima administração do referido Município.

Por decisão de 6.12.2012, os efeitos da referida decisão liminar, deferida no HC n. 260.170-PA, foram estendidos a Aldir Nazário, Helton Wagner Lisardo, Carlos Alberto Gama de Almeida, Isaac Costa da Silva, Benedito da Silva, Ivo Krombauer e Paulo Cesar de Miranda.

Para melhor análise das questões abordadas no presente *habeas corpus*, pedi vista dos autos.

Da decisão impugnada (fls. 22-83e), extrai-se que a decretação da prisão preventiva da paciente seria imprescindível apenas para garantia da ordem pública, quer em razão da gravidade dos delitos perpetrados, quer pela probabilidade de a paciente, no exercício do cargo, continuar a prática delitiva,

uma vez que seria o elo entre Liberalino Ribeiro de Almeida Neto, Prefeito do Município, e os demais participantes do apontado esquema de fraudes. A mesma fundamentação deu-se em relação aos 4 (quatro) investigados, em relação aos quais o eminente Relator estende os efeitos da ordem, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal, ou seja, a necessidade da prisão, para garantia da ordem pública, a fim de se evitar a reiteração delituosa:

No caso, os fatos anunciados pela autoridade policial indicam que os investigados Liberalino Ribeiro de Almeida Neto, José Danilo Damaso de Almeida, *Benedito da Silva, Ivo Krombauer e Aldir Nazário de Carvalho* já se conheciam de período remoto em que, a que tudo indica, com o mesmo *modus operandi*, utilizaram-se de empresas com sócios laranjas para desvios de verbas públicas e crimes correlatos, ilícitos que parecem se repetir, atualmente, em relação aos recursos recebidos pela Prefeitura de Vitória do Xingu-PA, com a mesma desenvoltura e participação do mesmo núcleo de pessoas e com a inclusão de outras, como os demais investigados Paulo César de Miranda, Helton Wagner Lisardo, Isaac Costa da Silva e Roseli Aparecida de Almeida Braga (conforme registram os episódios sucessivos citados no item "I-a)" da presente decisão), o que demonstra que há continuidade na perpetração das condutas e autoriza a ilação de que soltos continuarão na prática delitiva.

Desta forma, verificando que os fatos relatados na representação demonstram que a conduta ilícita da organização está a se estender no Município de Vitória do Xingu e que há forte vínculo de subordinação dos demais atores em relação aos dois primeiros investigados (supostos mentores e articuladores dos ilícitos), torna-se imperativo reconhecer a necessidade de se resguardar o meio social com a segregação cautelar dos investigados, a fim de evitar que outros ilícitos se repitam e as lesões ao erário sejam intensificadas.

(...)

Assim, verifico que também restou demonstrada, com base em elementos concretos, a necessidade da prisão cautelar dos representados José Danilo Damaso de Almeida, Liberalino Ribeiro de Almeida Neto, Roseli Aparecida de Almeida Braga, Helton Wagner Lisardo, Isaac Costa da Silva, Carlos Alberto Gama de Almeida, Aldir Nazário de Carvalho, Paulo Cesar de Miranda, Benedito da Silva e Ivo Krombauer, nos termos acima expostos, para garantia da ordem pública (fls. 69-70e e 72e).

Verifica-se, do exame da decisão que decretou a prisão preventiva da paciente e dos outros 4 (quatro) mencionados investigados, beneficiados com a extensão da presente ordem, que a sua situação é diversa da do Prefeito Liberalino Ribeiro de Almeida Neto, que teve a sua custódia cautelar decretada para garantia da ordem pública, para evitar a reiteração delituosa (fl. 72e), e

também por conveniência da instrução criminal, ante as notícias de intimidação de testemunhas e de outras pessoas que delas se aproximam e de retirada de documentos da Prefeitura, armazenados na residência de Liberalino e do investigado Carlos Alberto Gama de Almeida (fls. 64-67e).

A denegação da ordem, impetrada em favor de Liberalino Ribeiro de Almeida Neto, no HC n. 218.767-PA, em 28.2.2012, por esta 6ª Turma, deu-se apenas em razão da necessidade da prisão de Liberalino, por conveniência da instrução criminal, em face da aludida intimidação a testemunhas e pessoas a elas ligadas, do que decorreu a necessária revogação da extensão dos efeitos da liminar, ali deferida, à ora paciente, Roseli Aparecida de Almeida Braga, e a Aldir Nazário de Carvalho, Paulo Cesar de Miranda e Ivo Krombauer.

Em razão da gravidade da aludida medida postulada, e como decorrência do sistema de garantias individuais constitucionais insertos no art. 5º, incisos LVII e LXVI, da Constituição Federal, a prisão preventiva somente deve ser decretada quando for absolutamente imprescindível, dada sua natureza excepcional.

De conformidade com o entendimento do colendo Supremo Tribunal Federal, “a privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade. A prisão preventiva, para legitimar-se, em face de nosso sistema jurídico, impõe – além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e indício suficiente de autoria) – *que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu*” (STF, HC n. 80.719-SP, Rel. Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, unânime, DJU de 28.9.2001, p. 37).

Nessa linha, como ponderou a Ministra *Maria Thereza de Assis Moura*, no julgamento do HC n. 227.943-PI, “A prisão processual é medida odiosa, cabível apenas quando imprescindível para a esmerada prestação jurisdicional, ou seja, quando presente, mercê de elementos concretos, alguma das hipóteses do art. 312 do Código de Processo Penal (...)” (STJ, HC n. 227.943-PI, Rel. Ministra *Maria Thereza de Assis Moura*, Sexta Turma, DJe de 15.2.2012).

De fato, nas palavras do doutrinador Eugênio Pacelli de Oliveira, “*a prisão preventiva, por trazer como conseqüências a privação da liberdade antes do trânsito em julgado, somente se justifica enquanto e na medida em que puder realizar a proteção da persecução penal, em todo o seu iter procedimental, e, mais, quando*

*se mostrar a única maneira de satisfazer tal necessidade” (Curso de Processo Penal, 6ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 432).*

A prisão preventiva, por ser medida excepcional e extrema, exige a demonstração de fatos que revelem significativo abalo à ordem pública ou econômica ou que prejudiquem a investigação ou a instrução criminal e a aplicação da lei penal, com fundamentos consistentes e individualizados, em relação a cada um dos agentes.

Não vislumbro presente, na decisão impugnada, a demonstração de elementos que justifiquem a manutenção da prisão provisória da paciente, para garantia da ordem pública, não se prestando, para o atendimento dos requisitos legais, a alusão à gravidade dos delitos, além dos indícios de autoria e da demonstração da materialidade delitiva.

Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

Criminal. *Habeas corpus*. Tráfico de drogas. Liberdade provisória indeferida pelo Magistrado processante. Garantia da ordem pública. Gravidade abstrata do delito. Fundamentação inidônea. Mera indicação dos requisitos do art. 312 do CPP. Ausência de elemento concreto a justificar a medida excepcional. Ordem concedida.

I - A prisão preventiva é medida excepcional e deve ser decretada apenas quando devidamente amparada pelos requisitos legais, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade, sob pena de antecipar a reprimenda a ser cumprida quando da condenação definitiva.

II - *A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a existência de indícios de autoria e prova da materialidade do delito, bem como o juízo valorativo sobre a gravidade genérica do crime imputado ao paciente e sua periculosidade abstrata, não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão cautelar, se desvinculados de qualquer fator concreto ensejador da configuração dos requisitos do art. 312 do CPP.*

III - *A mera alusão aos requisitos da custódia cautelar, expressões de simples apelo retórico, bem relativas à necessidade de coibir a prática de delitos graves e ao clamor público, não são aptos a embasar a medida restritiva de liberdade.*

IV - As condições pessoais favoráveis, como primariedade, bons antecedentes e residência definida, mesmo não sendo garantidoras de eventual direito à liberdade provisória, devem ser devidamente valoradas quando não demonstrada a presença dos requisitos que justificam a medida constritiva excepcional (Precedentes).

V - Reconhecida a ausência de motivação idônea do decreto prisional, resta superada a análise do suposto excesso de prazo na formação da culpa.

VI - Deve ser cassado o acórdão recorrido e as decisões de 1º grau, para conceder ao paciente o benefício da liberdade provisória, se por outro motivo não estiver preso, mediante as condições a serem estabelecidas pelo Magistrado singular, sem prejuízo de que seja decretada nova custódia, com base em fundamentação concreta.

VII - Ordem concedida, nos termos do voto do Relator (STJ, HC n. 243.717-BA, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJe de 5.9.2012).

Com efeito, a prisão da paciente, para garantia da ordem pública, deveu-se à ilação de que, solta, continuaria ela – assim como os outros 4 (quatro) mencionados representados – a reincidir na prática delituosa (fls. 69-70e e 72e).

Entretanto, vê-se que as prática delituosas atribuídas à paciente e aos outros 4 (quatro) representados aos quais o Relator estende a ordem, decorreram do desempenho de seus cargos ou funções públicas, na Prefeitura Municipal de Vitória do Xingu-PA – a paciente, Secretária Municipal de Saúde, Aldir Nazário de Carvalho, Secretário Municipal de Obras, Benedito Silva, segundo membro da Comissão Única de Licitação do Município de Vitória do Xingu-PA, Ivo Krombauer, empresário e chefe de Serviços Gerais da Prefeitura de Vitória do Xingu-PA –, ou de sua atuação junto ao Prefeito e servidores públicos municipais, como o representado Paulo César de Miranda, empresário e “laranja” do grupo, na constituição de empresas vencedoras de licitações municipais.

Assim sendo, o afastamento da paciente e dos outros 3 (três) representados de seus cargos ou funções públicas municipais, aliado às demais medidas cautelares determinadas pelo Relator, em seu voto, são suficientes, a meu ver, para afastar a probabilidade de reiteração delituosa.

Não se pode negar que a probabilidade concreta de reiteração criminosa seja aceita como fundamento para a decretação da prisão preventiva (STJ, RHC n. 23.122-RJ, Rel. Ministro *Arnaldo Esteves Lima*, Quinta Turma, DJe de 1º.9.2008), mormente em se tratando de crimes praticados por meio de organização criminosa (STF, HC n. 88.905-GO, Rel. Ministro *Gilmar Mendes*, Informativo STF n. 440), de tal sorte que, se no futuro tal vier a ocorrer, ter-se-á elemento concreto e novo, justificador da medida extrema.

*In casu*, trata-se de *habeas corpus*, impetrado contra a decretação de prisão preventiva, monocraticamente, por ilustre Desembargadora Federal Convocada do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no exercício de jurisdição em função da prerrogativa de foro, em razão do envolvimento, no caso, do Prefeito

Municipal, razão pela qual, revogada a prisão preventiva, nos termos acima expostos, pode o STJ determinar medidas menos gravosas.

Entre os extremos da prisão cautelar e da liberdade provisória, a Lei n. 12.403, de 4 de junho de 2011, instituiu medidas cautelares alternativas à prisão preventiva, dando nova redação ao art. 319 do Código de Processo Penal. A partir dos critérios de necessidade e adequação, previstos no art. 282, I e II, do Código de Processo Penal, e da proporcionalidade da medida, permite-se ao julgador buscar a medida que seja mais adequada, em face da necessidade do caso concreto, identificando qual cautela de restrição da liberdade é suficiente para assegurar a utilidade e a eficácia do provimento jurisdicional, sem que se tenha de lançar mão da medida drástica do encarceramento.

Reexaminando essa matéria, verifico que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de que as medidas cautelares, previstas no art. 319 e 320 do Código de Processo Penal, não são substitutivas à prisão preventiva, mas alternativas. Substitutivas seriam se, cabível a prisão preventiva, o julgador a substituísse por medidas menos gravosas, diferentemente das alternativas, que significam que, ou se admite a prisão preventiva, ou se admitem as medidas cautelares dos arts. 319 e 320 do Código de Processo Penal, acrescidos pela Lei n. 12.403/2011. Confirmam-se os precedentes:

*Habeas corpus*. 2. Estelionato, uso de documento falso e de entorpecentes. 3. Ausência dos requisitos autorizadores da prisão preventiva. Constrangimento ilegal configurado. Superação da Súmula n. 691. 4. Excepcionalidade da prisão. Possibilidade da aplicação de outras medidas cautelares. Art. 319 do CPP. 5. Ordem concedida, confirmando a liminar (STF, HC n. 112.731, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 10.10.2012).

*Habeas corpus*. Corrupção passiva e formação de quadrilha. Fraudes em benefícios previdenciários. Condenação. Manutenção da custódia cautelar. Pressupostos do art. 312 do Código de Processo Penal. Demonstração. Gravidade em abstrato insuficiente para justificá-la. Precedentes da Corte. Ordem parcialmente concedida.

1. Segundo a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal, para que o decreto de custódia cautelar seja idôneo, é necessário que o ato judicial construtivo da liberdade traga, fundamentadamente, elementos concretos aptos a justificar tal medida.

2. Está sedimentado na Corte o entendimento de que a gravidade em abstrato do delito não basta para justificar, por si só, a privação cautelar da liberdade individual do agente.

3. *As recentes alterações promovidas pela Lei n. 12.403/2011 no Código de Processo Penal trouxeram alterações que aditaram uma exceção à regra da prisão.*

4. *Não mais subsistente a situação fática que ensejou a decretação da prisão preventiva, é o caso de concessão parcial da ordem de habeas corpus, para que o Juiz de piso substitua a segregação cautelar pelas medidas cautelares diversas da prisão elencadas no art. 319, incisos I, II, III e VI, do Código de Processo Penal (STF, HC n. 109.709, Rel. Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 20.4.2012).*

Criminal. *Habeas corpus*. Roubo circunstanciado. Prisão preventiva. Paciente foragido por quase quatro anos. Garantia da aplicação da lei penal. Prisão preventiva devidamente fundamentada. Constrangimento ilegal não evidenciado. Medidas cautelares. Descabimento. Alegação de inocência. Via incompatível. Condições pessoais favoráveis. Irrelevância. Ordem denegada.

I. Mostra-se devidamente fundamentada prisão preventiva decretada para garantir a aplicação da lei penal em hipótese de paciente que permanece foragido por quase quatro anos, somente vindo a ser preso em outro Estado da Federação.

II. A simples condição de foragido, que se mantém em local incerto e não sabido, é suficiente para a decretação da prisão preventiva. Precedentes.

III. *Devidamente fundamentada a segregação, resta afastada a possibilidade de aplicação de medida cautelar menos gravosa conforme a nova dicção do art. 319, conferida após o advento da Lei n. 12.403/2011.*

IV. A negativa de autoria consiste em alegação cuja análise extrapola o âmbito do *writ*, caracterizado pela estreiteza cognitiva, uma vez que demanda imersão no conjunto fático-probatório.

V. Eventuais condições favoráveis, como primariedade e bons antecedentes, não são suficientes, por si sós, a ensejar a concessão da liberdade, se presentes os requisitos da segregação.

VI. Ordem denegada. (STJ, HC n. 221.994-DF, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJe de 1º.8.2012).

*Habeas corpus*. Tráfico de entorpecentes. 1. Prisão em flagrante convertida em prisão preventiva. Fundamentação idônea. Periculosidade concreta. *Modus operandi*. Garantia da ordem pública. Liberdade provisória. Impossibilidade. Vedação legal do art. 44 da Lei n. 11.343/2006. 2. Ilegalidade Conversão. Substituição medidas cautelares. Lei n. 12.403/2011. Pleitos não examinados pelo Tribunal *a quo*. Supressão de instância. 3. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada.

1. A concessão de liberdade provisória nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes encontra óbice no art. 44 da Lei n. 11.343/2006, de forma que não há falar em constrangimento ilegal na manutenção da custódia nesses casos.

2. A Lei n. 11.464/2007, que alterou o art. 2º da Lei n. 8.072/1990, não derogou o obstáculo ao deferimento do benefício ora em análise, pois a Lei n. 11.343/2006,

legislação especial, possui dispositivo expresso no sentido da vedação da liberdade provisória aos delitos de tráfico de drogas.

3. Em síntese, tratando-se de crime hediondo, previsto na Lei n. 11.343/2006, a prisão cautelar é a regra, sem qualquer nuance de ilegalidade, regra que pode ser afastada excepcionalmente pelo julgador, no caso concreto, se evidenciada situação de desnecessidade da medida extrema.

4. Na hipótese dos autos, o Juízo de primeiro grau e o Tribunal de Justiça estadual indeferiram o pleito de liberdade não só com base na vedação prevista no art. 44 da Lei n. 11.343/2006, como também na gravidade concreta da conduta praticada pelo paciente, preso em flagrante com 26 pedras de crack armazenadas em 19 invólucros plásticos, R\$ 20,00 em espécie e uma arma de fogo.

5. As questões da ilegalidade da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, de ofício, e da pretendida aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, não foram apreciadas pelo Tribunal *a quo*, impedindo, assim, a manifestação desta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância. Ainda que assim não fosse, *estando presente a necessidade concreta da manutenção da custódia cautelar, a bem do resguardo da ordem pública, conforme visto acima, e ante a gravidade dos fatos, as medidas cautelares alternativas à prisão, introduzidas com a Lei n. 12.403/2011, não se mostram suficientes e adequadas à prevenção e repressão do crime de tráfico de drogas, razão pela qual é inaplicável ao caso em análise.*

6. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegado (STJ, HC n. 226.035-MG, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe de 22.3.2012).

*Habeas corpus*. Homicídio circunstanciado. Custódia cautelar mantida na decisão de pronúncia. Fundamentação genérica. Art. 312 do CPP.

1. A jurisprudência desta Corte tem proclamado que a prisão cautelar é medida de caráter excepcional, devendo ser imposta, ou mantida, apenas quando atendidas, mediante decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da Constituição Federal), as exigências do art. 312 do Código de Processo Penal.

2. Isso porque a liberdade, antes de sentença penal condenatória definitiva, é a regra, e o enclausuramento provisório, a exceção, como têm insistido esta Corte e o Supremo Tribunal Federal em inúmeros julgados, por força do princípio da presunção de inocência, ou da não culpabilidade.

3. Conforme reiterada jurisprudência desta Corte, a circunstância de o acusado ter se evadido do distrito da culpa, não é motivo suficiente para justificar a imposição da custódia cautelar, notadamente por se tratar, ao que tudo indica, de réu primário e sem antecedentes negativos.

4. Meras suposições a respeito de ameaça às testemunhas, em oposição à narrativa apresentada, demonstra incerteza e tampouco serve para justificar a custódia.

5. Ordem concedida para revogar a prisão preventiva, facultado ao Juiz de primeiro grau - caso assim entenda necessária - a aplicação de medida cautelar prevista no art. 319 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n. 12.403/2011 (STJ, HC n. 187.495-PE, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe de 9.11.2011).

O professor Gustavo Henrique Badaró esclarece que “as medidas cautelares previstas no art. 319, bem como a medida cautelar estabelecida no art. 320, são medidas cautelares alternativas à prisão preventiva ou prisão em flagrante delito. Não se tratam de medidas cautelares substitutivas da prisão. A diferença é fundamental. No caso de medidas substitutivas, a prisão preventiva é concretamente cabível, mas o juiz pode deixar de aplicá-la, substituindo-a por medida menos gravosa, não privativa de liberdade” (Medidas Cautelares no Processo Penal, obra coordenada pelo Ministro Og Fernandes, Ed. RT, 2012, p. 210).

Para a decretação das medidas cautelares alternativas à prisão devem ser preenchidos os pressupostos próprios das cautelares, no processo penal, ou seja, o *fumus commissi delicti* (prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria) e o *periculum libertatis* (necessidade para a aplicação da lei penal, para a investigação criminal ou a instrução criminal e, no caso das cautelares dos incisos I, VI e VIII do art. 319 do Código de Processo Penal, a necessidade para evitar a reiteração criminosa). Porém, diferentemente da prisão preventiva (art. 313 do Código de Processo Penal), elas não estão restritas a parâmetros definidos, exigindo-se apenas que as situações sejam menos graves e as medidas restritivas à liberdade de locomoção, em menor grau, sejam adequadas e proporcionais. A nova sistemática das medidas cautelares exige, aliás, que a primeira opção a ser adotada deve ser a das medidas cautelares alternativas à prisão, ficando a medida mais gravosa (prisão) para situações excepcionais (art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal).

Nessa esteira, o art. 319, VI, do Código de Processo Penal prevê a possibilidade de suspensão do exercício da função pública, “quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais”.

Não há como negar, no caso concreto, de tudo que foi ressaltado na decisão impugnada, que os pressupostos próprios das cautelares restaram preenchidos. Há urgência em se evitar que, se confirmados os indícios trazidos aos autos, a paciente, bem como Aldir Nazário de Carvalho (Secretário de Obras do Município de Vitória do Xingu-PA - fl. 40e), Benedito Silva (segundo membro da

Comissão Única de Licitação de Vitória do Xingu-PA - fl. 46e) e Ivo Krombauer (empresário e, ao que consta a fl. 48e, Chefe de Serviços Gerais na Prefeitura do Município de Vitória do Xingu-PA) se utilizem das funções públicas exercidas, para continuar a perpetrar crimes contra a Administração Pública.

Ressalte-se, nesta oportunidade, que, conforme relatado na decisão impugnada (fl. 45e), Paulo Cesar de Miranda seria empresário na região e, quanto a ele, seria inaplicável a referida medida.

Conforme já ressaltado no presente voto, o afastamento da paciente e dos três representados – Aldir, Benedito e Ivo – do cargo ou função pública que ocupam ou exercem, bem como a imposição das demais cautelares a todos eles, inclusive a Paulo César de Miranda, restam suficientes para afastar a possibilidade de reiteração delituosa.

Ante o exposto, acompanho o Relator, para revogar a prisão preventiva da paciente, e, nos termos do art. 580 do CPP, estendo a medida também a Aldir Nazário de Carvalho, Benedito Silva, Ivo Krombauer e Paulo Cesar de Miranda, aplicando-se, a eles, as medidas cautelares impostas, no presente voto, pelo eminente Relator, com a ressalva, quanto a Paulo Cesar de Miranda, no que se refere à medida de afastamento do cargo ou da função pública.

É como voto.

---

**HABEAS CORPUS N. 287.283-SP (2014/0014749-2)**

---

Relatora: Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ-SE)

Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo

Advogado: Defensoria Pública do Estado de São Paulo

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: G A de S (Internado)

---

**EMENTA**

*Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Descabimento. Estatuto da Criança e do Adolescente. Medida de internação. Ato

infracional análogo ao crime de tráfico de entorpecentes. Reincidência específica. Ineficácia de medida anterior mais branda. Medida socioeducativa de internação justificada. *Habeas corpus* não conhecido.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, ressalvando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

– Mostra-se devidamente fundamentada a aplicação de medida socioeducativa de internação em hipótese de reincidência específica do paciente, o qual, a despeito de aplicação de medida socioeducativa anterior, foi novamente apreendido trazendo consigo 25 porções de cocaína pesando aproximadamente 34,4 gramas e 18 porções de maconha pesando aproximadamente 26,20 gramas.

– Hipótese na qual a medida anteriormente aplicada não foi suficiente para afastar o adolescente das práticas infracionais, mas, ao contrário, os indícios denotam imersão no meio criminoso, notadamente se considerado que o próprio paciente manifestou seu propósito de se evadir e integra-se em facção criminosa.

– O entendimento desta Corte vem evoluindo no sentido de que, em situações excepcionais, a reincidência específica na prática de ato infracional, bem como as condições concretas da criança e do adolescente, permitem a aplicação da medida socioeducativa de internação.

*Habeas corpus* não conhecido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora, vencida a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis, que concedia a ordem de ofício.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora, quanto ao não conhecimento da ordem.

Brasília (DF), 24 de abril de 2014 (data do julgamento).

Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ-SE),  
Relatora

---

DJe 12.5.2014

## RELATÓRIO

A Sra. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ-SE): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, contra ato de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que indeferiu a medida de urgência pleiteada em favor de G A DE S, no autos do HC n. 2054136-59.2013.8.26.0000.

Extrai-se dos autos que o Juízo processante julgou procedente a representação ajuizada em desfavor do adolescente, para reconhecer a prática de ato infracional análogo ao delito de tráfico de drogas, o que ensejou a sua internação, sem prazo determinado.

No presente *habeas corpus*, a defesa sustenta não ser o caso de aplicação da Súmula n. 691-STF, por estar configurada flagrante ilegalidade e afronta direta à jurisprudência sumulada deste Superior Tribunal de Justiça, no que concerne à aplicação da medida socioeducativa de internação a adolescente que praticou ato infracional equiparado ao tráfico de drogas, sem a devida fundamentação.

Sustenta a impetrante que a prática de ato equiparado ao tráfico de entorpecente não permite, por si só, a aplicação de medida socioeducativa de internação, nos termos do entendimento esposado pela Súmula n. 492 do Superior Tribunal de Justiça.

Requer seja aplicada ao paciente medida socioeducativa diversa da internação.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 33-34.

Informações às fls. 85-91.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ*, uma vez que o paciente é reincidente específico (fls. 94-97).

É o relatório.

**VOTO**

A Sra. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ-SE) (Relatora): Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso no processo penal. Contudo, à luz de princípios constitucionais, sobretudo do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

A propósito, confira-se:

*Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Descabimento. Competência das Cortes Superiores. Matéria de direito estrito. Modificação de entendimento do STJ, em consonância com o STF. Violência doméstica contra a mulher. Medida protetiva de urgência. Prisão preventiva. Garantia da ordem pública. Fundamentação idônea. Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, pudesse ensejar a concessão da ordem de ofício. *Habeas corpus* não conhecido.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC n. 109.956-PR, Primeira Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 7.8.2012, publicado no DJe de 11.9.2012; HC n. 104.045-RJ, Primeira Turma, Rel. Ministra Rosa Weber, julgado em 28.8.2012, publicado no DJe de 6.9.2012; HC n. 108.181-RS, Primeira Turma, Relator Min. Luiz Fux, julgado em 21.8.2012, publicado no DJe de 6.9.2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Toffoli, respectivamente, nos autos do HC n. 114.550-AC (DJe de 27.8.2012) e HC n. 114.924-RJ (DJe de 27.8.2012).

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que, “no tocante a *habeas* já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício.”

3. Hipótese em que o Paciente teve a prisão preventiva decretada a fim de assegurar a execução de medida protetiva de urgência, porque, “usuário de drogas, já se envolveu em outras situações de violência doméstica contra a mulher, estando, inclusive, respondendo por tentativa de homicídio de [sua esposa], de onde se infere que a sua custódia é necessária para a garantia da ordem pública e, sobretudo, da segurança da ofendida”.

4. Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de ofício.

5. *Habeas corpus* não conhecido (HC n. 221.200-DF, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 19.9.2012).

Assim, deixo de conhecer o presente *writ* por se cuidar de substitutivo de recurso próprio.

Todavia, passo à análise do pedido deduzido na inicial, diante da possibilidade da concessão de ordem de ofício, no caso de restar configurada alguma flagrante ilegalidade a ser sanada.

Ressalte-se, inicialmente, que o julgamento do mérito do *habeas corpus* originário não implica a perda do objeto desta impetração, uma vez que, conforme extrai-se da leitura do acórdão proferido no julgamento do *writ* originário, foi mantida a aplicação da medida socioeducativa de internação pelos mesmos fundamentos expressos na sentença. Diante disso, possível a cognição do pedido formulado neste *writ*, a fim de se verificar a possibilidade de concessão da ordem de ofício.

Nesse sentido, o seguinte precedente, confira-se:

Penal. *Habeas corpus*. 1. Ato coator. Indeferimento de liminar. Superação da Súmula n. 691 do STF. Patente ilegalidade. Superveniente julgamento do mérito. Cognição. Possibilidade. 2. Estatuto da Criança e do Adolescente. Medida socioeducativa de internação. Aplicação. 3. Ato infracional análogo ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes. Inocorrência das hipóteses do artigo 122 do aludido Estatuto. Impossibilidade. 4. Ordem concedida.

1. A medida socioeducativa de internação somente pode ser imposta ao adolescente na hipótese de não haver outra mais adequada e menos onerosa à sua liberdade, e caso o adolescente incida em quaisquer das hipóteses previstas no artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

2. O ato infracional análogo ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, a despeito da sua natureza hedionda, não dá ensejo, por si só, à aplicação da medida socioeducativa de internação, já que a conduta não pressupõe violência ou grave ameaça a pessoa.

3. Ordem concedida, acolhido o parecer e ratificada a liminar, superando a Súmula n. 691 do STF, para anular a sentença proferida pelo Juízo monocrático, apenas na parte referente à medida socioeducativa, a fim de que seja imposta ao paciente medida diversa da internação, devendo permanecer, nesse ínterim, na medida socioeducativa de semiliberdade (HC n. 178.191-SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 3.8.2011).

Busca-se na presente impetração, a aplicação de medida socioeducativa diversa da internação, tendo em vista a ausência das circunstâncias previstas no art. 122 do ECA, a atrair ao caso a aplicação do Enunciado n. 492 da Súmula desta Corte.

No caso, a medida de internação foi determinada pela sentença sob a seguinte fundamentação:

10.) Destarte, forma-se um juízo de convicção apto a fundamentar um decreto de procedência da presente ação sócio-educativa, aplicando-se a medida excepcional de internação para o infrator, nos termos do artigo 121 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente, em razão da gravidade do ato infracional delito cometido, equiparado a crime hediondo.

*10.1.) Ademais, o adolescente em questão está seriamente comprometido com a marginalidade, pois, reincidente específico (fls. 83-84). Não obstante a força dos argumentos lançados pela Defensoria Pública, tenho que o entendimento mais adequado é o de que reiteração é repetição; reiterar, segundo o léxico, é fazer de novo, renovar, repetir; e, o ECA não usa o termo reincidência apenas para não conferir tratamento ao jovem semelhante ao imputável que pratica crime.*

10.1.1.) Consoante decidido recentemente pelo STF, "(...) o inciso II do artigo 122 do ECA não prevê número mínimo de delitos anteriormente cometidos para fins de caracterização da reiteração na prática criminosa (...)" (HC n. 94.447, Relatorz Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 12.4.2011).

10.1.2.) Como assentado pelo Ministro Joaquim Barbosa quanto ao inciso II do Art. 122 do ECA, quando do julgamento do HC n. 84.218-SP, (...) o argumento de que são necessários o número mínimo de 3 atos infracionais graves para a incidência deste inciso não tem fundamento legal. A simples leitura da lei afasta esse argumento. (...).

*10.2.) Por fim, como bem destacado pelo Ministério Público (fls. 109), consta do relatório da Fundação CASA (fls. 72) que o representado afirmou que iria tentar fugir da internação, pois, seu desejo é fazer parte de uma facção criminosa! (fls. 25-26).*

O Tribunal *a quo*, por sua vez, consignou:

O legislador, ao regulamentar o artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, posteriormente à edição do ECA, Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, equiparou a conduta a crime hediondo (Lei n. 8.072, de 3 25 de julho de 1990, artigo 2, *caput*).

(...)

A interpretação literal do artigo 122, do ECA, levaria ao absurdo raciocínio, como bem destacado pela I. Desembargadora Maria Olívia Alves, no julgamento do Habeas Corpus n. 0089413-44.2011.8.26.0000, desta Colenda Câmara Especial, "de que o legislador considerou o tráfico de drogas menos grave do que uma lesão corporal leve ou uma ameaça, e que esta medida estaria então autorizada nestes últimos casos".

Outrossim, não se pode perder de vista que as medidas Socioeducativas, em face da doutrina da proteção integral, preconizada pelo artigo 1º, do ECA,

têm o escopo primordial de ressocialização, despertar no adolescente infrator a consciência do desvalor de sua conduta, bem como afastá-lo do meio social, convidando-o a uma profunda reflexão e reavaliação de seu comportamento, de forma a prepará-lo para a reinserção na sociedade, evitando que no futuro trilhe o doloroso caminho da criminalidade (fls. 89-90).

De acordo com o entendimento desta Corte, consignado no Enunciado n. 492 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, “o ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente”.

Desse modo, é necessária a presença dos requisitos do art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente para a aplicação da medida socioeducativa mais severa.

Conforme se verifica dos autos, já havia sido aplicada anteriormente ao paciente medida socioeducativa por ato infracional equiparado ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes. Não obstante, o adolescente foi novamente apreendido, trazendo consigo 25 porções de cocaína pesando aproximadamente 34,4 gramas e 18 porções de maconha pesando aproximadamente 26,20 gramas. Verifica-se, portanto, que a medida anteriormente aplicada não foi suficiente para afastá-lo das práticas infracionais, mas, ao contrário, os indícios denotam imersão no meio criminoso, especialmente se considerado o destacado pelo sentença, segundo a qual consta, do relatório da Fundação CASA, que o paciente afirmou que iria tentar fugir da internação, pois seu desejo é fazer parte de uma facção criminosa.

Diante dessas circunstâncias específicas, mostra-se justificada a aplicação de medida socioeducativa mais gravosa. A propósito, cabe ressaltar o entendimento desta Corte que vem evoluindo no sentido de que, em situações excepcionais, a reincidência específica na prática de ato infracional, bem como as condições concretas da criança e do adolescente, permitem a aplicação da medida socioeducativa de internação. Confrim-se:

*Habeas corpus* substitutivo. Inadmissibilidade. ECA. Ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas. Reincidência específica. Medida socioeducativa de internação. Possibilidade. Medida mais branda. Ineficácia. Condições pessoais e sociais. Situação de vulnerabilidade do adolescente. Revogação da liminar. Parecer pelo não conhecimento.

1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não têm mais admitido o *habeas corpus* como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais. Precedentes.

2. Quando manifesta a ilegalidade ou sendo teratológica a decisão apontada como coatora, situação verificada de plano, admite-se a impetração do *mandamus* diretamente nesta Corte para se evitar o constrangimento ilegal imposto ao paciente.

3. *A medida socioeducativa da internação mostra-se devidamente fundamentada, dada a reincidência específica do paciente, o qual, não obstante a anterior aplicação de medida socioeducativa de liberdade assistida, foi apreendido trazendo consigo 89 cápsulas contendo cocaína, com peso líquido de 82,10 g, o que demonstra a insuficiência da providência anteriormente adotada.*

4. Ordem não conhecida. Revogada a liminar antes concedida (HC n. 271.153-SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 10.3.2014).

*Habeas corpus*. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional análogo ao crime de tráfico ilícito de drogas. Reincidência específica nesse ato infracional. Medida socioeducativa de internação por prazo indeterminado. Legalidade. Incidência do art. 122, inciso II, c.c. arts. 100 e 113 do ECA. *Habeas corpus* denegado.

1. *É cabível a medida de internação ao menor que reincide no cometimento de infração equivalente ao crime de tráfico ilícito de drogas, de modo a demonstrar que é essa a única medida socioeducativa adequada à sua ressocialização. Aplicação do art. 122, inciso II, c.c. arts. 100 e 113, todos do ECA.*

2. *Habeas corpus* denegado. (HC n. 237.683-PE, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 28.6.2012)

*Habeas corpus*. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional equiparado ao crime de roubo duplamente majorado. (I) Desclassificação para ato infracional equiparado ao delito de receptação. Impossibilidade de exame na via eleita. Revolvimento de matéria fático-probatória. (II) Internação por prazo indeterminado. Gravidade concreta da conduta. (III) Anterior aplicação de medida socioeducativa mais branda. (IV) Condições pessoais e sociais. Situação de vulnerabilidade do adolescente. Medida socioeducativa justificada. Constrangimento ilegal não evidenciado.

1. O pedido de desclassificação da conduta imputada ao paciente de ato infracional equiparado ao crime de roubo para o de receptação é matéria que, segundo jurisprudência pacífica deste Superior Tribunal, não pode ser dirimida na via estreita do *habeas corpus*, de cognição sumária, porquanto exige o reexame aprofundado de matéria fático-probatória.

2. Segundo o disposto no art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, é permitida a aplicação da medida socioeducativa de internação, por prazo indeterminado, na hipótese de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência contra pessoa, desde que não ultrapassado o prazo máximo legal e caso não haja outra medida mais adequada ao caso concreto.

3. Mostra-se devida a aplicação da medida de internação, consoante o disposto no inciso I do art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, quando apontados elementos concretos que evidenciam a gravidade da conduta perpetrada pelo paciente, a qual, *in casu*, foi praticada mediante violência e grave ameaça contra pessoa, com emprego de arma de fogo e em concurso de mais dois agentes.

3. *A aplicação da medida de internação encontra-se justificada também em razão de o paciente ser reincidente específico, visto que já recebeu medida socioeducativa de liberdade assistida pela anterior prática de ato infracional equiparado ao crime de roubo e, não obstante, voltou a praticar novo ato infracional, demonstrando que a aplicação de medida socioeducativa mais branda não o impediu de praticar novas condutas infracionais.*

5. *A par da gravidade concreta do ato infracional e da reincidência específica do paciente, o Tribunal de origem relatou suas condições pessoais e sociais, ressaltando que cresceu em família desestruturada, possui comportamento rebelde desde a infância e foi expulso da escola, tendo se envolvido com tráfico de drogas na adolescência e consumo de substâncias entorpecentes, tais como maconha e cocaína, destacando, ainda, que possui convívio com jovens envolvidos com práticas infracionais, circunstâncias que reforçam a imprescindibilidade de manutenção da medida socioeducativa extrema, máxime porque aplicada em fiel observância aos princípios da gradação e da excepcionalidade.*

6. Ordem denegada. (HC n. 202.158-DF, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 1º.2.2012).

*Habeas corpus* substitutivo de recurso especial. Descabimento. Modificação da orientação jurisprudencial do STJ, em consonância com o novo posicionamento adotado pelo Pretório Excelso. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional equiparado a tráfico ilícito de entorpecentes. Medida socioeducativa de internação. Reincidência específica. Ato infracional cometido durante o cumprimento de medida de semiliberdade anteriormente aplicada. Quantidade e variedade de entorpecentes apreendidos. Adolescente evadido da casa dos familiares e que não trabalha ou estuda. Medida socioeducativa de internação justificada. *Habeas corpus* não conhecido.

- O Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Precedentes: HC n. 109.956-PR, Rel. Ministro Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012, e HC n. 104.045-RJ, Rel. Ministra Rosa Weber, DJe de 6.9.2012, dentre outros.

- O Superior Tribunal de Justiça, na esteira de tal entendimento, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, sem perder de vista, contudo, princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa. Nessa toada, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício. A propósito: HC n. 221.200-DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe de 19.9.2012.

- *Mostra-se devidamente fundamentada medida socioeducativa de internação em hipótese de reincidência específica do paciente, ao qual havia sido aplicada anteriormente medidas socioeducativas de liberdade assistida e de semiliberdade, e, não obstante, durante o cumprimento dessa última, foi apreendido em posse de 61,4g de cocaína, acondicionado em 130 tubos plásticos, e 96,6g de maconha, acondicionados em 30 unidades em sacos plásticos, o que demonstra a insuficiência das providências anteriores.*

- *Paciente que, na data da apreensão, não estudava nem trabalhava, e estava evadido da residência de seus familiares, circunstâncias que reforçam a necessidade de imposição da medida mais severa.*

- *O entendimento desta Corte vem evoluindo no sentido de que, em situações excepcionais, a reincidência específica na prática de ato infracional, bem como as condições concretas da criança e do adolescente, permitem a aplicação da medida socioeducativa de internação.*

*Habeas corpus* não conhecido (HC n. 261.008-RJ, da minha relatoria, Quinta Turma, DJe 18.3.2013).

No mesmo sentido, trago à colação julgamento do Supremo Tribunal Federal:

Ementa: Processual Penal. *Habeas corpus*. Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA. Ato infracional equiparado a tráfico de entorpecentes. Medida sócio-educativa de internação. Caráter extremo. Art. 122 do ECA. Rol taxativo. Ato infracional não cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa. Gravidade do ato e garantia da integridade física do menor. Fundamentos não idôneos para a aplicação da medida de internação. Reiteração na prática delituosa. Fundamento que autoriza a internação (art. 122, II, do ECA). Número mínimo de delitos anteriormente cometidos para caracterização da reincidência. Ausência de previsão legal. Ordem indeferida.

1. A internação, dentre todas as medidas sócio-educativas, constitui a mais severa, porquanto implica na privação da liberdade do menor.

2. O ECA reconhece o caráter extremo da medida, ao condicioná-la aos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (artigo 121) e prever sua subsidiariedade, determinando que “Em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada” (artigo 122, § 2º).

3. Deveras, em razão deste caráter extremo, a internação justifica-se nas hipóteses taxativamente elencadas no artigo 122 da Lei n. 8.069/1990 (Precedentes: HC n. 88.748-SP, 1ª Turma, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 29.9.2006 e HC n. 89.326-SP, 2ª Turma, Relator o Ministro Eros Grau, DJ de

6.11.2006), porquanto até mesmo a prisão de indivíduos penalmente imputáveis com respaldo na gravidade em abstrato do crime é inadmissível (Precedentes: HC n. 96.618-SP, 2ª Turma, Relator o Ministro Eros Grau, DJ de 24.6.2010; HC n. 95.886-RJ, 2ª Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 3.12.2009; HC n. 92.299-SP, 1ª Turma, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 19.9.2008; HC n. 86.142-PA, 1ª Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia).

4. *A internação do paciente justifica-se em razão da reincidência no cometimento de ato infracional grave. A aplicação da medida de internação na hipótese de reiteração na prática criminosa é constitucional, tendo em vista a previsão expressa do inciso II do artigo 122 do ECA (Precedentes: n. 99.175-DF, 1ª Turma, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 28.5.2010 e HC n. 84.218-SP, 1ª Turma, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 18.4.2008).*

5. *O inciso II do artigo 122 do ECA não prevê número mínimo de delitos anteriormente cometidos para fins de caracterização da reiteração na prática criminosa (Precedente: HC n. 84.218-SP, 1ª Turma, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 18.4.2008).*

6. *In casu*, o paciente cumpriu anteriormente medida de internação pela prática de ato infracional equiparado a roubo qualificado.

7. Ordem indeferida. (HC n. 94.447, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe de 6.5.2011).

Portanto, a medida de internação foi imposta ao paciente em perfeito acordo com a legislação de regência e em atenção às peculiaridades do caso, não cabendo sua modificação nesta via.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*.

É como voto.

---

### **RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 35.255-SP (2013/0009688-2)**

---

Relatora: Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ-SE)

Recorrente: Ana Paula de Carvalho (Presa)

Advogados: Alberto Zacharias Toron

Edson Junji Torihara

Marcelo Feller e outro(s)

Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo

**EMENTA**

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Falsificação de documentos públicos (cinco vezes), formação de quadrilha e lavagem de capitais. Sentença condenatória já proferida. Alegação de nulidade na busca e apreensão baseada exclusivamente em denúncia anônima enviada por email. Inocorrência. Comparecimento posterior do denunciante no grupo de atuação especial de combate ao crime organizado do Ministério Público Estadual levando farta documentação corroborando as denúncias. Instauração de procedimento de investigação criminal pelo *Parquet*, ainda que no mesmo dia, para averiguar as denúncias, além de realização de diligências para a correta identificação do acusado. Pedido de busca e apreensão devidamente fundamentado. Demonstração da imprescindibilidade da medida e inexistência de outros meios efetivos de investigação. Existência de flagrante delito e crime permanente tornam dispensável a existência de mandado de busca a apreensão. Recurso desprovido.

– Recorrente foi condenada à pena de 16 (dezesesseis) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, mais 100 (cem) dias-multa, como incurso no art. 288 (formação de quadrilha) e 297 (falsificação de documento público), ambos do Código Penal, bem como no art. 1º, VII, da Lei n. 9.613/1998 (Lei de lavagem de Capitais), na forma do art. 69 do Código Penal.

– Alega-se nulidade na busca e apreensão que deu causa à ação penal e a condenação da recorrente, uma vez que requerida pela autoridade policial e deferida pelo Juízo de primeiro grau, em razão de denúncia anônima, todavia, sem que se tenha realizado qualquer outra medida investigativa prévia.

– Colhe-se dos autos que o denunciante anônimo, após enviar email apresentando as denúncias, compareceu ao Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado - GAECO levando diversos documentos falsificados, encontrados no lixo do prédio que residia e que corroboravam as suspeitas sobre a existência de uma “fábrica clandestina de documentos”. O Ministério Público, após receber a denúncia anônima e os documentos trazidos via email, determinou a abertura de procedimento de investigação criminal e compulsando os documentos levados pelo denunciante, constatou

a existência de vários documentos falsos. Diligenciou no sentido de verificar qual seria a correta identificação do morador, logrando sucesso em identificá-lo como sendo Manoel Alves de Carvalho. Prosseguindo nas investigações preliminares, consultou os sistemas INFOCRIM e CAEX, constatando a existência de inúmeros Boletins de Ocorrências em desfavor do investigado. Dessa forma, muito embora essas diligências tenham sido realizadas no mesmo dia do recebimento da denúncia anônima, não há que se falar em ausência de investigações preliminares antes da requisição da busca e apreensão.

– Ao requerer a medida, demonstrou-se que inexistia outro meio eficaz para o prosseguir nas investigações, pois se tratava de endereço residencial em que acesso no local é restrito e impossível de visualização por meio campana. Também não se mostrava eficiente a adoção de qualquer outra diligência de campo, que poderia alertar o suspeito e frustrar a investigação uma vez que o pagamento da locação do imóvel foi feito de forma antecipada e em dinheiro, o que permitiria a imediata mudança daquele endereço.

– Foge ao bom senso e a razoabilidade que, após terem sido entregues dezenas de documentos falsificados no Ministério Público e obtido sucesso nas investigações preliminares realizadas para comprovação das denúncias, que se mostre necessário a realização de diversas outras diligências, uma vez que já fartamente comprovados os indícios da existência de falsificação de documentos em larga escala.

– Vale destacar, ainda, que nos casos de flagrante delito (falsificação de documentos públicos) ou de crime permanente (formação de quadrilha), como no presente caso, torna-se dispensável a existência de Mandado de Busca e Apreensão, uma vez que está autorizado pelas normas legais e constitucionais o ingresso dos agentes públicos no domicílio, inclusive no período noturno, com a prisão dos envolvidos e apreensão dos objetos relacionados ao crime, sem se cogite de nulidade da prisão ou das provas apreendidas.

Recurso ordinário que se nega provimento.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na

conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Rogerio Schietti Cruz (Presidente) e Nefi Cordeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.

Brasília (DF), 22 de abril de 2014 (data do julgamento).

Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ-SE),  
Relatora

---

DJe 5.5.2014

## VOTO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz: Srs. Ministros, também sensibilizei-me pelos argumentos, como sempre, muito bem colocados pelo Dr. Alberto Zacharias Toron, que sempre instiga a nossa reflexão. Concordo com a afirmação de que os meios, e não os fins, é que justificam e validam o processo penal moderno. Concordo que, como dito desde a Idade Média, “o lar de um homem é o seu castelo” e, portanto, deve ser respeitado, permitindo-se sua invasão apenas mediante o devido processo legal, com prévia ordem judicial (salvante as hipóteses referidas na Constituição da República). Sendo assim, uma denúncia anônima não pode bastar para invadir a esfera de qualquer liberdade pública, notadamente a relativa à intimidade do lar.

No caso, porém, como destacado no belo voto da eminente Ministra Relatora e pelas percucientes considerações feitas pela Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e também pelo nobre representante do Ministério Público, houve diligências do Ministério Público que verificaram a procedência das informações. Aliás o art. 5º, § 3º, do Código de Processo Penal diz que qualquer pessoas do povo poderá, verbalmente ou por escrito, dar conhecimento de um crime à autoridade policial que, “verificada a procedência da informação, determinará a instauração do inquérito”. Evidentemente que hoje - o Código é de 1941 - essa providência pode ser também, até que o Supremo Tribunal Federal diga o contrário, encetada pelo próprio Ministério Público, e foi isso que o representante do *Parquet* fez, colhendo algumas informações que deram verossimilhança à denúncia anônima feita por uma pessoa residente no mesmo

prédio do recorrente. Em razão disso e pela urgência que o caso demandava - o que também foi objeto de específica referência no requerimento do Ministério Público - na decisão judicial determinou-se o ingresso no domicílio onde supostamente se cometeriam crimes, e isso veio a se confirmar com apreensão de bens relacionados à ilicitude.

Então, por esses argumentos, entendo que o voto está plenamente fundamentado, e, por essas razões, *acompanho o voto da eminente Ministra Relatora.*

## RELATÓRIO

A Sra. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ-SE): Trata-se de recurso ordinário interposto por *Ana Paula de Carvalho* contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou o *writ* lá deduzido.

Colhe-se dos autos que em decorrência das provas obtidas após o cumprimento de mandado de busca e apreensão, deferido pela 5ª Vara Criminal da Comarca de São Bernardo do Campo-SP, foi oferecida de denúncia contra nove acusados, entre eles a recorrente, pela prática dos crimes previstos no artigo 288, *caput*, art. 297, *caput*, (5 vezes), art. 299, *caput*, (2 vezes), art. 171, *caput*, (209 vezes), todos do Código Penal, e art. 1º, inc. VI, da Lei de Lavagem de Capitais, em concurso material, causando prejuízo a terceiros superiores a um milhão de reais.

Após regular tramitação da ação penal, foi proferida sentença parcialmente procedente para condenar oito acusados. À recorrente foi imposta à pena de 16 (dezesesseis) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, mais 100 (cem) dias-multa, como incurso no art. 288 (formação de quadrilha) e 297 (falsificação de documento público), ambos do Código Penal, bem como no art. 1º, VII, da Lei n. 9.613/1998 (Lei de lavagem de Capitais), na forma do art. 69 do Código Penal.

No *writ* originário alegou-se nulidade na busca e apreensão que deu causa à ação penal e a condenação da recorrente, uma vez que requerida pela autoridade policial e deferida pelo Juízo de primeiro grau, em razão de denúncia anônima, todavia, sem que se tenha realizado qualquer outra medida investigativa prévia.

A Corte Estadual denegou a ordem em acórdão que ficou assim resumido (fl. 44):

*Habeas corpus* Impetração objetivando a declaração de nulidade da busca e apreensão, diligência que fez emergir as provas que embasaram a denúncia e a condenação. Inadmissibilidade. Procedimento regularmente realizado. Alegação que, ademais, encontra-se preclusa. Inexistência de constrangimento ilegal a ser sanado por esta via. Ordem denegada.

Daí o presente recurso, no qual se reitera as afirmações de que “*todos os elementos de prova utilizados para denunciar e sentenciar a Paciente foram colhidos quando do cumprimento do mandado de busca e apreensão tido como ilegal*” (fl. 77).

Pretende, assim, seja provido o recurso para “que se anule a busca e apreensão deferida na Cautelar de Busca e Apreensão no 1.771/09, com o necessário desentranhamento das provas colhidas em referida medida e, tendo-se em vista que a denúncia toda é baseada em referidas provas (cf. doc. 2), a conseqüente anulação do recebimento da denúncia, possibilitando-se ao Ministério Público o oferecimento de nova inicial, sem se utilizar das provas declaradas nulas” (fl. 77-78).

As contrarrazões foram apresentadas às fls. 80-88, tendo o recurso recebido juízo de admissibilidade positivo (fl. 90).

O Ministério Público Federal, ao manifestar-se, opinou pelo não conhecimento do recurso, nos termos de parecer de fls. 103-109.

Juntados documentos aos autos, foi dada nova vista ao *Parquet*, que manifestou-se pelo conhecimento e desprovimento do recurso (fls. 361-373).

É o relatório.

## VOTO

A Sra. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ-SE) (Relatora): A Recorrente, foi condenada à pena de 16 (dezesesseis) anos e 6 (seis) meses de reclusão, pela prática dos crimes de formação de quadrilha, falsificação de documento público (por cinco vezes) e de ocultação de bens e capitais (art. 1º, inciso VI, da Lei n. 9.613/1998), tendo sido negado o direito de recorrer em liberdade (fl. 85).

Pretende a defesa seja reconhecida a nulidade de todo o processo por ser ele derivado de busca e apreensão concedida em procedimento investigatório do Ministério Público Estadual ao argumento de que a diligência teve origem exclusiva em denúncia anônima.

Ao requerer a busca e apreensão consignou o Ministério Público Estadual (fls. 118-121):

Aportou, nesta especializada, notícia anônima, via e-mail institucional, no sentido de que o morador do apartamento situado na Av. Armando Ítalo Setti, n. 401, bloco 2, apto 104, 10º andar, mantém uma “fabrica clandestina de documentos” no local. A notícia informava, também, que esse morador é conhecido por “Manoel”, mas utiliza outros nomes, tem passagem pela polícia e alugou o apartamento recentemente, pagando adiantado e em espécie. Constatou, ainda, que “Manoel” se utiliza de diversos veículos.

No mesmo dia, uma pessoa, que não quis se identificar por temer represálias, apresentou nesta Promotoria os diversos documentos em anexo, que foram colhidos da lixeira situada na frente do prédio do averiguado, que corroboram os termos da narrativa acima.

Isto porque, dentre os documentos apresentados, constata-se a existência de cópias de RG's falsificados, já que com fotos da mesma pessoa ostentando nomes diversos. Sobre isto, vide documentos em nome de *Arnaldo José Pereira Teixeira*, *Antonio Estevam do Nascimento*, *Manoel Alves de Carvalho* e *Antonio Altenir de Carvalho*. Idem para *Vanderlei Pereira da Silva* e *Paulo César da Silva Carvalho*.

Se mais não fosse, inúmeros são os cartões de CPF e de banco, a exemplo dos docs. em nome de *Maria Aparecida Silva* e *Cláudio Lourenço Martins*, a indicar que seriam, possivelmente, utilizados em alguma fraude.

Há foto, rasgada exatamente no sobrenome, que permite a visualização do rosto e perfeita identificação física do morador tido como “Manoel”, responsável pela “fábrica” clandestina. O mesmo documento evidencia que a fotografia foi tirada em identificação policial onde se lê o prenome “*Manoel*” e o artigo “171”.

Em razão disso, instaurou se, neste grupo, procedimento de investigação criminal nos termos dos Atos Normativos n. 314/2003, PGJ-CPJ e 263/01PGJ e da Resolução n. 113, de 2.10.2006, do Conselho Nacional do Ministério Público, para apurar crime de falsificação de documento público (portaria anexa).

Compulsando os documentos apresentados neste grupo, verificou-se que um RG, em nome de *Manoel Alves De Carvalho*, n. 19.360.578-8, contém a foto da mesma pessoa identificada como “Manoel”, referida na identificação policial acima.

Foram efetuadas pesquisas em nome de *Manoel Alves de Carvalho*, RG 19.360.578-8, e constatou-se o registro de diversos Boletins de Ocorrência em seu nome.

A medida de busca e apreensão é urgente e necessária.

Como é notório, os falsificadores não permanecem por longo período no mesmo endereço, a fim de garantir sua impunidade. No caso em apreço, o pagamento do aluguel do apartamento, pelo que foi noticiado, foi feito

antecipado e em dinheiro, do que se infere a possibilidade de mudança breve do local.

Ademais, não há outro modo de investigar o crime, que já está materializado. O acesso no local é restrito, posto que residencial e impossível de visualização por campana. Por fim, qualquer outra diligência de campo poderia chegar ao conhecimento do investigado e frustrar a investigação.

Por todo o exposto, com toda a fundada suspeita apresentada (como determina a lei), não resta outra alternativa, senão o pedido da presente ao Poder Judiciário, com diligência direta ao local, prestando-se o serviço de Justiça à sociedade.

*Endereço a ser realizada a busca: "Av. Armando Ítalo Setti, n. 401, bloco 2, apto 104, 10º andar, São Bernardo do Campo-SP".*

Tomamos a cautela de informar que o mandado será cumprido, no máximo, em dois dias. Já reunido este grupo com o d. serviço da Polícia Militar, sendo oferecido, a posteriori, diretamente a Vossa Excelência, relatório pormenorizado da diligência em dez dias.

Requer-se, pois seja dado o *sigilo* que o caso requer, a fim de não prejudicar a diligência, e que seja deferida a ordem judicial de **busca e apreensão** no local epigrafado, nos termos do art. 240 do Código de Processo Penal, para que sejam apreendidas coisas achadas ou obtidas por meios criminosos; instrumentos de falsificado ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos; armas e munições; instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso; objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu; cartas e comunicações eletrônicas, abertas ou não destinadas ao acusado ou em seu poder, podendo-se, pois, colher quaisquer elementos de convicção do ilícito.

Por fim, diante da urgência, requer, caso deferida a medida, o presente pedido seja tido como mandado.

Ao deferir o pedido Ministerial, disse o Juiz de primeiro grau (fls. 177-178):

O Ministério Público do Estado de São Paulo, por meio do GAECO - Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado - núcleo ABC, ingressou com a presente medida cautelar de Busca Apreensão, com fundamento no artigo 240, § 1º, **b, c, d, e e h**, do Código de Processo Penal, a fim de que sejam efetuadas diligência no endereço fornecido, com o intuito de instruir procedimento de investigação criminal que apura denúncia de prática de falsificação de documentos.

*Relatados, decido.*

A medida pleiteada tem razão de ser.

Com efeito, segundo consta, há notícia de que no local indicado esteja em funcionamento “fábrica clandestina de documentos”.

Diante disso, o Ministério Público do Estado de São Paulo instaurou procedimento visando a apuração de denúncia recebida, tendo, inclusive, sendo encontrado vários documentos e cartões, o que sugere tenham sido utilizados para prática de delitos.

Sendo forte o indício da prática de ilícito penal, de relevante tamanho, se encontram presentes as hipóteses do artigo 240, § 1º, do Código Penal, para a realização da diligência.

“Existe séria suspeita sobre a ocorrência do ilícito permanente, sendo imprescindível a busca a apreensão, tomada a cautela do mandato, respeitada a Garantia Constitucional da Inviolabilidade do Domicílio” (JTJ 171/350)

Posto isto, com fundamento nos artigos 240 e seguintes da Código de Processo Penal, e artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal, *defiro* a expedição de *mandado de busca* a ser cumprido no endereço fornecido, apreendendo, caso sejam encontrados, quaisquer objetos relacionados com o delito ou que sejam encontrados, quaisquer objetos relacionados com o delito ou que seja utilizadas na prática de crimes, procedendo a qualificação de eventuais suspeitos, bem como quaisquer outros elementos que possam auxiliar na investigação levada a efeito nos autos.

Expeça-se o competente mandado que deve ser cumprido com inteira observância das garantias constitucionais, devendo ser apresentada relatório circunstanciado das diligências que efetuar.

Fica concedido o prazo de quinze dias para efetivação da diligência.

Ao denegar o *writ* originário, disse o Tribunal o acórdão recorrido (fls. 45-48):

Não prospera a alegação de nulidade do feito, com base na desqualificação do procedimento de busca e apreensão, diligência que fez emergir as provas que embasaram a condenação da ré.

É importante assinalar, neste passo, que na rotina judiciária são constantes os depoimentos policiais dando conta de que a prisão de criminosos só foi possível porque tiveram informações e notícias anônimas do envolvimento do agente no crime. O caso dos autos não foge à regra, não podendo o Juiz criminal ignorar esse aspecto, nem perder de vista que a atuação de indivíduos que participam de organização criminosa - e no presente caso a peça acusatória é precisa ao apontar que o crimes foram perpetradas pela paciente e pelos demais oito acusados, por meio de organização criminosa é quase sempre sigilosa, e que, bem por isso, a investigação policial depende muito de informações o anônimas, provindas de pessoas que têm fundado receio de se envolver. Aliás, não raras vezes, o

informante chega a ser identificado, porém, por razões mais do que óbvias, solicita ao agente policial que sua identidade permaneça no anonimato.

No caso em tela, ademais, não há como negar que as denúncias anônimas tinham foros de verdade, tanto que culminaram com a exitosa diligência realizada na casa do corréu Manoel Alves de Carvalho, vulgo “Cesinha”, que possibilitou a elucidação dos fatos que, ao final, deram ensejo à condenação da paciente e dos demais réus, não sendo demasiado enfatizar que, ao que é dado inferir do exame dos autos, o processo teve andamento regular e à defesa foi assegurada amplitude, de acordo com o devido processo legal.

Nesse ponto, é mister salientar que o tema foi devidamente enfrentado pela digna Magistrada na r. sentença condenatória, nela restando assentado que “durante o cumprimento do mandado de busca e apreensão concedido pelo juízo, a Autoridade Policial e seus agentes conseguiram identificar outros membros da quadrilha e também escritórios, com base nos documentos e nas informações prestadas pelos próprios réus, como, aliás, consta do B.O. (fls. 30-3 I), do relatório (fls. 161-162) e do relatório do cumprimento da medida apresentado pelo Ministério Público (fls. 70-77), o que autorizou a realização de outras diligências, as quais possibilitaram a apreensão de documentos e objetos relacionados a uma das inúmeras condutas criminosas praticadas pela associação criminosa integrada pelos réus” (fls. 57 da sentença, doc. 3 do apenso).

Ora, a questão de fundo do presente *writ* foi bem explicitada pelo culto representante da Procuradoria Geral de Justiça que, em seu ilustrado parecer, observou que “os ilustres impetrantes buscam levantar - e bem a destempo - infundadas alegações de nulidade na fase pré-processual, na busca de contaminar toda a ação penal, entretantes, sem qualquer lastro jurídico. Sem olvidar-se, ademais, que a oportunidade já fora alcançada pela preclusão, porque bem poderia a Defesa, durante o processado, requerer o que de direito; indicar e produzir esta ou aquela prova (art. 402 do CPP), ou mesmo levantar preliminar de nulidades ‘até a fase das alegações finais’, o que não consta tenha requerido (art. 403, c.c. 571, II, do CPP) (fl. 37).

Como visto, as investigações tiveram início no dia 1º de outubro de 2009 em razão de email contendo notícia anônima, de que o morador do apartamento situado no Av. Armando Ítalo Setti, n. 401, bloco 2, apto 104, 10º andar, mantinha uma verdadeira “fabrica clandestina de documentos”.

Na mesma data o denunciante anônimo compareceu ao Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado - GAECO levando diversos documentos falsificados, encontrados no lixo do prédio que residia.

O denunciante solicitou ainda, que fosse mantida sua identidade em sigilo por temer represálias posteriores. Tal providência mostra-se perfeitamente

razoável, tendo em conta que o acusado residia no mesmo prédio do denunciante, sendo certo que, nos termos da pacífica jurisprudência desta Corte Superior, inexistente qualquer ilegalidade no fato de uma denúncia anônima ter dado início a investigação que culminou na condenação da paciente.

Tenho com correto o entendimento manifestado no acórdão recorrido, cabendo destacar que não prospera a alegação de que o pedido de Busca e Apreensão originou-se exclusivamente em razão de denúncia anônima e que não foram realizadas outras diligências antes de ser requerida a busca no apartamento do corréu.

A um porque o Ministério Público, após receber a denúncia anônima, determinou a abertura de procedimento de investigação criminal e compulsando os documentos levados pelo denunciante, pode comprovar a existência de vários RG's falsificados, uma vez que continham fotos da mesma pessoa ostentando nomes diferentes. Aqui já se começa a afastar as alegações do recorrente, pois além da denúncia, constava do procedimento de investigação vários documentos comprovadores da comunicação trazida. Com os elementos até então colhidos, prosseguiu o *Parquet* nas investigações e chegou-se ao nome de Manoel Alves de Carvalho, RG 19.360.578-8. Em diligências internas o *Parquet* procedeu a pesquisa sobre os antecedentes de Manoel, localizando inúmeros Boletins de Ocorrência em seu nome. Veja-se que, muito embora essas diligências tenham sido realizadas no mesmo dia da instauração, não há que se falar em ausência de investigações preliminares antes da requisição da busca e apreensão.

Por outra vertente, como bem destacado no parecer ministerial, inexistia outra medida como meio eficaz para o prosseguir nas investigações, pois tratava de endereço residencial em que acesso no local é restrito e impossível de visualização por meio campana. Também não se mostrava eficiente a adoção de qualquer outra diligência de campo, que poderia alertar o investigado e frustrar a investigação uma vez que o pagamento da locação do imóvel foi feito de forma antecipada e em dinheiro, o que permitiria a imediata mudança daquele endereço.

Por fim, foge ao bom senso e a razoabilidade que, após terem sido entregues dezenas de documentos falsificados no Ministério Público, pois tinham a foto da mesma pessoa com nomes diferentes (fls. 127-148), notadamente a cópia da folha 129 no qual constata-se a montagem de dois documentos com a foto de Manoel ostentando os nomes de “Arnaldo Jose Pereira Teixeira” e outra com o nome de “Antonio Estevam do Nascimento”, que se mostre necessário

a realização de diversas outras diligências investigatórias, uma vez que já fartamente comprovados os indícios da existência de falsificação de documentos em larga escala, exatamente como relatado pelo denunciante que pediu para ser mantido em sigilo.

Dessa forma, não prosperam as alegações do recorrente, sendo certo que a jurisprudência desta Corte Superior é pacífica no sentido de que inexistente ilegalidade na instauração de inquérito policial com base em denúncia anônima, desde que realizadas investigações preliminares para se verificar a plausibilidade das alegações contidas no documento apócrifo, o que efetivamente ocorreu no presente caso com a apresentação dos documentos falsificados perante o *Parquet*, bem como nas diligências para verificar a real identidade Manuel, ocasião em que foi constatado a existência de diversos Boletins de Ocorrência contra o acusado, mostrando irrelevante que as diligências tenham ocorrido no mesmo dia da apresentação da denúncia anônima.

São precedentes nossos:

*Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Descabimento. Competência das Cortes Superiores. Matéria de direito estrito. Modificação de entendimento deste Tribunal, em consonância com a Suprema Corte. Quadrilha e corrupção passiva. Investigação iniciada a partir de escrito anônimo ou apócrifo (carta). Possibilidade, desde que ulterior diligência pelas autoridades para verificação concreta dos fatos alegados na peça sem assinatura tenham ocorrido. Pretensão de se aplicar irrestritamente a teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*). Impossibilidade. Documentação dos autos que não permite a conclusão de que não existe prova autônoma que legitimamente embasou o procedimento penal instaurado contra o ora paciente. Impossibilidade de se proceder a ampla e irrestrita análise fático-probatória na via eleita. Alegação de que as decisões judiciais que autorizaram as interceptações telefônicas, e suas respectivas prorrogações, são destituídas de fundamentação e se prolongaram demasiadamente no tempo. Demonstração da imprescindibilidade das medidas. Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, pudesse ensejar a concessão da ordem de ofício. *Habeas corpus* não conhecido.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário.

Precedentes: HC n. 109.956-PR, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012; HC n. 104.045-RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 6.9.2012; HC n. 108.181-RS, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 6.9.2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Toffoli, respectivamente, nos autos do HC n. 114.550-AC (DJe de 27.8.2012) e HC n. 114.924-RJ (DJe de 27.8.2012).

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que, “no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício.”

3. *Não se descarta que o inquérito policial não pode ser baseado, unicamente, em escrito redigido de forma anônima ou apócrifa. Entretanto, se a instauração foi precedida de constatação de fato concreto, em que se verificou a possibilidade da veracidade das condutas narradas na peça, tal providência torna a persecução válida.*

4. *É o que ocorreu no caso, em que o Ministério Público Federal - órgão a quem foi dirigido o minucioso e detalhado registro sem assinatura - avaliou, concretamente, fato narrado na referida declaração, antes de requerer a abertura de inquérito à Polícia Federal.*

(...)

7. Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de ofício.

8. *Habeas corpus* não conhecido. (HC n. 221.229-PE, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 3.2.2014)

*Habeas corpus* substitutivo de recurso. Não cabimento. Tráfico de drogas e associação para o tráfico. Nulidades. Interceptação telefônica. Ausência de investigação criminal. “Denúncia anônima”. Não ocorrência. Ilegalidade inexistente.

1. Não é cabível a utilização do *habeas corpus* como substitutivo do recurso adequado. Precedentes.

2. *Ficou devidamente comprovado nos autos que os requerimentos para que fossem determinadas as interceptações telefônicas estavam devidamente vinculados a procedimento investigativo previamente instaurado. Ilegalidade inexistente.*

3. *Em casos semelhantes, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu, inclusive, que a anterior instauração de inquérito policial não é imprescindível para que seja permitida a interceptação telefônica, bastando que existam indícios razoáveis da autoria ou participação do acusado em infração penal (HC n. 171.453-SP, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 19.2.2013).*

4. *Diferentemente do que sustentou a impetrante, as quebras do sigilo telefônico não foram determinadas exclusivamente com lastro em notícia anônima. Na hipótese, vê-se que, após tomar conhecimento da notícia criminis inqualificada, a autoridade competente determinou a realização das necessárias diligências, a fim de se comprovar a veracidade das informações, e só em seguida foi instaurado o inquérito policial e deflagrada a ação penal, o que repele as alegações de constrangimento ilegal.*

5. *Habeas corpus* não conhecido. (HC n. 154.588-PR, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 4.9.2013)

Agravo regimental no recurso em mandado de segurança. Processual Penal. Representação da autoridade policial por medida de busca e apreensão de máquinas caças-níquel. Denúncia anônima. Diligências preliminares levadas à efeito pela polícia para aferir a veracidade da denúncia apócrifa. Jurisprudência do STF e do STJ. Competência da Justiça Estadual. Ausente comprovação do direito líquido e certo. Recurso a que se nega provimento.

1. *A jurisprudência do STF, e, também, desta Corte, tem orientação no sentido de que é possível iniciar a persecução penal a partir de denúncia anônima, desde que sejam realizadas, antes da instauração do inquérito policial, diligências ou averiguações preliminares, por meio de elementos indiciários, da verossimilhança da notícia apócrifa, como se verificou na espécie.*

2. A mera apreensão de máquinas de caça-níqueis, sem outros elementos hábeis a comprovar a origem estrangeira da mercadoria, não é suficiente para afastar a competência da Justiça Estadual e assegurar eventual direito líquido e certo a ser amparado pela ação mandamental.

3. Recurso a que se nega provimento. (AgRg no RMS n. 38.465-RJ, Rel. Ministro Campos Marques (Desembargador convocado do TJ-PR), Quinta Turma, DJe 9.8.2013)

*Habeas corpus*. E-mail anônimo imputando a prática de crimes. Órgão ministerial que realiza diligências prévias para a apuração da veracidade das informações. Colheita de indícios que permitem instauração de persecução penal. Constrangimento ilegal não evidenciado.

**1. Esta Corte Superior de Justiça, com supedâneo em entendimento adotado por maioria pelo Plenário do Pretório Excelso nos autos do Inquérito n. 1.957-PR, tem entendido que a notícia anônima sobre eventual prática criminosa, por si só, não é idônea para a instauração de inquérito policial ou deflagração da ação penal, prestando-se, contudo, a embasar procedimentos investigatórios preliminares em busca de indícios que corroborem as informações da fonte anônima, os quais tornam legítima a persecução criminal estatal.**

**2. Infere-se dos autos que o membro do *Parquet* que recebeu a denúncia anônima, tendo em vista a gravidade dos fatos nela contidos, teve a necessária cautela de efetuar diligências preliminares, consistentes na averiguação da veracidade das informações, oficiando aos órgãos competentes com a finalidade de confirmar os dados fornecidos no e-mail enviado à Ouvidoria, razão pela qual não se constata nenhuma ilegalidade sanável pela via do *habeas corpus*.**

*Interceptação telefônica. Alegação de não exaurimento de outros meios de prova disponíveis. Violação ao inciso II do artigo 2º da Lei n. 9.296/1996 não configurada.*

*Interceptação autorizada após a realização de diversas diligências com o objetivo de apurar a eventual prática de ilícitos noticiada. Denegação da ordem.*

1. A interceptação das comunicações telefônicas dos envolvidos não decorreu da denúncia anônima feita à Ouvidoria Geral do Ministério Público, sendo pleiteada pelo Parquet e autorizada judicialmente apenas depois do aprofundamento das investigações iniciais, quando foram constatados indícios suficientes da prática de ilícitos penais por parte dos envolvidos, tendo o magistrado responsável pelo feito destacado a indispensabilidade da medida, não havendo que se falar, portanto, em violação ao princípio da proporcionalidade, tampouco ao artigo 2º, inciso II, da Lei n. 9.296/1996.

3. Ordem denegada. (HC n. 104.005-RJ, Rel. Ministro *Jorge Mussi*, Quinta Turma, DJe 5.12.2011)

No mesmo sentido são os julgados do Supremo Tribunal Federal:

Constitucional e Processual Penal. *Habeas corpus*. Possibilidade de denúncia anônima, desde que acompanhada de demais elementos colhidos a partir dela. Inexistência de constrangimento ilegal.

1. O precedente referido pelo impetrante na inicial (HC n. 84.827-TO, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 23.11.2007), de fato, assentou o entendimento de que é vedada a persecução penal iniciada com base, exclusivamente, em denúncia anônima. Firmou-se a orientação de que a autoridade policial, ao receber uma denúncia anônima, deve antes realizar diligências preliminares para averiguar se os fatos narrados nessa “denúncia” são materialmente verdadeiros, para, só então, iniciar as investigações.

2. No caso concreto, ainda sem instaurar inquérito policial, policiais civis diligenciaram no sentido de apurar a eventual existência de irregularidades cartorárias que pudessem conferir indícios de verossimilhança aos fatos. Portanto, o procedimento tomado pelos policiais está em perfeita consonância com o entendimento firmado no precedente supracitado, no que tange à realização de diligências preliminares para apurar a veracidade das informações obtidas anonimamente e, então, instaurar o procedimento investigatório propriamente dito.

3. Ordem denegada. (HC n. 98.345, Relator p/ Acórdão Min. *Dias Toffoli*, Primeira Turma, DJe-173 divulg 16.9.2010)

*Habeas corpus*. “Denúncia anônima” seguida de investigações em inquérito policial. Interceptações telefônicas e ações penais não decorrentes de “denúncia anônima”. Licitude da prova colhida e das ações penais iniciadas. Ordem denegada.

*Segundo precedentes do Supremo Tribunal Federal, nada impede a deflagração da persecução penal pela chamada “denúncia anônima”, desde que esta seja seguida*

*de diligências realizadas para averiguar os fatos nela noticiados (n. 86.082, rel. min. Ellen Gracie, DJe de 22.8.2008; n. 90.178, rel. min. Cezar Peluso, DJe de 26.3.2010; e HC n. 95.244, rel. min. Dias Toffoli, DJe de 30.4.2010). No caso, tanto as interceptações telefônicas, quanto as ações penais que se pretende trancar decorreram não da alegada "notícia anônima", mas de investigações levadas a efeito pela autoridade policial.*

A alegação de que o deferimento da interceptação telefônica teria violado o disposto no art. 2º, I e II, da Lei n. 9.296/1996 não se sustenta, uma vez que a decisão da magistrada de primeiro grau refere-se à existência de indícios razoáveis de autoria e à imprescindibilidade do monitoramento telefônico. Ordem denegada. (HC n. 99.490, Relator Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe-020 divulg 31.1.2011)

Vale destacar, ainda, que se tratando de flagrante delito (falsificação de documentos públicos) ou de crime permanente (formação de quadrilha), como no presente caso, torna-se dispensável a existência de Mandado de Busca e Apreensão, uma vez que está autorizado pelas normas legais e constitucionais o ingresso dos agentes públicos no domicílio, inclusive no período noturno, com a prisão dos envolvidos e apreensão dos objetos relacionados ao crime, sem se cogitar em nulidade da prisão ou das provas apreendidas.

Esse é o uníssono posicionamento dos julgados desta Corte Superior:

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Posse irregular de arma de fogo de uso permitido (artigo 12 da Lei n. 10.826/2003). Alegada nulidade da prova obtida com a busca e apreensão realizada. Mandado referente delito diverso. Flagrante de crime permanente. Eiva não caracterizada.

*1. Apesar de o mandado de busca e apreensão se referir somente a delito de fraude supostamente praticado contra o INSS, tal fato é insuficiente para macular a prova obtida por ocasião do ingresso dos policiais na residência do recorrente, que foi preso em flagrante pela prática de crime de natureza permanente, qual seja, o previsto no artigo 12 da Lei n. 10.826/2003.*

**2. É dispensável o mandado de busca e apreensão quando se trata de flagrante de crime permanente, podendo-se realizar as medidas sem que se fale em ilicitude das provas obtidas. Doutrina e jurisprudência.**

*Apontada ofensa à inviolabilidade de domicílio e ao direito à privacidade e à intimidade. Situação de flagrante delito. Possibilidade de apreensão ainda que sem ordem judicial. Constrangimento ilegal não evidenciado. Recurso improvido.*

**1. Na hipótese em apreço, os policiais possuíam autorização judicial para a realização de buscas na residência do recorrente, não havendo nos autos notícia de aqueles tenham extrapolado a ordem que lhes foi dada no respectivo mandado.**

**2. Ainda que assim não fosse, não se pode olvidar que nos casos de flagrante de crimes permanentes, como o tratado no presente writ, é permitido o ingresso na residência do acusado sem ordem judicial, com ou sem o seu consentimento, não se vislumbrando, com tal procedimento, ofensa às normas constitucionais e infraconstitucionais pertinentes.**

3. Recurso improvido. (RHC n. 39.530-PR, Rel. Ministro *Jorge Mussi*, Quinta Turma, DJe 18.9.2013)

Criminal. *Habeas corpus*. Tráfico de entorpecentes. Prisão em flagrante realizada durante o período noturno. Crime permanente. Desnecessidade de mandado judicial. Descumprimento das formalidades necessárias para o cumprimento de ordem judicial. Irrelevância. Liberdade provisória. Art. 44 da Lei n. 11.343/2007. Vedação legal. Ordem denegada.

*I. Caracterizada, em princípio, a prática do delito de tráfico de entorpecentes, cuja permanência lhe é própria, podem os agentes públicos adentrar o domicílio do suspeito, independentemente de mandado judicial, para reprimir e fazer cessar a ação delituosa, a qualquer hora do dia, mesmo em período noturno.*

**II. Verificando-se a existência de flagrante delito, mostra-se irrelevante o fato de os policiais estarem munidos de mandado de busca e apreensão, sendo inviável o reconhecimento de nulidade nos termos do art. 245 do CPP, por suposta inobservância das formalidade legais exigidas para o cumprimento da aludida ordem judicial.**

(...)

VI. Ordem denegada, nos termos do voto do Relator. (HC n. 183.110-SP, Rel. Ministro *Gilson Dipp*, Quinta Turma, DJe 17.8.2011)

*Habeas corpus*. Tráfico de drogas. Alegação de nulidade do flagrante superada com o advento da sentença condenatória. Pleito de apelo em liberdade. Matéria não submetida ao Tribunal Estadual.

1. O crime de tráfico de drogas é de natureza permanente, de modo que a guarda de entorpecente, em residência, autoriza a prisão em flagrante independente de ordem judicial (CF, art. 5º, XI). Com efeito, eventual irregularidade no cumprimento do mandado de busca e apreensão não é apta a macular a prisão em flagrante do paciente.

2. De qualquer forma, com o advento da sentença condenatória, que negou ao paciente o direito de em liberdade recorrer, tem-se novo título judicial legitimador da constrição cautelar, ficando superada a alegação de nulidade da prisão em flagrante.

3. Noutro giro, a sentença, ao negar o direito de recurso em liberdade, erigiu fundamentação que não foi submetida ao crivo do Tribunal Estadual, motivo pelo qual não se mostra possível, sob pena de supressão de instância, que esta Corte examine o pleito de revogação da custódia.

4. Ordem parcialmente prejudicada, e, na outra extensão, não conhecida. (HC n. 174.375-SP, Rel. Ministro *Og Fernandes*, Sexta Turma, DJe 19.4.2011)

Penal. Processo Penal. *Habeas corpus*. Arts. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 e 16, parágrafo único, IV, da Lei n. 10.826/2003. Busca domiciliar e pessoal. Alegação de ilicitude na efetivação prisão. Inocorrência. Tráfico ilícito de entorpecentes. Delito permanente.

*Tratando-se de tráfico ilícito de substância entorpecente, crime de natureza permanente, cuja consumação se prolonga no tempo, a busca domiciliar e pessoal que culminou com prisão do paciente, mantendo em depósito drogas e na posse de arma de fogo, não constitui prova ilícita, pois ficou evidenciada a figura do flagrante delito, o que, a teor do disposto no art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal, autoriza o ingresso, ainda que sem mandado judicial, no domicílio alheio (Precedentes).*

*Habeas corpus* denegado. (HC n. 126.556-SP, Rel. Ministro *Felix Fischer*, Quinta Turma, DJe 1º.2.2010)

Ação penal originária. Recebimento da denúncia. Posse de arma de fogo de uso permitido, mas com registro vencido. Posse desautorizada de munição de uso restrito. Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado. Denúncia pela prática dos crimes previstos no arts. 12 e 16 da Lei n. 10.826/2003.

1. É permitido o recebimento da denúncia por delito diferente daquele capitulado equivocadamente na inicial acusatória, especialmente se considerado que o equívoco consiste em erro material que não prejudicou a defesa do acusado.

2. O acusado defende-se dos fatos que lhe são imputados, e não da tipificação feita na denúncia.

3. *A posse ilegal/irregular de armas e munições é crime permanente, cuja consumação se protraí no tempo, perdurando o flagrante delito enquanto não cessar a permanência.*

4. *A apreensão decorrente do conhecimento fortuito da posse ilegal/irregular das armas e munições não implica extrapolação ou nulidade do mandado expedido para a busca e apreensão de objetos referentes a crime diverso. O mandado foi adequadamente expedido, mas a apreensão decorreu do flagrante constatado no interior da residência do acusado.*

(...)

14. Denúncia recebida quanto à prática dos delitos previstos nos arts. 12 e 16 da Lei n. 10.826/2003. (APn .686-AP, Rel. Ministro *João Otávio de Noronha*, Corte Especial, DJe 5.3.2014)

Ante todo o exposto, nego provimento ao recurso ordinário.

É como voto.

Comunique-se o julgamento do presente recurso à Ministra Rosa Weber, Relatora no HC n. 121.314, do Supremo Tribunal Federal.

---

**RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 39.627-RJ (2013/0235844-9)**

---

Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz

Recorrente: Sabrina Dalvi Ferreira de Oliveira

Advogado: Carlos Eduardo Gabina de Medeiros e outro(s)

Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

---

**EMENTA**

Penal e Processual Penal. Recurso *habeas corpus*. Art. 121, *caput*, c.c. art. 13, § 2º, **b**, ambos do CP. Homicídio. Crime comissivo por omissão. Causalidade. Dolo eventual. Denúncia. Inépcia. Ilegalidade reconhecida. Provimento.

1. A denúncia, peça acusatória revestida de technicalidades e formalidades, deve seguir os ditames do art. 41 do Código de Processo Penal, de sorte que a atribuição, ao denunciado, da conduta criminosa seja clara e precisa, com a descrição de todas as suas circunstâncias, a fim de possibilitar a desembaraçada reação defensiva à acusação apresentada.

2. Na hipótese em apreço, a denúncia imputou à recorrente o crime de homicídio doloso, por haver - ao deixar de comparecer ao hospital a que fora chamada quando se encontrava de sobreaviso - previsto e assumido o risco de causar a morte da paciente que aguardava atendimento neurológico. No entanto, a exordial acusatória não descreve, de maneira devida, *qual foi o atendimento médico imediato e especializado que a recorrente poderia ter prestado (e que não tenha sido suprido por outro profissional) e que pudesse ter evitado a morte da paciente, bem como não descreve que circunstância(s) permite(m) inferir que tenha ela previsto o resultado morte e a ele anuído.*

3. Nas imputações pela prática de crime comissivo por omissão, para que se configure a *materialidade do delito*, é imprescindível a descrição da conduta (omitida) devida, *idônea e suficiente para obstar o dano ocorrido*. Em crime de homicídio, é mister que se indique o nexo normativo entre a conduta omissiva e a morte da vítima, porque só se tem por constituída a relação de causalidade se, com lastro em elementos empíricos, for possível concluir-se, com *alto grau de probabilidade, que o resultado não ocorreria se a ação devida* (no caso vertente, o atendimento imediato pela recorrente) *fosse realizada*. Se tal liame, objetivo e subjetivo, entre a omissão da médica e a morte da paciente não foi descrito, a denúncia é *formalmente inepta*, porquanto não é lícito presumir que do simples não comparecimento da médica ao hospital na noite em que fora chamada para o atendimento emergencial tenha resultado, 3 (três) dias depois, o óbito da paciente.

4. A seu turno, por ser *tênue a linha entre o dolo eventual e a culpa consciente*, o elemento subjetivo que caracteriza o injusto penal deve estar bem indicado em dados empíricos constantes dos autos e referidos expressamente na denúncia, o que não ocorreu na hipótese aqui analisada, visto que se inferiu o dolo eventual a partir da simples afirmação de que “a denunciada deixou de atender a vítima, pouco se importando com a ocorrência do resultado morte.”

5. Uma vez que se atribuiu à recorrente crime doloso contra a vida, a ser julgado perante o Tribunal do Júri, com maior razão deve-se garantir a ela o contraditório e a plenitude de defesa, nos termos do art. 5º, XXXVIII, a, da Constituição Federal, algo que somente se perfaz mediante imputação clara e precisa, ineludivelmente ausente na espécie.

6. Recurso ordinário em *habeas corpus* provido, para reconhecer a inépcia formal da denúncia, sem prejuízo de que outra peça acusatória seja oferecida, com observância dos ditames legais.

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi

Cordeiro, Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ-SE), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator. Dr(a). José Francisco de Fischinger Moura de Souza, pela parte recorrente: Sabrina Dalvi Ferreira de Oliveira.

Brasília (DF), 8 de abril de 2014 (data do julgamento).

Ministro Rogerio Schietti Cruz, Relator

---

DJe 30.4.2014

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz: *Sabrina Dalvi Ferreira de Oliveira*, recorrente neste recurso em *habeas corpus*, estaria sofrendo coação ilegal em seu direito de locomoção, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que denegou o *HC* n. 0024525-95.2010.8.19.0000, nos termos assim ementados (fls. 71-81):

Ação constitucional. *Habeas corpus*. Homicídio culposo. Omissão de socorro médico. (art. 121, *caput* c.c. art. 13, parágrafo 2º, letra **b** do Código Penal. Trancamento da ação penal. Ausência de justa causa. Inépcia da denúncia e falta de interesse de agir. Nulidade do processo. Ausência de exame de corpo de delito. Alegação de inexistência de nexo de causalidade e insuficiência de provas. Materialidade delitiva. Depoimentos prestados por profissionais de saúde. Prova testemunhal apta, em tese, a suprir a prova pericial. Discussão de mérito que se reputa inviável pela via estreita do *writ*. Constrangimento ilegal não caracterizado. Ordem que se denega.

1. A paciente foi denunciada pela prática do crime de homicídio culposo ante a omissão de socorro no exercício da função de médica plantonista no Hospital Municipal Raul Sertã, no Centro de Nova Friburgo, e pretende o impetrante, pela via do *writ*, o trancamento da ação penal deflagrada, sustentando a ausência de justa causa, por inépcia da denúncia ou nulidade do processo por ausência de exame de corpo de delito.

2. A denúncia descreve de forma pormenorizada, consistente e clara a conduta criminosa imputada à paciente, não se evidenciando o apontado vício capaz de nulificar a peça acusatória, ressaltando, ainda, que o órgão ministerial poderá rerratificá-la, se for o caso, a fim de evitar eventuais prejuízos à acusada.

3. A falta de laudo de necropsia, por si só, não impede o reconhecimento da materialidade delitiva, *in casu*, até porque inúmeras testemunhas a suprir o exame pericial foram ouvidas na fase inquisitiva e me refiro àquelas consideradas como profissionais da saúde.

4. Por seu turno, a alegação de “peças do inquérito que não merecem credibilidade e o peso emprestado”, constante da exordial, diz respeito ao mérito da ação penal, não podendo ser objeto de valoração nesta ação constitucional, salvo contexto evidentemente teratológico, o que não se vislumbra até porque há notícias de intervenção do CREMERJ na apuração da conduta profissional da paciente. Por fim, a acusação é por omissão relevante para a eclosão do fenômeno morte e não se pode afastar, ao menos aqui, até mesmo considerado que a paciente admite que estava de *sobreaviso* pela Clínica de Neurocirurgia, que, ao menos em tese, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado.

5. É cediço que o trancamento da ação penal por inépcia da denúncia é medida extrema, e somente se afigura viável quando se vislumbra que a inicial acusatória está desprovida de elementos mínimos de indicação da conduta típica, da descrição dos fatos a possibilitar o exercício da ampla defesa do agente ou existência de circunstâncias legais que revelem a ausência de justa causa.

Ordem denegada

Depreende-se dos autos que a recorrente foi denunciada pela suposta prática do crime previsto no artigo 121, *caput*, c.c. art. 13, § 2º, letra **b**, todos do Código Penal (Processo n. 2009.037.000090-7 da Vara Criminal da Comarca de Nova Friburgo-RJ).

Inconformada com o início da persecução penal, a recorrente impetrou junto ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro *Habeas Corpus* n. 0024525-95.2010.8.19.0000, no qual buscava o trancamento da ação penal ou a desclassificação do delito para a sua forma culposa, sendo a ordem denegada nos termos da ementa acima transcrita.

No Tribunal de origem, a recorrente opôs embargos declaratórios, para afastar divergência na definição jurídica apontada na ementa e no voto do acórdão proferido no referido *mandamus*, que lhe imputou homicídio culposo e não doloso, conforme denúncia oferecida pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

A 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso, “tão só para reconhecer o erro material no emprego da expressão homicídio culposo, promovendo sua substituição por homicídio doloso” (fls. 103-117).

Nesse recurso ordinário, a recorrente repisa os mesmos argumentos. Em síntese, alega ser vítima de constrangimento ilegal, porque os fatos narrados na exordial acusatória, por si só, afastam o dolo como elemento volitivo da conduta.

Argumenta que é “desnecessário adentrar-se no mérito da causa através de revolvimento de provas para percebermos o arbítrio que se traduz a denúncia por crime doloso” (fl. 127).

Aduz, ainda, que a denúncia não descreve de forma pormenorizada, consciente e clara a conduta criminosa a ela imputada. *Afirma que sequer houve laudo de necropsia, apto a comprovar o nexo de causalidade entre a morte da vítima e a conduta que a ela está sendo atribuída*, o que configuraria uma situação de responsabilidade objetiva. Observa, ainda, que a morte da vítima ocorreu quatro dias após sua internação, quando estava cercada de todos os cuidados em uma unidade de tratamento intensivo.

Considera, então, que não houve nenhuma conduta omissiva, porque a vítima recebeu todo atendimento médico possível, sobrevivendo o óbito por circunstâncias naturais decorrente da patologia de que a vítima era portadora, o que revela a absoluta atipicidade do fato, dispensando-se a valoração aprofundada da prova por via de uma tormentosa e desnecessária instrução criminal (fl. 130).

Requer o provimento do recurso para que seja trancada a ação penal ou, sucessivamente, haja nova definição jurídica, imputando à recorrente crime de homicídio culposo, previsto no artigo 121, § 3º, do Código Penal.

Contrarrazões às fls. 144-159 e parecer do Ministério Público Federal pelo improvimento do recurso (fls. 169-172).

Estes autos vieram a mim atribuídos em 9.9.2013.

## VOTO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz (Relator): Dos documentos trazidos à colação, verifico que a recorrente foi denunciada pela suposta prática do crime previsto no artigo 121, *caput*, c.c. o artigo 13, § 2º, **b**, ambos do Código Penal, por haver, no exercício da função de médica plantonista do Hospital Municipal Raul Sertã, no Centro de Nova Friburgo-RJ, ante uma conduta de omissão de socorro, ceifado a vida de Therezinha Corrêa de Araújo Carvalhal.

Busca-se, por meio deste recurso em *habeas corpus*, o *trancamento da ação penal instaurada em desfavor da recorrente, seja por inépcia da denúncia, seja por falta de justa causa, ou nova definição jurídica à conduta atribuída à recorrente, para imputar-lhe o crime de homicídio culposo, previsto no artigo 121, § 3º, do Código Penal.*

## I.

Tendo em vista que a denúncia é uma peça processual por meio da qual o órgão acusador submete ao Poder Judiciário o exercício do *jus puniendi*, o legislador estabeleceu alguns requisitos essenciais para a formalização da acusação, a fim de que seja assegurado ao acusado o correto exercício do contraditório e da ampla defesa. Na verdade, a própria higidez da denúncia opera como uma garantia ao acusado.

Segundo o disposto no artigo 41 do Código de Processo Penal, “a denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas”.

A denúncia e a queixa, ensina José Antonio Paganella Boschi, (Ação penal - as fases administrativas e judicial da persecução penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 339), “são peças técnicas, *revestidas de tecnicidades e de formalidades*. Desatendidas, deverão ser recusadas por inépcia, isto é, por falta de aptidão para produzirem os efeitos pretendidos” (grifo próprio).

É em razão disso que, no juízo de admissibilidade da acusação, em grau de cognição superficial e limitado, prevê o artigo 395 do CPP a possibilidade de rejeição da denúncia:

Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: (Redação dada pela Lei n. 11.719, de 2008).

I - for manifestamente inepta; (Incluído pela Lei n. 11.719, de 2008).

II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou (Incluído pela Lei n. 11.719, de 2008).

III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.

Nas palavras de Eugênio Pacelli e Douglas Fisher, em comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência, 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 104, “o essencial em qualquer peça acusatória, seja ela denúncia, seja queixa, é a imputação”. Esclarecem os autores:

com a precisa atribuição a alguém do cometimento ou da prática de um fato bem especificado. Esse, ou esses, os fatos, devem ser descritos com rigor de detalhes, para que sobre eles se desenvolva a atividade probatória. A exigência de delimitação precisa do fato imputado encontra-se na linha de aplicação do princípio constitucional da ampla defesa. Para que seja ampla a defesa é

necessário, então, que se saiba, com precisão, qual o fato que se diz ser o réu o autor, para que ele possa, na maior medida possível, definir os meios de prova que se ajustarão à espécie, segundo os seus interesses, bem como possa também dar a ele (fato) a definição de direito que favoreça aos interesses defensivos.

Logo, a denúncia deve ser recebida, desde que, atendido seu aspecto formal (artigo 41 c.c. 395, I, do CPP) e identificada a presença tanto dos pressupostos de existência e validade da relação processual, quanto das condições para o exercício da ação penal (artigo 395, inciso II, do CPP), a peça venha acompanhada de lastro probatório mínimo a amparar a acusação (art. 395, III, do CPP).

## II.

Na hipótese vertente, a denúncia veio narrada nos seguintes termos (fls. 3-4 do apenso):

No dia 4 de dezembro de 2005, por volta das 22h, *Therezinha Corrêa de Araújo Carvalho* deu entrada no hospital Municipal Raul Sertã, com um quadro de hipertensão, acordada e desorientada, necessitando de parecer especializado da neurocirurgiã. A denunciada, médica neurocirurgiã de sobreaviso naquela oportunidade, foi acionada através do telefone pela médica de plantão na clínica médica, Dra. Tatiana Abbud Pereira, tomando ciência da necessidade de seu comparecimento ao hospital para atender a paciente.

Posteriormente, diante da constatação do agravamento do quadro clínico da vítima, a Dra. Tatiana fez novo contato com a denunciada, dando conhecimento do que ocorria e solicitando seu comparecimento rápido a hospital.

No entanto, apesar de ter sido solicitado seu comparecimento ao local, a denunciada não compareceu à unidade hospitalar, *deixando a vítima sem o atendimento médico imediato e especializado do qual necessitava, o que ocasionou seu óbito, em 08 de dezembro de 2005, às 05h00min.*

Portanto, mesmo ciente de seu dever de agir e da situação fática diante da qual tinha a obrigação de agir para impedir o resultado, a denunciada deixou de atender a vítima, *pouco se importando com a ocorrência do resultado morte.*

Assim agindo, está a denunciada incurso nas penas do artigo 121, *caput*, c.c. artigo 13, parágrafo 2º, letra **b** do Código Penal. Destaquei.

O Tribunal *a quo*, ao afastar a inépcia da inicial, entendeu que (fls. 77):

Ao contrário do sustentado, a denúncia descreve de forma pormenorizada, consistente e clara a conduta criminosa imputada à paciente, não se evidenciando o apontado vício capaz de nulificar a peça acusatória, ressaltando, ainda, que

o órgão ministerial poderá, rerratificá-la, se for o caso, a fim de evitar eventuais prejuízos à acusada.

Não obstante o entendimento exarado pelo tribunal de origem, observo, pela leitura do trecho da exordial acima transcrito, que a acusação formalizada pelo Ministério Público não narrou, de modo detalhado, os fatos delituosos e suas circunstâncias, principalmente, *por não descrever, de forma clara e precisa, qual foi a conduta comissiva por omissão atribuída à recorrente que poderia ter impedido o resultado morte.*

*Demais disso, o animus doloso em sua omissão sequer restou caracterizado na peça acusatória, pois, tal como descrito, enquadra-se tanto como culpa consciente, quanto como dolo eventual, em face do estreito liame entre eles.*

O tipo de omissão de ação imprópria, como na hipótese dos autos, exige, de acordo com o pensamento de Juarez Cirino dos Santos, “a produção do resultado típico como consequência causal da omissão da ação mandada (...) A relação de causalidade entre resultado e omissão da ação mandada é uma das questões problemáticas da omissão de ação imprópria, porque a ausência de causalidade real na omissão da ação [...] é suprida por uma *causalidade hipotética* (...): se a realização da ação mandada teria evitado o resultado *com probabilidade próxima da certeza*, então o resultado é atribuível ao autor (do ponto de vista normativo, é suficiente um juízo de causalidade adequada); em caso contrário, o princípio *in dubio pro reo* impede a atribuição do resultado.” (Direito Penal, Parte Geral, 4ª ed., Florianópolis: Conceito, 2006, p. 200-201) - Destaquei.

Heleno Cláudio Fragoso também orienta que “nos crimes comissivos por omissão, o agente responde pelo resultado, não porque o tenha causado, *mas porque não o impediu*. A indagação a ser feita é apenas esta: a ação omitida teria evitado o resultado? A resposta somente pode ser dada por um juízo hipotético, e a afirmação somente pode fundar-se na *certeza ou em alta probabilidade, próxima da certeza*. Em face da definição de nossa lei, podemos dizer que ela equipara o não impedimento à causação, considerando como *causa* a omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido, ou seja, quando, *através de um juízo hipotético, for possível afirmar que ação esperada, possível e devida, com segurança, teria impedido o resultado.*” (Lições de Direito Penal. Parte Geral. 17 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 290-291) - Destaquei.

Similar é a opinião dos autores Francisco Muñoz Conde e Cezar Roberto Bitencourt, em tradução livre:

O delito comissivo por omissão é um delito de resultado, no qual o resultado produzido deve ser imputado ao sujeito da omissão; para isso deve-se buscar um critério que permita equiparar a omissão à causação do resultado [...] O que importa na imputação de um resultado a uma conduta omissiva ou, se prefere a terminologia clássica, nos crimes comissivos por omissão, é a constatação de uma causalidade hipotética, é dizer, a possibilidade fática que teve o sujeito de evitar o resultado. *Se é certo ou, pelo menos muito provável, que, se o sujeito tivesse realizado a ação mandada o resultado não teria sido produzido, então se poderá indagar se cabe também a imputação objetiva do resultado ao sujeito da ação.* (Teoria Geral do Delito. 2ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 113). Destaquei.

É por isso que, para se aferir a causalidade da omissão - ensinam Nelson Hungria e Heleno Cláudio Fragoso - deve ser formulada a seguinte pergunta:

*Teria sido impedido pela ação omitida o evento subsequente? Se afirmativa a resposta, a omissão é causal em relação ao evento" (Comentários ao Código Penal, 5ª Ed., vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 69)*

Na hipótese, todavia, observo que a denúncia não descreveu, com a clareza necessária, qual foi *a conduta omitida pela recorrente que teria impedido o resultado morte, com probabilidade próxima da certeza.*

E se inexistente a descrição do liame de causalidade normativa entre a conduta comissiva por omissão e a morte da vítima, *também não há que se falar em materialidade de crime de homicídio.*

Sobre a materialidade do delito imputado à recorrente, o Tribunal de origem consignou, *in verbis*:

A falta de laudo de necropsia, por si só, não impede o reconhecimento da materialidade delitiva, *in casu*, até porque inúmeras testemunhas a suprir o exame pericial foram ouvidas na fase inquisitiva e me refiro àquelas consideradas como profissionais da saúde.

Com efeito, a falta de laudo de necropsia não impede o reconhecimento da materialidade delitiva nos crimes de homicídio, podendo, muitas vezes, vir demonstrada por outros meios de prova, como, por exemplo, depoimentos testemunhais. Todavia, no presente caso, o que se busca *é a responsabilidade penal da recorrente que, na condição de médica neurocirurgiã de sobreaviso, não compareceu ao hospital para prestar o imediato atendimento a vítima, quando convocada.*

O caso aqui posto merece reflexão profunda, pois dúvidas não há sobre a reprovável atitude da médica, ora recorrente, que, estando de sobreaviso, não

compareceu ao hospital, quando convocada, para ver o estado de saúde da paciente.

*Ocorre que não se pode imputar a alguém um fato criminoso, mormente delito desse jaez, com base em suposições. Em casos como este, é imprescindível vir a imputação embasada em prova técnica, como laudo cadavérico, parecer médico ou perícia médica, que permita, com dados científicos, demonstrar, com a mínima segurança, que a vítima evoluiu a óbito por falta daquele atendimento médico imediato e especializado não prestado pela recorrente.*

Destarte, insta asseverar que a denúncia não descreve qualquer fato típico, porque não delimita, com base em dados científicos, qual a ação esperada da recorrente poderia ter impedido o resultado típico. Ou seja, da denúncia não se permite inferir a *própria materialidade do delito*, pois tal como descrita, a morte da vítima decorreu de causas naturais, em razão da evolução da própria doença que acometeu a vítima.

É por isso que, quando se imputa a alguém crime comissivo por omissão, é necessário que se demonstre o nexó normativo entre a conduta omissiva e a morte da vítima, porque só se tem por constituída a relação de causalidade se, baseado em elementos empíricos, puder concluir-se - insista-se, com *alto grau de probabilidade, que o resultado não ocorreria se a ação devida* (o atendimento imediato) *fosse efetivamente realizada*, o que, como dito exaustivamente nesse voto, não constou da exordial.

Nesse sentido, é que, com perfeição, diz Heleno Cláudio Fragoso, acerca dos requisitos formais para uma imputação dessa natureza:

*É indeclinável que a denúncia, ou queixa, descreva, com precisão: (i) qual a ação esperada do imputado; e (ii) de que modo ela teria impedido a superveniência do resultado típico. O ônus da prova dessas questões cabe à acusação, que, por isso, deve, desde o início do processo, delimitar minuciosamente as bases de imputação da responsabilidade penal, sob pena de flagrante prejuízo ao exercício da defesa, que não pode ser obrigada a um trabalho de adivinhação. Com acerto, o STJ já declarou faltar justa causa para ação omitida pelo imputado que impediria o resultado (6ª T., RHC n. 794, Min. Costa Leite, DJU 17.12.1990, p. 15.390) (Lições de Direito Penal, Parte Geral, 17ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 291) - grifo próprio.*

Assim, repito, a simples menção do não comparecimento da recorrente, médica cirurgiã de sobreaviso à unidade hospitalar, quando lhe foi solicitada a presença - fato narrado na denúncia -, não permite de maneira clara atribuir à recorrente sua responsabilidade penal pelo óbito da vítima, porque, em nenhum

momento, a exordial acusatória descreveu qual *a ação que teria evitado o resultado morte*, levando-se em consideração, inclusive, *as circunstâncias que antecederam a morte da vítima e o período em que permaneceu internada, sob cuidados médicos (três dias)*.

Com efeito, os indícios do inquérito policial apontam que a vítima deu entrada no Hospital às 22:00h e, imediatamente recebeu os primeiros socorros da clínica médica de plantão, a qual, ao verificar a gravidade dos fatos, fez contato com a recorrente, médica neurocirurgiã de plantão, que não compareceu ao hospital. Posteriormente, às 3:00h, *a vítima foi atendida por uma médica neurocirurgiã, Dra. Jamila Calil Salim Ribeiro, convocada para suprir a ausência da recorrente*. Ao examinar a vítima, entendeu que o quadro era muito grave, *mas não era caso de intervenção cirúrgica naquele momento* (especialidade da recorrente), encaminhando a vítima para internação em Centro de Terapia Intensiva (fls. 65-66 do apenso), *onde ela, cercada, em tese, de todos os cuidados médicos, evoluiu a óbito, após pouco mais de 3 dias de internação*.

Com base na teoria da omissão normativa, adotada pelo Código Penal Brasileiro, em seu artigo 13, § 2º, **b**, o qual regula a relação de causalidade normativa nos crimes comissivos por omissão, claro está que *os fatos narrados na denúncia não permitem uma resposta penal*, porque, em que pese a exordial descrever a omissão da recorrente - que “não compareceu à unidade hospitalar”, quando *devia*, porque era a “médica neurocirurgiã de sobreaviso”, *a peça acusatória não especificou qual teria sido o atendimento médico imediato e especializado que a médica de sobreaviso poderia ter prestado naquele momento em que foi convocada (que não tenha sido suprido por outro profissional) que pudesse ter evitado o resultado morte*.

### III.

A par de não haver sido claramente demonstrada na exordial qual foi a ação omitida pela recorrente que poderia ter impedido o resultado e não se inferir da denúncia a própria materialidade delitiva, não houve uma perfeita adequação do *animus* em sua conduta omissiva.

Nas palavras de Juarez Cirino dos Santos (Direito Penal - Parte Geral, 4ª ed., Florianópolis: Conceito, 2010, p. 131-132):

A definição do dolo eventual e sua distinção da imprudência consciente, como conceitos simultaneamente excludentes e complementares, *é uma das mais*

*diffíceis questões do Direito Penal porque depende de identificar atitudes fundadas, em última instância, na afetividade do autor. De modo geral, o dolo eventual constitui decisão pela possível lesão do bem jurídico protegido no tipo, e a imprudência consciente representa leviana confiança na evitação do resultado de lesão do bem jurídico. (grifo próprio)*

Complementa o autor:

*a) dolo eventual caracteriza-se, no nível intelectual, por levar a sério a possível produção do resultado típico e, no nível da atitude emocional, por conformar-se com a eventual produção desse resultado; b) a imprudência consciente caracteriza-se, no nível intelectual, pela representação da possível produção do resultado típico e, no nível da atitude emocional, por confiar na ausência ou evitação desse resultado, pela habilidade, atenção ou cuidado na realização concreta da ação. (p. 133 - grifo próprio).*

*Por ser tênue a linha entre o dolo eventual e a culpa consciente, o elemento psíquico que caracteriza o injusto penal, em sua forma dolosa ou culposa, deve estar bem caracterizado, desde a denúncia, o que, definitivamente, não ocorreu na hipótese aqui analisada.*

Destaco, por oportuno, que a denúncia retrata situação fático-jurídica que mais se amoldaria à conduta animada por culpa consciente. Afirmando isso porque é difícil conceber que um profissional da área médica, que se enquadre nos padrões normais de comportamento, exercendo a medicina dentro de seus limites e *sem registro de atos desabonadores pretéritos, considere a possível produção do resultado típico - a morte do paciente - e conforme-se com a eventual produção desse resultado, com ele pouco se importando.*

Deixo claro que não se afasta aqui a possibilidade da ocorrência do dolo eventual no estado anímico da recorrente ao deixar de comparecer ao hospital, quando convocada.

Todavia, ressalto, como dito linhas acima, que a *imputação nesse sentido (dolo eventual) deve estar clara e precisamente circunstanciada na peça acusatória*, para que não se violem o contraditório e a ampla defesa, e, portanto, o devido processo legal.

Na hipótese, a omissão acusatória é ainda mais grave, porque a recorrente está sendo acusada de crime doloso contra a vida, motivo pelo qual será julgada perante o Tribunal do Júri, regido, entre outros, pelo princípio constitucional *da plenitude de defesa*, nos termos do art. 5º, XXXVIII, **a**, da Constituição Federal.

Desta forma, houve nítida violação da garantia do contraditório e da plenitude de defesa, por não despontar da exordial, com a clareza e a precisão exigidas, a conduta omitida pela médica que poderia ter impedido o resultado morte, bem como o dolo, em sua forma eventual, que a teria animado, porque, independentemente do tipo capitulado, é contra os fatos articulados na acusação que a defesa reage e, na hipótese, a denúncia não permite conhecer os fatos na íntegra, com todas as suas circunstâncias, objetivas e subjetivas.

Há, na espécie, portanto, flagrante ilegalidade a ensejar o provimento do recurso.

*À vista do exposto, dou parcial provimento ao recurso em habeas corpus, para reconhecer a inépcia formal da denúncia, sem prejuízo de que outra peça acusatória seja oferecida com observância dos ditames legais.*

---

### **RECURSO ESPECIAL N. 1.303.777-DF (2012/0025746-3)**

---

Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz

Recorrente: Bruno Morais Dantas

Advogado: Frederico Donati Barbosa e outro(s)

Recorrido: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

Assist. Ac: Felipe Cruz da Costa

Advogado: André Luís Nunes Gomes

---

#### **EMENTA**

Recurso especial. Homicídio simples em direção de veículo automotor. Violação dos artigos 41 e 384 do Código de Processo Penal. Ausência de prequestionamento. Excesso de velocidade. Circunstância mencionada apenas pelo Tribunal de origem. Impossibilidade. Desclassificação. Análise prejudicada.

1. Uma vez verificado que a alegada violação dos artigos 41 e 384 do Código de Processo Penal não foram tratadas, sequer implicitamente, no acórdão impugnado, incidem, em relação a essas matérias, os óbices das Súmulas n. 282 e n. 356, ambas do STF.

2. Há violação do artigo 617 do Código de Processo Penal, quando verificado que a circunstância relativa ao *excesso de velocidade*, embora não descrita nem na denúncia, nem na pronúncia, foi mencionada pelo tribunal de origem para fundamentar a manutenção da pronúncia do acusado.

3. O fato de o recorrente estar dirigindo em alta velocidade representa inegável carga de reprovabilidade da sua conduta, suficiente para influenciar o ânimo dos jurados, razão pela qual não pode ser tido como elemento de caráter secundário, de somenos importância, porquanto gravitou em torno da ação delituosa principal considerada penalmente relevante: o homicídio simples, doloso.

4. Com a cassação do acórdão recorrido (e respectivos embargos de declaração), fica prejudicada a análise do pedido de desclassificação da imputação contida na denúncia para a descrita no artigo 121, § 3º, do Código Penal, visto que, diante desse novo quadro, caberá à Corte de origem decidir, à luz apenas da embriaguez ao volante, sobre a eventual possibilidade de desclassificação do delito imputado ao recorrente.

5. Recurso especial provido, para *cassar o acórdão* impugnado (Recurso em Sentido Estrito n. 2009.01.1.081095-8 e respectivos embargos de declaração), a fim de que outro seja proferido, com a *exclusão da circunstância relativa ao excesso de velocidade*.

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ-SE), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator. Dr(a). Frederico Donati Barbosa, pela parte recorrente: Bruno Morais Dantas.

Brasília (DF), 8 de abril de 2014 (data do julgamento).

Ministro Rogerio Schietti Cruz, Relator

---

DJe 25.4.2014

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz: **Bruno Moraes Dantas** interpõe recurso especial, fundado no art. 105, III, **a**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pela 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que negou provimento ao Recurso em Sentido Estrito n. 2009.01.1.081095-8.

Depreende-se dos autos que o recorrente foi *pronunciado* como incurso no artigo 121, *caput*, do Código Penal, a fim de ser submetido a julgamento perante o Conselho de Sentença (Processo n. 2009.01.1.081095-8).

Alega o recorrente violação dos artigos 41, 384 e 617 do Código de Processo Penal, e do artigo 121, *caput*, do Código Penal, sob o fundamento de “impossibilidade de inclusão, no acórdão de recurso em sentido estrito, de circunstância definidora de dolo eventual não contida na denúncia” (fl. 380).

Para tanto, aduz que a denúncia mencionou apenas o *estado de embriaguez* do acusado como substrato fático para recomendar a pronúncia, pela prática, em tese, de crime doloso praticado na direção de veículo automotor, não tendo afirmado, em nenhum momento, que eventual excesso de velocidade ou avanço de sinal vermelho seriam circunstâncias definidoras de dolo eventual.

Entende que o tribunal de origem, quando do julgamento do recurso em sentido estrito, deveria apreciar *apenas* se a imputação contida na denúncia (direção de veículo automotor em estado de embriaguez) seria o suficiente para determinar o julgamento do recorrente pelo Tribunal do Júri.

Considera que, como o *excesso de velocidade* é circunstância definidora do dolo do agente, deveria ter havido um aditamento da denúncia, nos termos do artigo 384 do Código de Processo Penal, o que, no entanto, não ocorreu.

Assim, reforça que “não poderia o Egrégio Tribunal de justiça, com as mais respeitadas vênias, fazer incluir em sua fundamentação circunstâncias definidoras do dolo do agente como se, a propósito, estivessem descritas na denúncia” (fl. 385).

Pondera que, em delitos de trânsito, não é possível a conclusão automática da ocorrência de dolo eventual com base apenas no estado de embriaguez do agente, razão pela qual seria de rigor que a denúncia tivesse descrito *todos* os elementos em que repousaria a ocorrência de dolo eventual.

Requer o provimento do recurso especial, para, sucessivamente (fls. 388-389):

a) desclassificar a imputação contida na denúncia para aquela outra do artigo 121, § 3º, do Código Penal, na esteira da orientação da Corte Federal de justiça, considerada, nesse tanto, a impossibilidade de aplicação do artigo 384 na segunda instância e, em especial, a vedação a que se faça incluir judicialmente na denúncia circunstância definidora de dolo eventual não imputada pelo Ministério Público;

b) anular o v. acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal de justiça, bem assim a r. decisão de pronúncia, a fim de que, querendo, o Ministério Público adite a denúncia para fazer incluir as circunstâncias definidoras do dolo não contidas na imputação, procedendo-se, no primeiro grau de jurisdição, nos termos do artigo 384 do Código de Processo Penal.

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 448-454, pelo *não conhecimento* do recurso especial.

## VOTO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz (Relator): Depreende-se dos autos que o recorrente foi denunciado pela suposta prática do crime previsto no artigo 121, *caput*, do Código Penal.

O Ministério Público assim narrou os fatos na *inicial acusatória* (fls. 4-5):

No dia 6 de junho de 2009 (sábado), acerca de 7h30, na via W3 Sul, altura da Quadra 512, próximo à Igreja Ebenézer, Asa Sul, o denunciado, *conduzindo embriagado o veículo VW Fox*, de cor prata, placa JGO 0742-DF, e, assim, assumindo o risco de matar alguém (dolo eventual), colidiu com a vítima *Pedro Gonçalves da Costa* (16 anos na data do fato), matando-o. Laudo cadavérico a ser oportunamente juntado.

Porque assim se conduziu, o denunciado, incursionando-o nas penas do artigo 121, *caput*, do Código Penal.

O juiz singular da Vara do Tribunal do Júri da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília-DF julgou procedente a denúncia e *pronunciou* o recorrente como incurso no artigo 121, *caput*, do Código Penal, a fim de ser submetido a julgamento perante o Conselho de Sentença.

Contra essa decisão, o Ministério Público opôs embargos de declaração, os quais, no entanto, foram rejeitados (fls. 254-256).

### I.

No que tange à alegada violação do artigo 41 do Código de Processo Penal, o recorrente sustenta que “a denúncia sequer descreve - com todas as

circunstâncias - o crime de homicídio doloso lastreado indicando os elementos, afora o estado de embriaguez, nos quais estaria inserto o dolo eventual” (fl. 387).

Não obstante, verifico que essa questão *não foi tratada*, sequer implicitamente, no acórdão impugnado. Isso porque, em momento algum, a defesa alegou, perante o tribunal de origem, que a denúncia não teria descrito o fato criminoso com todas as suas circunstâncias ou mesmo inobservado quaisquer das exigências previstas no artigo 41 do Código de Processo Penal.

Conforme reiterada jurisprudência desta Corte, para que atenda ao requisito do prequestionamento, é necessário que a questão haja sido objeto de debate pelo tribunal de origem, à luz da legislação federal indicada, com emissão de juízo de valor acerca do dispositivo legal apontado como violado, o que não ocorreu na espécie.

Incidem, portanto, os óbices das Súmulas n. 282 e n. 356, ambas do STF, respectivamente: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada” e “O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”.

## II.

Quanto à alegada violação do artigo 384 do Código de Processo Penal, transcrevo, por oportuno, o disposto no *caput* desse dispositivo legal, *verbis*:

Art. 384. Encerrada a instrução probatória, *se entender cabível nova definição jurídica do fato*, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.

§ 1º Não procedendo o órgão do Ministério Público ao aditamento, aplica-se o art. 28 deste Código.

§ 2º Ouvido o defensor do acusado no prazo de 5 (cinco) dias e admitido o aditamento, o juiz, a requerimento de qualquer das partes, designará dia e hora para continuação da audiência, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado, realização de debates e julgamento.

§ 3º Aplicam-se as disposições dos §§ 1º e 2º do art. 383 ao *caput* deste artigo.

§ 4º Havendo aditamento, cada parte poderá arrolar até 3 (três) testemunhas, no prazo de 5 (cinco) dias, ficando o juiz, na sentença, adstrito aos termos do aditamento.

§ 5º Não recebido o aditamento, o processo prosseguirá.

Sobre essa questão, o recorrente considera que “a inclusão de circunstância definidora de dolo somente poderia ocorrer antes da pronúncia e, ainda, mediante prévia e específica manifestação defensiva conjuntamente com eventual produção de prova” (fl. 387).

No entanto, constato que essa matéria *também não foi tratada, ainda que implicitamente*, pelo tribunal de origem.

Nesse ponto, saliento que, nos *primeiros* embargos de declaração opostos contra o acórdão do recurso em sentido estrito, a defesa alegou apenas que a pronúncia e o acórdão teriam utilizado circunstâncias fáticas não contidas na denúncia para definir o dolo eventual, bem como que deveria ser esclarecida a cronologia dos fatos.

Já os *segundos* foram opostos “com a finalidade única de que o v. acórdão declare, ainda que reconheça na posição final do corpo uma variável para o estudo da aferição da velocidade, se o laudo pericial acostado aos autos precisou, ou não, a existência de elementos materiais suficientes para determinar a velocidade com que era conduzido o veículo ao se envolver no atropelamento” (fl. 355).

Dessa forma, também em relação a esse ponto, incidem os óbices das Súmulas n. 282 e n. 356, ambas do STF.

### III.

De forma correlata, o recorrente também alega violação do artigo 617 do Código de Processo Penal, segundo o qual “O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença”.

Isso porque, segundo entende, “o Egrégio Tribunal de Justiça não poderia se valer, ainda que implicitamente, do artigo 384 do Código de Processo Penal para - em segunda instância - fazer incluir circunstância definidora do dolo do agente não contida na denúncia, em especial para recusar a pretensão defensiva aposta em recurso em sentido estrito” (fl. 387).

Sobre essa questão, a Corte de origem, ao julgar os primeiros embargos de declaração, salientou que “a decisão de pronúncia, em nenhum momento, utilizou-se das circunstâncias fáticas do excesso de velocidade, bem assim do suposto avanço de sinal para definir o dolo eventual, estando estritamente

pautada nos limites delimitados pela denúncia, em observância ao princípio da correlação” (fl. 345).

Não obstante, verifico que o tribunal de origem, quando do julgamento do *recurso em sentido estrito*, consignou que “os elementos probatórios acima analisados indicam que o recorrente, *ao dirigir veículo em velocidade superior à permitira e embriagado, teria avançado o sinal vermelho* e atropelado a vítima que fazia a travessia da pista, em direção ao colégio” (fl. 321 - grifo próprio).

E, por tais razões, entendeu que “não obstante o acervo probatório não afaste por completo a tese que o réu agiu culposamente, a pronúncia do recorrente pelo crime de homicídio deve ser mantida, uma vez que a desclassificação somente seria possível se houvesse certeza de que não houve crime doloso contra a vida, o que não é a hipótese dos autos” (fl. 321).

Na sequência, ao julgar os *primeiros* embargos de declaração opostos contra o acórdão do recurso em sentido estrito, o tribunal recorrido registrou que “infe-re-se da leitura do acórdão que as provas, notadamente os depoimentos testemunhais, indicam que o recorrente *conduzia seu veículo em alta velocidade*, o que coincide com o laudo pericial acostado aos autos (fls. 88-94), ao relatar que a vítima foi arremessada por aproximadamente 24 m e, em seguida, assumiu a posição de repouso final” (fl. 345).

Conforme se vê dos trechos anteriormente transcritos, houve inciso-vo destaque pelo tribunal de origem à circunstância de que *o recorrente conduzia o veículo automotor embriagado e em velocidade superior à permitida no local* (nesse ponto, apenas ressaltou que, quando do julgamento dos primeiros embargos declaratórios, *a Corte recorrida afastou a circunstância de que o acusado teria avançado sinal vermelho*, tendo consignado que a colisão com a vítima foi *antes* do sinal - fl. 345).

Contudo, verifico que o *excesso de velocidade não está descrito na denúncia*. Em verdade, até a prolação da decisão de pronúncia, nem a acusação nem a defesa fizeram *nenhuma referência* a tal circunstância, sendo certo que esse dado foi acrescentado aos autos sem ter havido, a seu respeito, o contraditório das partes e o exercício da ampla defesa.

Aliás, o próprio juiz singular, ao julgar os embargos de declaração opostos contra a pronúncia, salientou que “lendo e relendo a decisão, não encontrei em nenhuma linha a citação ou conclusão de que o acusado conduzia seu veículo em velocidade acima de 60 km/h”, tendo ressaltado que “não foi argumento lançado para fundamentar a decisão” (fl. 256).

No mesmo sentido, afirmou a Corte de origem, quando do julgamento dos segundos embargos declaratórios (fl. 370):

No caso em apreço, o acórdão examinou a prova dos autos, tanto a produzida em juízo, quanto os elementos do inquérito policial, demonstrando que, segundo os depoimentos testemunhais, o recorrente conduzia seu veículo em alta velocidade, ajustando-se às conclusões do laudo pericial (fls. 88-94), ao relatar que a vítima foi arremessada por aproximadamente 24m para, em seguida, assumir sua posição de repouso final.

Com efeito, em nenhum momento o acórdão mencionou a velocidade do veículo VW/Fox conduzido pelo embargante, mas se pautou no relato das testemunhas, bem como na dinâmica traçada pelo laudo pericial.

Isso significa que, durante a instrução criminal, foi assegurado ao recorrente o contraditório e a ampla defesa *apenas* acerca da imputação de que estaria conduzindo o seu veículo em *estado de embriaguez, circunstância que indicaria a conclusão de que assumiu o risco de matar alguém e a tanto anuiu* (dolo eventual); vale dizer, durante toda a primeira fase do rito bifásico do Tribunal do Júri, o recorrente pôde defender-se *apenas* das circunstâncias especificadas na denúncia, entre as quais *não foi inserido o fato de estar conduzindo seu veículo automotor em alta velocidade*.

Registro que o sistema processual penal vigente somente legitima a inclusão dessa inovação ao processo por meio do *aditamento*, com a inequívoca ciência do acusado e de seu defensor acerca da nova imputação, sob pena de violação aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, bem assim da necessária correspondência entre pedido e sentença. Vale dizer, o nosso sistema processual penal não abriga hipótese em que possa um acusado ser pronunciado sem que lhe seja dado o direito de apresentar sua versão sobre *todos* os fatos e circunstâncias que lhe sejam atribuídos, notadamente se promovido, no *decisum* confirmatório da pronúncia, novo delineamento do quadro fático e da composição do delito.

Não se pode olvidar que o fato de o recorrente estar dirigindo em *alta velocidade* representa inegável carga de reprovabilidade da sua conduta, suficiente para influenciar o ânimo dos jurados, razão pela qual *não pode ser tido como elemento de caráter secundário*, de somenos importância, porquanto gravitou em torno da ação delituosa principal considerada penalmente relevante: o homicídio simples, doloso.

Ademais, registro que tal circunstância (excesso de velocidade) foi justamente um dos elementos utilizados pelo tribunal de origem para afastar

a pretensão defensiva de *desclassificação* do delito para o crime de homicídio culposo.

Em suma, constato que o estado de embriaguez e o excesso de velocidade foram os únicos elementos considerados pela Corte de origem para concluir pela possibilidade de dolo eventual do agente, em evidente prejuízo à defesa.

Dessa forma, mostra-se de rigor a cassação do acórdão impugnado (e respectivos embargos de declaração), para que outro seja proferido, com a exclusão da circunstância relativa ao excesso de velocidade.

Por fim, impende frisar que *não se trata de hipótese de emendatio libelli* (artigo 383 do Código de Processo Penal), uma vez que não houve “definição jurídica diversa” de fato já descrito na denúncia, mas de apreciação de circunstância não contemplada pela imputação original.

#### IV.

Por fim, o recorrente alega ofensa ao artigo 121, *caput*, do Código Penal, “porque, para fins de atestação de dolo eventual em trânsito, não se reveste bastante o só estado de embriaguez imputado na denúncia” (fl. 387).

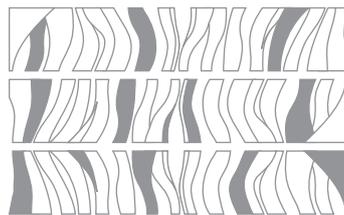
Conforme visto, o tribunal de origem entendeu pela impossibilidade de desclassificação da conduta do recorrente para o crime de homicídio culposo, com base na embriaguez e no excesso de velocidade.

Ocorre que, com a cassação do acórdão recorrido (e respectivos embargos de declaração), resta *prejudicada* a análise do pedido de desclassificação da imputação contida na denúncia para a descrita no artigo 121, § 3º, do Código Penal, visto que, diante desse novo quadro, caberá à Corte de origem decidir, à luz apenas da embriaguez ao volante, sobre a eventual possibilidade de desclassificação do delito imputado ao recorrente.

#### V.

À vista do exposto, *conheço* do Recurso Especial e, nessa extensão, por considerar *violado o art. 617 do CPP* - em menor extensão, portanto, em relação aos demais dispositivos legais que se afirmou malferidos -, *dou provimento à impugnação*, para cassar o acórdão impugnado (Recurso em Sentido Estrito n. 2009.01.1.081095-8 e respectivos embargos de declaração), a fim de que outro seja proferido, com a vedação a que se leve em consideração a circunstância relativa ao excesso de velocidade.





---

## Índice Analítico



## A

- PrCv **Ação de prestação de contas** - Cabimento - Contrato verbal de empreitada - Imóvel - Reforma. REsp n. 855.578 - DF. RSTJ 234/392.
- PrCv **Ação indenizatória** - Dano moral - Município contra particular - Impossibilidade. REsp n. 1.258.389 - PB. RSTJ 234/419.
- PrCv **Ação indenizatória** - Divulgação do evento na *internet* - Foro competente - Domicílio do titular do direito violado - Uso não autorizado de nome. REsp n. 1.347.097 - SE. RSTJ 234/329.
- PrCv **Ação monitória** - Documentos não aptos para a demonstração da existência de dívida - Prova escrita sem eficácia de título executivo. REsp n. 866.205 - RN. RSTJ 234/289.
- PrCv **Ação rescisória** - Interesse processual - Ausência - Sentença - Trânsito em julgado - Não ocorrência. AgRg no AREsp n. 359.300 - PR. RSTJ 234/187.
- PrCv **Ação rescisória** - Improcedência - Violação a literal disposição de lei. AR n. 4.315 - MA. RSTJ 234/63.
- PrCv Acórdão unânime da apelação - Manutenção - Divergência originada no julgamento dos embargos declaratórios - **Embargos infringentes** - Não cabimento. REsp n. 1.286.745 - RJ. RSTJ 234/311.
- Cv Alteração conceitual da marca - Marca - Licença de uso - **Propriedade industrial**. REsp n. 1.387.244 - DF. RSTJ 234/332.

- Adm Aposentadoria compulsória - Magistrado - Conduta incompatível com a dignidade da função - **Processo disciplinar**. RMS n. 36.325 - ES. RSTJ 234/200.
- Pn Atenuante - Reconhecimento - **Crime de homicídio qualificado** - Tentativa - Pena - Redução. HC n. 175.233 - RS. RSTJ 234/540.
- Pn **Ato infracional** - Crime de tráfico de entorpecente - Equiparação - Medida socioeducativa de internação - Cabimento - Reincidência específica. HC n. 287.283 - SP. RSTJ 234/663.

**B**

- PrCv **Bem imóvel locado** - Arrematação - CPC, art. 694 - Direito à percepção dos aluguéis - Arrematante. REsp n. 698.234 - MT. RSTJ 234/383.
- Trbt Benefício fiscal - Ex Tarifário - Concessão - **Imposto de Importação (II)** - Mercadoria sem similar nacional - Princípio da razoabilidade - Aplicabilidade. REsp n. 1.174.811 - SP. RSTJ 234/130.
- Pv **Benefício previdenciário** - Suspensão - Cancelamento - Princípio do paralelismo das formas - Inaplicabilidade. REsp n. 1.429.976 - CE. RSTJ 234/230.

**C**

- Cv Cadastro de inadimplentes - Inscrição indevida - CDC, art. 27 - Aplicabilidade - Fato do serviço - Caracterização - Prescrição - Não ocorrência - **Responsabilidade civil** - Instituição financeira - Talonário de cheques indevidamente entregue a terceiro. REsp n. 1.254.883 - PR. RSTJ 234/306.
- Cv Capitalização mensal dos juros - Previsão contratual - Comissão de permanência - Encargos moratórios - Cumulação - Impossibilidade - **Contrato de crédito rural** - Mora - Caracterização. REsp n. 1.333.977 - MT. RSTJ 234/247.
- Pn Causa de aumento de pena - Não incidência - **Crime de tráfico de entorpecente** - Transporte da droga em táxi. REsp n. 1.345.827 - AC. RSTJ 234/573.
- Cv CDC, arts. 4º, 8º, 12 e 18 - **Dano moral** - Ocorrência - Defeito do produto - Caracterização - Garrafa de refrigerante contendo corpo estranho - Não ingestão - Lei n. 11.346/2006. REsp n. 1.424.304 - SP. RSTJ 234/347.
- Cv CDC, art. 27 - Aplicabilidade - Cadastro de inadimplentes - Inscrição indevida - Fato do serviço - Caracterização - Prescrição - Não ocorrência

- **Responsabilidade civil** - Instituição financeira - Talonário de cheques indevidamente entregue a terceiro. REsp n. 1.254.883 - PR. RSTJ 234/306.
- PrCv Cláusula contratual - Nulidade - Direito de regresso - **Factoring**. REsp n. 949.360 - RN. RSTJ 234/402.
- Cv Comissão de permanência - Encargos moratórios - Cumulação - Impossibilidade - Capitalização mensal dos juros - Previsão contratual - **Contrato de crédito rural** - Mora - Caracterização. REsp n. 1.333.977 - MT. RSTJ 234/247.
- PrCv Competência - Foro da Comarca de São Paulo - Contrato de *joint venture* - **Execução de sentença arbitral**. REsp n. 1.312.651 - SP. RSTJ 234/479.
- Cv Compra pela *internet* - Presente de Natal - Mercadoria não entregue - Dano moral - Não cabimento - Direito de personalidade - Violação - Não comprovação - **Responsabilidade civil**. REsp n. 1.399.931 - MG. RSTJ 234/344.
- Pn Conduta típica - **Crime de roubo** - Roubo de uso - Uso de arma de fogo. REsp n. 1.323.275 - GO. RSTJ 234/567.
- PrPn Constrangimento ilegal - Ocorrência - Garantia da ordem pública - **Prisão preventiva** - Revogação. HC n. 246.188 - PA. RSTJ 234/640.
- Adm Contratação de serviços advocatícios com dispensa de licitação - Discricionariedade do administrador - Cabimento - **Improbidade administrativa** - Inexistência. REsp n. 1.192.332 - RS. RSTJ 234/143.
- Cv **Contrato de crédito rural** - Capitalização mensal dos juros - Previsão contratual - Comissão de permanência - Encargos moratórios - Cumulação - Impossibilidade - Mora - Caracterização. REsp n. 1.333.977 - MT. RSTJ 234/247.
- PrCv Contrato de *joint venture* - Competência - Foro da Comarca de São Paulo - **Execução de sentença arbitral**. REsp n. 1.312.651 - SP. RSTJ 234/479.
- PrCv Contrato verbal de empreitada - **Ação de prestação de contas** - Cabimento - Imóvel - Reforma. REsp n. 855.578 - DF. RSTJ 234/392.
- Trbt Correção monetária - Demonstrações financeiras - Ano-base 1989 - **Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ)**. EREsp n. 1.030.597 - MG. RSTJ 234/73.
- PrPn CP, art. 91, II, **b** - CPP, art. 133, parágrafo único - **Sequestro de bem móvel** - Aeronave - Desconstituição. REsp n. 1.299.987 - RJ. RSTJ 234/560.
- PrCv CPC, art. 694 - **Bem imóvel locado** - Arrematação - Direito à percepção dos aluguéis - Arrematante. REsp n. 698.234 - MT. RSTJ 234/383.

- PrCv CPC, art.284 - **Execução fiscal** - Lei n. 6.830/1980, art. 2º, § 8º - Pessoa jurídica - Falência decretada - Polo passivo da demanda - Correção - Possibilidade - Súmula n. 392-STJ - Violação - Não ocorrência. REsp n. 1.372.243 - SE. RSTJ 234/83.
- PrPn CPP, art. 133, parágrafo único - CP, art. 91, II, **b** - **Sequestro de bem móvel** - Aeronave - Desconstituição. REsp n. 1.299.987 - RJ. RSTJ 234/560.
- Pn CPP, art. 617 - Violação - **Crime de homicídio** - Direção de veículo automotor - Excesso de velocidade - Circunstância mencionada apenas pelo Tribunal de origem - Impossibilidade. REsp n. 1.303.777 - DF. RSTJ 234/703.
- PrCv Crédito tributário - Parcelamento - **Execução fiscal** - Lei n. 11.941/2009, arts. 10 e 11, 2ª parte - Constitucionalidade - Princípio da isonomia tributária - Ofensa - Não ocorrência. AI no REsp n. 1.266.318 - RN. RSTJ 234/37.
- PrPn Crime comissivo por omissão - **Crime de homicídio** - Denúncia - Inépcia formal. RHC n. 39.627 - RJ. RSTJ 234/691.
- Pn **Crime de extorsão mediante sequestro** - Provas requeridas pela defesa - Indeferimento - Motivação idônea. HC n. 215.687 - SC. RSTJ 234/629.
- Pn **Crime de falsificação de documento público** - Crime de quadrilha ou bando - Pedido de busca e apreensão - Fundamentação. RHC n. 35.255 - SP. RSTJ 234/673.
- Pn **Crime de homicídio** - CPP, art. 617 - Violação - Direção de veículo automotor - Excesso de velocidade - Circunstância mencionada apenas pelo Tribunal de origem - Impossibilidade. REsp n. 1.303.777 - DF. RSTJ 234/703.
- PrPn **Crime de homicídio** - Crime comissivo por omissão - Denúncia - Inépcia formal. RHC n. 39.627 - RJ. RSTJ 234/691.
- Pn **Crime de homicídio** - Crime de lesão corporal - Pronúncia - Excesso de linguagem. REsp n. 1.401.083 - SC. RSTJ 234/582.
- Pn **Crime de homicídio qualificado** - Direitos fundamentais de intimidade e privacidade - Violação - Não ocorrência - Interceptação ambiental em presídio. HC n. 251.132 - RS. RSTJ 234/550.
- Pn **Crime de homicídio qualificado** - Tentativa - Atenuante - Reconhecimento - Pena - Redução. HC n. 175.233 - RS. RSTJ 234/540.
- Pn **Crime de lesão corporal praticado contra namorada** - Extinção da punibilidade - Lei Maria da Penha - Incidência - Prescrição da pretensão punitiva. REsp n. 1.416.580 - RJ. RSTJ 234/594.

- Pn Crime de quadrilha ou bando - **Crime de falsificação de documento público** - Pedido de busca e apreensão - Fundamentação. RHC n. 35.255 - SP. RSTJ 234/673.
- Pn **Crime de roubo** - Roubo de uso - Conduta típica - Uso de arma de fogo. REsp n. 1.323.275 - GO. RSTJ 234/567.
- Pn **Crime de tráfico de entorpecente** - Causa de aumento de pena - Não incidência - Transporte da droga em táxi. REsp n. 1.345.827 - AC. RSTJ 234/573.
- PrPn **Crime licitatório** - Incompetência - Justiça Estadual - Interesse federal - Ocorrência - Malversação de verbas do FUNDEF. HC n. 198.023 - RS. RSTJ 234/613.
- Trbt CTN, art. 166 - Inaplicabilidade - Depósito administrativo - Devolução - Necessidade - **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - Serviços preparatórios ao de comunicação. REsp n. 1.377.781 - MG. RSTJ 234/165.
- Adm Curso de formação de sargentos - Seleção - Requisitos - Diferenciação entre sexos - Direito líquido e certo - Ausência - **Militar** - Princípio da igualdade - Ofensa - Não ocorrência. RMS n. 44.576 - MS. RSTJ 234/222.

**D**

- Cv Dano ambiental - **Responsabilidade civil** - Vazamento de amônia em rio. REsp n. 1.354.536 - SE. RSTJ 234/260.
- PrCv Dano moral - **Ação indenizatória** - Município contra particular - Impossibilidade. REsp n. 1.258.389 - PB. RSTJ 234/419.
- Cv Dano moral - Inexistência - Queixa-crime - Ofensa à honra - Ausência - **Responsabilidade civil** - Não cabimento. REsp n. 1.306.443 - SP. RSTJ 234/436.
- Cv Dano moral - Não cabimento - Compra pela *internet* - Presente de Natal - Mercadoria não entregue - Direito de personalidade - Violação - Não comprovação - **Responsabilidade civil**. REsp n. 1.399.931 - MG. RSTJ 234/344.
- Cv **Dano moral** - Ocorrência - CDC, arts. 4º, 8º, 12 e 18 - Defeito do produto - Caracterização - Garrafa de refrigerante contendo corpo estranho - Não ingestão - Lei n. 11.346/2006. REsp n. 1.424.304 - SP. RSTJ 234/347.
- Cv Defeito do produto - Caracterização - CDC, arts. 4º, 8º, 12 e 18 - **Dano moral** - Ocorrência - Garrafa de refrigerante contendo corpo estranho - Não ingestão - Lei n. 11.346/2006. REsp n. 1.424.304 - SP. RSTJ 234/347.

- Trbt Demonstrações financeiras - Ano-base 1989 - Correção monetária - **Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ)**. EREsp n. 1.030.597 - MG. RSTJ 234/73.
- PrPn Denúncia - Inépcia formal - Crime comissivo por omissão - **Crime de homicídio**. RHC n. 39.627 - RJ. RSTJ 234/691.
- Trbt Depósito administrativo - Devolução - Necessidade - CTN, art. 166 - Inaplicabilidade - **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - Serviços preparatórios ao de comunicação. REsp n. 1.377.781 - MG. RSTJ 234/165.
- PrCv Depósito em dinheiro substituição por fiança bancária - Impossibilidade - **Execução fiscal**. AgRg no AREsp n. 463.511 - SE. RSTJ 234/195.
- Pv **Desaposentação previdenciária** - Restituição dos valores percebidos - Não cabimento. EDcl nos EDcl no AgRg no AREsp n. 69.276 - RS. RSTJ 234/533.
- Adm Diferenciação entre sexos - Curso de formação de sargentos - Seleção - Requisitos - Direito líquido e certo - Ausência - **Militar** - Princípio da igualdade - Ofensa - Não ocorrência. RMS n. 44.576 - MS. RSTJ 234/222.
- Pn Direção de veículo automotor - CPP, art. 617 - Violação - **Crime de homicídio** - Excesso de velocidade - Circunstância mencionada apenas pelo Tribunal de origem - Impossibilidade. REsp n. 1.303.777 - DF. RSTJ 234/703.
- PrCv Direito à percepção dos aluguéis - Arrematante - **Bem imóvel locado** - Arrematação - CPC, art. 694. REsp n. 698.234 - MT. RSTJ 234/383.
- Cv Direito de personalidade - Violação - Não comprovação - Compra pela *internet* - Presente de Natal - Mercadoria não entregue - Dano moral - Não cabimento - **Responsabilidade civil**. REsp n. 1.399.931 - MG. RSTJ 234/344.
- PrCv Direito de regresso - Cláusula contratual - Nulidade - **Factoring**. REsp n. 949.360 - RN. RSTJ 234/402.
- Adm Direito líquido e certo - Ausência - Curso de formação de sargentos - Seleção - Requisitos - Diferenciação entre sexos - **Militar** - Princípio da igualdade - Ofensa - Não ocorrência. RMS n. 44.576 - MS. RSTJ 234/222.
- Adm Direito líquido e certo - Ausência - **Servidor público estadual** - Médico - Vencimento - Jornada de trabalho. RMS n. 32.322 - SC. RSTJ 234/121.
- Pn Direitos fundamentais de intimidade e privacidade - Violação - Não ocorrência - **Crime de homicídio qualificado** - Interceptação ambiental em presídio. HC n. 251.132 - RS. RSTJ 234/550.

- Adm Discricionariedade do administrador - Cabimento - Contratação de serviços advocatícios com dispensa de licitação - **Improbidade administrativa** - Inexistência. REsp n. 1.192.332 - RS. RSTJ 234/143.
- PrCv Divergência originada no julgamento dos embargos declaratórios - Acórdão unânime da apelação - Manutenção - **Embargos infringentes** - Não cabimento. REsp n. 1.286.745 - RJ. RSTJ 234/311.
- PrCv Divulgação do evento na *internet* - **Ação indenizatória** - Foro competente - Domicílio do titular do direito violado - Uso não autorizado de nome. REsp n. 1.347.097 - SE. RSTJ 234/329.
- PrCv Documentos não aptos para a demonstração da existência de dívida - **Ação monitória** - Prova escrita sem eficácia de título executivo. REsp n. 866.205 - RN. RSTJ 234/289.

**E**

- PrCv **Embargos infringentes** - Não cabimento - Acórdão unânime da apelação - Manutenção - Divergência originada no julgamento dos embargos declaratórios. REsp n. 1.286.745 - RJ. RSTJ 234/311.
- Adm Estágio probatório em outro cargo público - Recondição ao cargo anterior - Possibilidade - Regime jurídico distinto - **Servidor público federal estável**. MS n. 12.576 - DF. RSTJ 234/503.
- PrCv **Exceção de pré-executividade oposta após a arrematação do bem penhorado**. REsp n. 1.415.108 - RJ. RSTJ 234/181.
- Pn Excesso de velocidade - Circunstância mencionada apenas pelo Tribunal de origem - Impossibilidade - CPP, art. 617 - Violação - **Crime de homicídio** - Direção de veículo automotor. REsp n. 1.303.777 - DF. RSTJ 234/703.
- PrCv **Execução de sentença arbitral** - Competência - Foro da Comarca de São Paulo - Contrato de *joint venture*. REsp n. 1.312.651 - SP. RSTJ 234/479.
- PrCv **Execução de título judicial** - Fase de cumprimento de sentença - Aplicação - Lei n. 11.232/2005 - Obrigação alimentar. REsp n. 1.338.091 - MS. RSTJ 234/489.
- PrCv **Execução fiscal** - CPC, art.284 - Lei n. 6.830/1980, art. 2º, § 8º - Pessoa jurídica - Falência decretada - Polo passivo da demanda - Correção - Possibilidade - Súmula n. 392-STJ - Violação - Não ocorrência. REsp n. 1.372.243 - SE. RSTJ 234/83.
- PrCv **Execução fiscal** - Crédito tributário - Parcelamento - Lei n. 11.941/2009, arts. 10 e 11, 2ª parte - Constitucionalidade - Princípio da isonomia tributária - Ofensa - Não ocorrência. AI no REsp n. 1.266.318 - RN. RSTJ 234/37.

- PrCv **Execução fiscal** - Depósito em dinheiro substituição por fiança bancária - Impossibilidade. AgRg no AREsp n. 463.511 - SE. RSTJ 234/195.
- Pn Extinção da punibilidade - **Crime de lesão corporal praticado contra namorada** - Lei Maria da Penha - Incidência - Prescrição da pretensão punitiva. REsp n. 1.416.580 - RJ. RSTJ 234/594.

## F

- PrCv **Factoring** - Cláusula contratual - Nulidade - Direito de regresso. REsp n. 949.360 - RN. RSTJ 234/402.
- PrCv Fase de cumprimento de sentença - Aplicação - **Execução de título judicial** - Lei n. 11.232/2005 - Obrigação alimentar. REsp n. 1.338.091 - MS. RSTJ 234/489.
- Cv Fase de verificação de créditos - Apresentação de habilitações - Lei n. 11.101/2005 - Patrono dos credores - Intimação - Desnecessidade - **Recuperação judicial**. REsp n. 1.163.143 - SP. RSTJ 234/299.
- Cv Fato do serviço - Caracterização - Cadastro de inadimplentes - Inscrição indevida - CDC, art. 27 - Aplicabilidade - Prescrição - Não ocorrência - **Responsabilidade civil** - Instituição financeira - Talonário de cheques indevidamente entregue a terceiro. REsp n. 1.254.883 - PR. RSTJ 234/306.
- Trbt Fato gerador - Data de vencimento - Lei n. 11.941/2009 - **Multa isolada** - Parcelamento da lei - Inclusão - Impossibilidade. REsp n. 1.434.713 - SC. RSTJ 234/237.
- PrCv Foro competente - Domicílio do titular do direito violado - **Ação indenizatória** - Divulgação do evento na *internet* - Uso não autorizado de nome. REsp n. 1.347.097 - SE. RSTJ 234/329.

## G

- PrPn Garantia da ordem pública - Constrangimento ilegal - Ocorrência - **Prisão preventiva** - Revogação. HC n. 246.188 - PA. RSTJ 234/640.
- Cv Garrafa de refrigerante contendo corpo estranho - Não ingestão - CDC, arts. 4º, 8º, 12 e 18 - **Dano moral** - Ocorrência - Defeito do produto - Caracterização - Lei n. 11.346/2006. REsp n. 1.424.304 - SP. RSTJ 234/347.
- PrCv Grave lesão à ordem e saúde públicas - Configuração - Política pública preventiva da Agência Nacional de Saúde Suplementar - **Suspensão de**

- liminar e de sentença** - Deferimento. AgRg na SLS n. 1.807 - RJ. RSTJ 234/19.
- PrCv Grave lesão à ordem pública - Inexistência - Prefeito - Afastamento do cargo - **Suspensão de liminar e de sentença** - Indeferimento. AgRg na SLS n. 1.854 - ES. RSTJ 234/28.
- Cv Grupo musical - Designação por título genérico - Lei n. 9.279/1996, art. 122 - **Propriedade industrial** - Registro como marca - Possibilidade. REsp n. 678.497 - RJ. RSTJ 234/373.

I

- PrCv Imóvel - Reforma - **Ação de prestação de contas** - Cabimento - Contrato verbal de empreitada. REsp n. 855.578 - DF. RSTJ 234/392.
- Trbt **Imposto de Importação (II)** - Benefício fiscal - Ex Tarifário - Concessão - Mercadoria sem similar nacional - Princípio da razoabilidade - Aplicabilidade. REsp n. 1.174.811 - SP. RSTJ 234/130.
- Trbt **Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ)** - Correção monetária - Demonstrações financeiras - Ano-base 1989. EREsp n. 1.030.597 - MG. RSTJ 234/73.
- Trbt **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - CTN, art. 166 - Inaplicabilidade - Depósito administrativo - Devolução - Necessidade - Serviços preparatórios ao de comunicação. REsp n. 1.377.781 - MG. RSTJ 234/165.
- Adm **Improbidade administrativa** - Inexistência - Contratação de serviços advocatícios com dispensa de licitação - Discricionariedade do administrador - Cabimento. REsp n. 1.192.332 - RS. RSTJ 234/143.
- PrPn Incompetência - Justiça Estadual - **Crime licitatório** - Interesse federal - Ocorrência - Malversação de verbas do FUNDEF. HC n. 198.023 - RS. RSTJ 234/613.
- Pn Intercepção ambiental em presídio - **Crime de homicídio qualificado** - Direitos fundamentais de intimidade e privacidade - Violação - Não ocorrência. HC n. 251.132 - RS. RSTJ 234/550.
- PrPn Interesse federal - Ocorrência - **Crime licitatório** - Incompetência - Justiça Estadual - Malversação de verbas do FUNDEF. HC n. 198.023 - RS. RSTJ 234/613.
- PrCv Interesse processual - Ausência - **Ação rescisória** - Sentença - Trânsito em julgado - Não ocorrência. AgRg no AREsp n. 359.300 - PR. RSTJ 234/187.

**L**

- Pn Lei Maria da Penha - Incidência - **Crime de lesão corporal praticado contra namorada** - Extinção da punibilidade - Prescrição da pretensão punitiva. REsp n. 1.416.580 - RJ. RSTJ 234/594.
- PrCv Lei n. 6.830/1980, art. 2º, § 8º - CPC, art.284 - **Execução fiscal** - Pessoa jurídica - Falência decretada - Polo passivo da demanda - Correção - Possibilidade - Súmula n. 392-STJ - Violação - Não ocorrência. REsp n. 1.372.243 - SE. RSTJ 234/83.
- Cv Lei n. 9.279/1996, art. 122 - Grupo musical - Designação por título genérico - **Propriedade industrial** - Registro como marca - Possibilidade. REsp n. 678.497 - RJ. RSTJ 234/373.
- Cm Lei n. 9.279/1996, art. 124, XIX - Violação - **Marca** - Colidência - Prova de efetiva confusão do consumidor - Desnecessidade. REsp n. 1.342.955 - RS. RSTJ 234/317.
- Cv Lei n. 11.101/2005 - Fase de verificação de créditos - Apresentação de habilitações - Patrono dos credores - Intimação - Desnecessidade - **Recuperação judicial**. REsp n. 1.163.143 - SP. RSTJ 234/299.
- PrCv Lei n. 11.232/2005 - **Execução de título judicial** - Fase de cumprimento de sentença - Aplicação - Obrigação alimentar. REsp n. 1.338.091 - MS. RSTJ 234/489.
- Cv Lei n. 11.346/2006 - CDC, arts. 4º, 8º, 12 e 18 - **Dano moral** - Ocorrência - Defeito do produto - Caracterização - Garrafa de refrigerante contendo corpo estranho - Não ingestão. REsp n. 1.424.304 - SP. RSTJ 234/347.
- Trbt Lei n. 11.941/2009 - Fato gerador - Data de vencimento - **Multa isolada** - Parcelamento da lei - Inclusão - Impossibilidade. REsp n. 1.434.713 - SC. RSTJ 234/237.
- PrCv Lei n. 11.941/2009, arts. 10 e 11, 2ª parte - Constitucionalidade - Crédito tributário - Parcelamento - **Execução fiscal** - Princípio da isonomia tributária - Ofensa - Não ocorrência. AI no REsp n. 1.266.318 - RN. RSTJ 234/37.

**M**

- Adm Magistrado - Conduta incompatível com a dignidade da função - Aposentadoria compulsória - **Processo disciplinar**. RMS n. 36.325 - ES. RSTJ 234/200.
- PrPn Malversação de verbas do FUNDEF - **Crime licitatório** - Incompetência - Justiça Estadual - Interesse federal - Ocorrência. HC n. 198.023 - RS. RSTJ 234/613.

- Cm **Marca** - Colidência - Lei n. 9.279/1996, art. 124, XIX - Violação - Prova de efetiva confusão do consumidor - Desnecessidade. REsp n. 1.342.955 - RS. RSTJ 234/317.
- Cv **Marca** - Licença de uso - Alteração conceitual da marca - **Propriedade industrial**. REsp n. 1.387.244 - DF. RSTJ 234/332.
- Pn Medida socioeducativa de internação - Cabimento - **Ato infracional** - Crime de tráfico de entorpecente - Equiparação - Reincidência específica. HC n. 287.283 - SP. RSTJ 234/663.
- Trbt Mercadoria sem similar nacional - Benefício fiscal - Ex Tarifário - Concessão - **Imposto de Importação (II)** - Princípio da razoabilidade - Aplicabilidade. REsp n. 1.174.811 - SP. RSTJ 234/130.
- Adm **Militar** - Curso de formação de sargentos - Seleção - Requisitos - Diferenciação entre sexos - Direito líquido e certo - Ausência - Princípio da igualdade - Ofensa - Não ocorrência. RMS n. 44.576 - MS. RSTJ 234/222.
- Cv **Mora** - Caracterização - Capitalização mensal dos juros - Previsão contratual - Comissão de permanência - Encargos moratórios - Cumulação - Impossibilidade - **Contrato de crédito rural**. REsp n. 1.333.977 - MT. RSTJ 234/247.
- Trbt **Multa isolada** - Fato gerador - Data de vencimento - Lei n. 11.941/2009 - Parcelamento da lei - Inclusão - Impossibilidade. REsp n. 1.434.713 - SC. RSTJ 234/237.
- PrCv Município contra particular - Impossibilidade - **Ação indenizatória** - Dano moral. REsp n. 1.258.389 - PB. RSTJ 234/419.

## N

- Adm Nulidade - Não caracterização - Processo administrativo disciplinar - Excesso de prazo - **Servidor público**. RMS n. 31.798 - PE. RSTJ 234/111.

## O

- PrCv Obrigação alimentar - **Execução de título judicial** - Fase de cumprimento de sentença - Aplicação - Lei n. 11.232/2005. REsp n. 1.338.091 - MS. RSTJ 234/489.

## P

- Trbt Parcelamento da lei - Inclusão - Impossibilidade - Fato gerador - Data de vencimento - Lei n. 11.941/2009 - **Multa isolada**. REsp n. 1.434.713 - SC. RSTJ 234/237.

- Cv Patrono dos credores - Intimação - Desnecessidade - Fase de verificação de créditos - Apresentação de habilitações - Lei n. 11.101/2005 - **Recuperação judicial**. REsp n. 1.163.143 - SP. RSTJ 234/299.
- Pn Pedido de busca e apreensão - Fundamentação - **Crime de falsificação de documento público** - Crime de quadrilha ou bando. RHC n. 35.255 - SP. RSTJ 234/673.
- Pn Pena - Redução - Atenuante - Reconhecimento - **Crime de homicídio qualificado** - Tentativa. HC n. 175.233 - RS. RSTJ 234/540.
- Adm Pena de demissão - Prescrição - Não ocorrência - Processo administrativo disciplinar - **Servidor público**. RMS n. 44.619 - SC. RSTJ 234/126.
- PrCv Pessoa jurídica - Falência decretada - CPC, art.284 - **Execução fiscal** - Lei n. 6.830/1980, art. 2º, § 8º - Polo passivo da demanda - Correção - Possibilidade - Súmula n. 392-STJ - Violação - Não ocorrência. REsp n. 1.372.243 - SE. RSTJ 234/83.
- PrCv Política pública preventiva da Agência Nacional de Saúde Suplementar - Grave lesão à ordem e saúde públicas - Configuração - **Suspensão de liminar e de sentença** - Deferimento. AgRg na SLS n. 1.807 - RJ. RSTJ 234/19.
- PrCv Polo passivo da demanda - Correção - Possibilidade - CPC, art.284 - **Execução fiscal** - Lei n. 6.830/1980, art. 2º, § 8º - Pessoa jurídica - Falência decretada - Súmula n. 392-STJ - Violação - Não ocorrência. REsp n. 1.372.243 - SE. RSTJ 234/83.
- PrCv Prefeito - Afastamento do cargo - Grave lesão à ordem pública - Inexistência - **Suspensão de liminar e de sentença** - Indeferimento. AgRg na SLS n. 1.854 - ES. RSTJ 234/28.
- Cv Prescrição - Não ocorrência - Cadastro de inadimplentes - Inscrição indevida - CDC, art. 27 - Aplicabilidade - Fato do serviço - Caracterização - **Responsabilidade civil** - Instituição financeira - Talonário de cheques indevidamente entregue a terceiro. REsp n. 1.254.883 - PR. RSTJ 234/306.
- Adm Prescrição - Não ocorrência - Pena de demissão - Processo administrativo disciplinar - **Servidor público**. RMS n. 44.619 - SC. RSTJ 234/126.
- Pn Prescrição da pretensão punitiva - **Crime de lesão corporal praticado contra namorada** - Extinção da punibilidade - Lei Maria da Penha - Incidência. REsp n. 1.416.580 - RJ. RSTJ 234/594.
- Adm Princípio da igualdade - Ofensa - Não ocorrência - Curso de formação de sargentos - Seleção - Requisitos - Diferenciação entre sexos - Direito líquido e certo - Ausência - **Militar**. RMS n. 44.576 - MS. RSTJ 234/222.

- PrCv Princípio da isonomia tributária - Ofensa - Não ocorrência - Crédito tributário - Parcelamento - **Execução fiscal** - Lei n. 11.941/2009, arts. 10 e 11, 2ª parte - Constitucionalidade. AI no REsp n. 1.266.318 - RN. RSTJ 234/37.
- Trbt Princípio da razoabilidade - Aplicabilidade - Benefício fiscal - Ex Tarifário - Concessão - **Imposto de Importação (II)** - Mercadoria sem similar nacional. REsp n. 1.174.811 - SP. RSTJ 234/130.
- Pv Princípio do paralelismo das formas - Inaplicabilidade - **Benefício previdenciário** - Suspensão - Cancelamento. REsp n. 1.429.976 - CE. RSTJ 234/230.
- PrPn **Prisão preventiva** - Revogação - Constrangimento ilegal - Ocorrência - Garantia da ordem pública. HC n. 246.188 - PA. RSTJ 234/640.
- Adm Processo administrativo disciplinar - Pena de demissão - Prescrição - Não ocorrência - **Servidor público**. RMS n. 44.619 - SC. RSTJ 234/126.
- Adm Processo administrativo disciplinar - Excesso de prazo - Nulidade - Não caracterização - **Servidor público**. RMS n. 31.798 - PE. RSTJ 234/111.
- Adm **Processo disciplinar** - Aposentadoria compulsória - Magistrado - Conduta incompatível com a dignidade da função. RMS n. 36.325 - ES. RSTJ 234/200.
- Trbt **Programa de Integração Social (PIS)** - Regime de apuração - Variação cambial de direitos de crédito - Operação de *swap* com finalidade de *hedge*. REsp n. 1.235.220 - PR. RSTJ 234/156.
- Pn Pronúncia - Excesso de linguagem - **Crime de homicídio** - Crime de lesão corporal. REsp n. 1.401.083 - SC. RSTJ 234/582.
- Cv **Propriedade industrial** - Alteração conceitual da marca - Marca - Licença de uso. REsp n. 1.387.244 - DF. RSTJ 234/332.
- Cv **Propriedade industrial** - Grupo musical - Designação por título genérico - Lei n. 9.279/1996, art. 122 - Registro como marca - Possibilidade. REsp n. 678.497 - RJ. RSTJ 234/373.
- Cm Prova de efetiva confusão do consumidor - Desnecessidade - Lei n. 9.279/1996, art. 124, XIX - Violação - **Marca** - Colidência. REsp n. 1.342.955 - RS. RSTJ 234/317.
- PrCv Prova escrita sem eficácia de título executivo - **Ação monitória** - Documentos não aptos para a demonstração da existência de dívida. REsp n. 866.205 - RN. RSTJ 234/289.
- Pn Provas requeridas pela defesa - Indeferimento - Motivação idônea - **Crime de extorsão mediante sequestro**. HC n. 215.687 - SC. RSTJ 234/629.

**Q**

- Cv Queixa-crime - Ofensa à honra - Ausência - Dano moral - Inexistência - **Responsabilidade civil** - Não cabimento. REsp n. 1.306.443 - SP. RSTJ 234/436.

**R**

- Adm Recondução ao cargo anterior - Possibilidade - Estágio probatório em outro cargo público - Regime jurídico distinto - **Servidor público federal estável**. MS n. 12.576 - DF. RSTJ 234/503.
- Cv **Recuperação judicial** - Fase de verificação de créditos - Apresentação de habilitações - Lei n. 11.101/2005 - Patrono dos credores - Intimação - Desnecessidade. REsp n. 1.163.143 - SP. RSTJ 234/299.
- Trbt Regime de apuração - **Programa de Integração Social (PIS)** - Variação cambial de direitos de crédito - Operação de *swap* com finalidade de *hedge*. REsp n. 1.235.220 - PR. RSTJ 234/156.
- Adm Regime jurídico distinto - Estágio probatório em outro cargo público - Recondução ao cargo anterior - Possibilidade - **Servidor público federal estável**. MS n. 12.576 - DF. RSTJ 234/503.
- Cv Registro como marca - Possibilidade - Grupo musical - Designação por título genérico - Lei n. 9.279/1996, art. 122 - **Propriedade industrial**. REsp n. 678.497 - RJ. RSTJ 234/373.
- Pn Reincidência específica - **Ato infracional** - Crime de tráfico de entorpecente - Equiparação - Medida socioeducativa de internação - Cabimento. HC n. 287.283 - SP. RSTJ 234/663.
- Cv **Responsabilidade civil** - Compra pela *internet* - Presente de Natal - Mercadoria não entregue - Dano moral - Não cabimento - Direito de personalidade - Violação - Não comprovação. REsp n. 1.399.931 - MG. RSTJ 234/344.
- Cv **Responsabilidade civil** - Dano ambiental - Vazamento de amônia em rio. REsp n. 1.354.536 - SE. RSTJ 234/260.
- Cv **Responsabilidade civil** - Instituição financeira - Cadastro de inadimplentes - Inscrição indevida - CDC, art. 27 - Aplicabilidade - Fato do serviço - Caracterização - Prescrição - Não ocorrência - Talonário de cheques indevidamente entregue a terceiro. REsp n. 1.254.883 - PR. RSTJ 234/306.
- Cv **Responsabilidade civil** - Não cabimento - Dano moral - Inexistência - Queixa-crime - Ofensa à honra - Ausência. REsp n. 1.306.443 - SP. RSTJ 234/436.

Pv Restituição dos valores percebidos - Não cabimento - **Desaposentação previdenciária**. EDcl nos EDcl no AgRg no AREsp n. 69.276 - RS. RSTJ 234/533.

**S**

PrCv Sentença - Trânsito em julgado - Não ocorrência - **Ação rescisória** - Interesse processual - Ausência. AgRg no AREsp n. 359.300 - PR. RSTJ 234/187.

PrPn **Sequestro de bem móvel** - Aeronave - Desconstituição - CP, art. 91, II, b - CPP, art. 133, parágrafo único. REsp n. 1.299.987 - RJ. RSTJ 234/560.

Trbt Serviços preparatórios ao de comunicação - CTN, art. 166 - Inaplicabilidade - Depósito administrativo - Devolução - Necessidade - **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)**. REsp n. 1.377.781 - MG. RSTJ 234/165.

Adm **Servidor público** - Nulidade - Não caracterização - Processo administrativo disciplinar - Excesso de prazo. RMS n. 31.798 - PE. RSTJ 234/111.

Adm **Servidor público** - Pena de demissão - Prescrição - Não ocorrência - Processo administrativo disciplinar. RMS n. 44.619 - SC. RSTJ 234/126.

Adm **Servidor público estadual** - Médico - Direito líquido e certo - Ausência - Vencimento - Jornada de trabalho. RMS n. 32.322 - SC. RSTJ 234/121.

Adm **Servidor público federal estável** - Estágio probatório em outro cargo público - Recondição ao cargo anterior - Possibilidade - Regime jurídico distinto. MS n. 12.576 - DF. RSTJ 234/503.

PrCv Súmula n. 392-STJ - Violação - Não ocorrência - CPC, art.284 - **Execução fiscal** - Lei n. 6.830/1980, art. 2º, § 8º - Pessoa jurídica - Falência decretada - Polo passivo da demanda - Correção - Possibilidade. REsp n. 1.372.243 - SE. RSTJ 234/83.

PrCv **Suspensão de liminar e de sentença** - Deferimento - Grave lesão à ordem e saúde públicas - Configuração - Política pública preventiva da Agência Nacional de Saúde Suplementar. AgRg na SLS n. 1.807 - RJ. RSTJ 234/19.

PrCv **Suspensão de liminar e de sentença** - Indeferimento - Grave lesão à ordem pública - Inexistência - Prefeito - Afastamento do cargo. AgRg na SLS n. 1.854 - ES. RSTJ 234/28.

**T**

Cv Talonário de cheques indevidamente entregue a terceiro - Cadastro de inadimplentes - Inscrição indevida - CDC, art. 27 - Aplicabilidade - Fato do

serviço - Caracterização - Prescrição - Não ocorrência - **Responsabilidade civil** - Instituição financeira. REsp n. 1.254.883 - PR. RSTJ 234/306.

Pn Transporte da droga em táxi - Causa de aumento de pena - Não incidência - **Crime de tráfico de entorpecente**. REsp n. 1.345.827 - AC. RSTJ 234/573.

## U

Pn Uso de arma de fogo - Conduta típica - **Crime de roubo** - Roubo de uso. REsp n. 1.323.275 - GO. RSTJ 234/567.

PrCv Uso não autorizado de nome - **Ação indenizatória** - Divulgação do evento na *internet* - Foro competente - Domicílio do titular do direito violado. REsp n. 1.347.097 - SE. RSTJ 234/329.

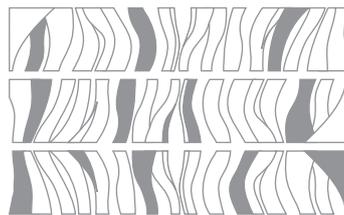
## V

Trbt Variação cambial de direitos de crédito - Operação de *swap* com finalidade de *hedge* - **Programa de Integração Social (PIS)** - Regime de apuração. REsp n. 1.235.220 - PR. RSTJ 234/156.

Cv Vazamento de amônia em rio - Dano ambiental - **Responsabilidade civil**. REsp n. 1.354.536 - SE. RSTJ 234/260.

Adm Vencimento - Jornada de trabalho - Direito líquido e certo - Ausência - **Servidor público estadual** - Médico. RMS n. 32.322 - SC. RSTJ 234/121.

PrCv Violação a literal disposição de lei - **Ação rescisória** - Improcedência. AR n. 4.315 - MA. RSTJ 234/63.



---

## Índice Sistemático



#### **AÇÃO RESCISÓRIA - AR**

4.315-MA ..... Rel. Min. Ari Pargendler.....RSTJ 234/63.

#### **AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA - AgRg na SLS**

1.807-RJ ..... Rel. Min. Presidente do STJ .....RSTJ 234/19.

1.854-ES ..... Rel. Min. Presidente do STJ .....RSTJ 234/28.

#### **AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AgRg no AREsp**

359.300-PR..... Rel. Min. Og Fernandes.....RSTJ 234/187.

463.511-SE ..... Rel. Min. Mauro Campbell Marques ..... RSTJ 234/195.

#### **ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO RECURSO ESPECIAL - AI no REsp**

1.266.318-RN ..... Rel. Min. Sidnei Beneti.....RSTJ 234/37.

#### **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - EDcl nos EDcl no AgRg no AREsp**

69.276-RS ..... Rel. Min. Moura Ribeiro.....RSTJ 234/533.

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP - EREsp**

1.030.597-MG ..... Rel. Min. Mauro Campbell Marques ..... RSTJ 234/73.

**HABEAS CORPUS - HC**

175.233-RS ..... Rel. Min. Jorge Mussi ..... RSTJ 234/540.  
 198.023-RS ..... Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura..... RSTJ 234/613.  
 215.687-SC ..... Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura..... RSTJ 234/629.  
 246.188-PA ..... Rel. Min. Sebastião Reis Júnior..... RSTJ 234/640.  
 251.132-RS ..... Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze ..... RSTJ 234/550.  
 287.283-SP..... Rel. Min. Marilza Maynard\* ..... RSTJ 234/663.

**MANDADO DE SEGURANÇA - MS**

12.576-DF..... Rel. Min. Sebastião Reis Júnior..... RSTJ 234/503.

**RECURSO EM HABEAS CORPUS - RHC**

35.255-SP..... Rel. Min. Marilza Maynard\* ..... RSTJ 234/673.  
 39.627-RJ ..... Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz ..... RSTJ 234/691.

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA - RMS**

31.798-PE ..... Rel. Min. Sérgio Kukina ..... RSTJ 234/111.  
 32.322-SC ..... Rel. Min. Sérgio Kukina ..... RSTJ 234/121.  
 36.325-ES ..... Rel. Min. Herman Benjamin ..... RSTJ 234/200.  
 44.576-MS ..... Rel. Min. Humberto Martins..... RSTJ 234/222.  
 44.619-SC ..... Rel. Min. Benedito Gonçalves ..... RSTJ 234/126.

**RECURSO ESPECIAL - REsp**

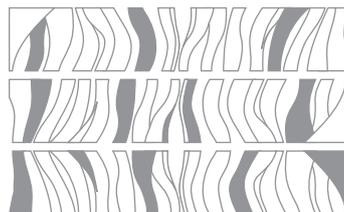
678.497-RJ ..... Rel. Min. Raul Araújo ..... RSTJ 234/373.  
 698.234-MT..... Rel. Min. Raul Araújo ..... RSTJ 234/383.  
 855.578-DF..... Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira ..... RSTJ 234/392.  
 866.205-RN ..... Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva ..... RSTJ 234/289.  
 949.360-RN ..... Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira ..... RSTJ 234/402.  
 1.163.143-SP..... Rel. Min. João Otávio de Noronha ..... RSTJ 234/299.  
 1.174.811-SP..... Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima..... RSTJ 234/130.  
 1.192.332-RS ..... Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho ..... RSTJ 234/143.  
 1.235.220-PR..... Rel. Min. Benedito Gonçalves ..... RSTJ 234/156.  
 1.254.883-PR..... Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino ..... RSTJ 234/306.  
 1.258.389-PB ..... Rel. Min. Luis Felipe Salomão..... RSTJ 234/419.  
 1.286.745-RJ ..... Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva ..... RSTJ 234/311.  
 1.299.987-RJ ..... Rel. Min. Jorge Mussi ..... RSTJ 234/560.  
 1.303.777-DF..... Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz ..... RSTJ 234/703.  
 1.306.443-SP..... Rel. Min. Maria Isabel Gallotti..... RSTJ 234/436.

1.312.651-SP.....	Rel. Min. Marco Buzzi.....	RSTJ 234/479.
1.323.275-GO.....	Rel. Min. Laurita Vaz.....	RSTJ 234/567.
1.333.977-MT.....	Rel. Min. Maria Isabel Gallotti.....	RSTJ 234/247.
1.338.091-MS.....	Rel. Min. Marco Buzzi.....	RSTJ 234/489.
1.342.955-RS.....	Rel. Min. Nancy Andrighi.....	RSTJ 234/317.
1.345.827-AC.....	Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze.....	RSTJ 234/573.
1.347.097-SE.....	Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino.....	RSTJ 234/329.
1.354.536-SE.....	Rel. Min. Luis Felipe Salomão.....	RSTJ 234/260.
1.372.243-SE.....	Rel. Min. Og Fernandes.....	RSTJ 234/83.
1.377.781-MG.....	Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho.....	RSTJ 234/165.
1.387.244-DF.....	Rel. Min. João Otávio de Noronha.....	RSTJ 234/332.
1.399.931-MG.....	Rel. Min. Sidnei Beneti.....	RSTJ 234/344.
1.401.083-SC.....	Rel. Min. Moura Ribeiro.....	RSTJ 234/582.
1.415.108-RJ.....	Rel. Min. Ari Pargendler.....	RSTJ 234/181.
1.416.580-RJ.....	Rel. Min. Laurita Vaz.....	RSTJ 234/594.
1.424.304-SP.....	Rel. Min. Nancy Andrighi.....	RSTJ 234/347.
1.429.976-CE.....	Rel. Min. Humberto Martins.....	RSTJ 234/230.
1.434.713-SC.....	Rel. Min. Herman Benjamin.....	RSTJ 234/237.

---

\* Desembargador(a) convocado(a)





---

## **Siglas e Abreviaturas**



AC	Apelação Cível
Adm	Administrativo
Ag	Agravo de Instrumento
AgRg	Agravo Regimental
AI	Arguição 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
El	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

## SIGLAS E ABREVIATURAS

---

LCP	Lei das Contravenções Penais
Loman	Lei Orgânica da Magistratura
LONMP	Lei Orgânica Nacional do Ministério Público
MC	Medida Cautelar
MC	Ministério das Comunicações
MI	Mandado de Injunção
MS	Mandado de Segurança
NC	Notícia-Crime
PA	Processo Administrativo
Pet	Petição
PExt	Pedido de Extensão
Pn	Penal
Prc	Precatório
PrCv	Processual Civil
PrPn	Processual Penal
Pv	Previdenciário
QO	Questão de Ordem
R	Revista do Superior Tribunal de Justiça
Rcl	Reclamação
RD	Reconsideração de Despacho
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
RHC	Recurso em <i>Habeas Corpus</i>
RHD	Recurso em <i>Habeas Data</i>
RMI	Recurso em Mandado de Injunção
RMS	Recurso em Mandado de Segurança
RO	Recurso Ordinário
Rp	Representação
RSTJ	Revista do Superior Tribunal de Justiça
RvCr	Revisão Criminal

## 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 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 11.12.2012 - DJe 13.12.2012.
02. Revista de Direito Administrativo - editada pela Editora Renovar Ltda. - Portaria n. 2 de 19.08.1985 - DJ 21.08.1985 - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 05.09.2007 - DJ 19.09.2007.
03. Revista LTr - Legislação do Trabalho - editada pela LTr Editora Ltda. - Portaria n. 5 de 26.08.1985 - DJ 28.08.1985 - **Registro revalidado** - Edital de 20.10.1989 - DJ 24.10.1989 - **Registro alterado** - Portaria n. 5 de 22.11.2011 - DJe de 23.11.2011.
04. Jurisprudência Brasileira Cível e Comércio - editada pela Juruá Editora Ltda. - Portaria n. 6 de 09.09.1985 - DJ 12.09.1985 - **Registro cancelado** - Portaria n. 1, de 09.02.2006 - DJ 15.02.2006.
05. Julgados dos Tribunais Superiores - editada pela Editora Jurid Vellenich Ltda. - Portaria n. 7 de 06.11.1987 - DJ 10.11.1987 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 06.03.2001 - DJ 09.03.2001.
06. Revista de Doutrina e Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios - Portaria n. 1 de 29.11.1989 - DJ 1º.12.1989 - **Registro alterado/retificado** - Portaria n. 3 de 19.06.2002 - DJ de 25.06.2002.
07. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - Portaria n. 1 de 08.02.1990 - DJ 12.02.1990 - **Registro alterado** - Portaria n. 3 de 19.03.2010 - DJe 22.03.2010.
08. Revista Jurídica Mineira - Portaria n. 3 de 02.04.1990 - DJ 04.04.1990 - **Registro cancelado** - Portaria n. 4 de 13.05.1999 - DJ 04.06.1999.
09. Revista Jurídica - de responsabilidade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. (anteriormente editada pela Notadez Informações Ltda.) - Portaria n. 4 de 02.04.1990 - DJ 04.04.1990.
10. Julgados do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul - Portaria n. 5 de 02.05.1990 - DJ 09.05.1990 - **Registro cancelado** - Portaria n. 8 de 16.11.2000 - DJ 24.11.2000.
11. Revista de Processo - editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda. - Portaria n. 6 de 31.05.1990 - DJ 06.06.1990.
12. Revista de Direito Civil - editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda. - Portaria n. 7 de 31.05.1990 - DJ 06.06.1990 - **Registro cancelado** - Portaria n. 4 de 06.06.2000 - DJ 09.06.2000.
13. Revista dos Tribunais - editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda. - Portaria n. 8 de 31.05.1990 - DJ 06.06.1990.

14. Revista de Direito Público - editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda. - Portaria n. 9 de 31.05.1990 - DJ 06.06.1990 - **Registro cancelado** - Portaria n. 5 de 11.06.2001 - DJ 19.06.2001.
15. Revista Ciência Jurídica - editada pela Editora Ciência Jurídica Ltda. - Portaria n. 10 de 21.08.1990 - DJ 24.08.1990 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 04.07.2003 - DJ 14.07.2003.
16. Revista Jurisprudência Mineira - editada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - Portaria n. 12 de 10.09.1990 - DJ 12.09.1990.
17. Revista de Julgados do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais - Portaria n. 13, de 17.12.1990 - DJ 19.12.1990 - **Registro cancelado** - Portaria n. 10 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.
18. Jurisprudência Catarinense - editada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina - Portaria n. 1 de 22.05.1991 - DJ 27.05.1991.
19. Revista SÍNTESE Trabalhista e Previdenciária - editada pela IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 3, de 16.09.1991 - DJ 20.09.1991 - **Registro retificado** - Portaria n. 9 de 22.11.2006 - DJ 11.12.2006 - **Registro retificado e ratificado** - Portaria n. 8 de 25.10.2010 - DJe 28.10.2010.
20. Lex - Jurisprudência dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo - editada pela Lex Editora S.A. - Portaria n. 1, de 10.03.1992 - DJ 13.03.1992 - **Registro cancelado** - Portaria n. 6 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.
21. Jurisprudência do Tribunal de Justiça - editada pela Lex Editora S.A. - Portaria n. 2 de 10.03.1992 - DJ 13.03.1992 - **Registro retificado** - Portaria n. 9 de 16.11.2000 - DJ 24.11.2000 - **Registro cancelado** - Portaria n. 4 de 29.10.2013 - DJe de 05.11.2013.
22. Lex - Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - editada pela Lex Editora S.A. - Portaria n. 3 de 10.03.1992 - DJ 13.03.1992 - **Registro cancelado** - Portaria n. 3 de 11.12.2012 - DJe 13.12.2012.
23. Revista de Previdência Social - editada pela LTr Editora Ltda. - Portaria n. 4 de 20.04.1992 - DJ 24.04.1992.
24. Revista Forense - editada pela Editora Forense - Portaria n. 5 de 22.06.1992 - DJ 06.07.1992 - **Registro cancelado** - Portaria n. 8 de 22.11.2011 - DJe de 23.11.2011.
25. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados - editada pela Editora 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 - **Registro cancelado** - Portaria n. 02 de 28.06.2013 - DJe 1º.07.2013.
32. Revista de Julgados e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo - Portaria n. 1 de 18.12.1995 - DJ 20.12.1995 - **Registro cancelado** - Portaria n. 5 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.
33. Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região - editada pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região - Portaria n. 1, de 11.04.1996 - DJ 22.04.1996 - **Registro cancelado** - Portaria n. 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 - **Registro alterado** - Portaria n. 5 de 28.11.2013 - DJe 29.11.2013.
56. Revista Bonijuris - versão impressa - co-editada pelo Instituto de Pesquisas Jurídicas Bonijuris, Associação dos Magistrados do Paraná (Amapar), Associação dos Magistrados Catarinense (AMC) e Associação dos Magistrados do Trabalho IX e XII (Amatra) - Portaria n. 2 de 18.10.2005 - DJ 27.10.2005.
57. Revista Juris Plenum Trabalhista e Previdenciária - editada pela Editora Plenum Ltda. - Portaria n. 3 de 16.12.2005 - DJ 08.02.2006 - **Registro cancelado** - Portaria n. 9 de 12.12.2011 - DJe 14.12.2011.
58. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal - editada pela Editora Magister Ltda. - Portaria n. 4 de 02.08.2006 - DJ 09.08.2006.
59. CD-ROM - Jur Magister - editado pela Editora Magister Ltda. - Portaria n. 5 de 09.08.2006 - DJ 15.08.2006 - **Registro cancelado** - Portaria n. 6 de 11.12.2013 - DJe 12.12.2013.
60. DVD - Magister - editado pela Editora Magister Ltda. - Portaria n. 6, de 09.08.2006 - DJ 15.08.2006.
61. Revista Previdenciária e Trabalhista Gazetajuris - editada pela Editora Portal Jurídico Ltda. - Portaria n. 7 de 09.08.2006 - DJ 15.08.2006 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.
62. CD-ROM - Gazetajuris - editado pela Editora Portal Jurídico Ltda. - Portaria n. 8 de 02.10.2006 - DJ 04.10.2006 - **Registro cancelado** - Portaria n. 6 de 12.11.2008 - DJe 17.11.2008.
63. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil - editada pela Editora Magister Ltda. - Portaria n. 1 de 1º.02.2008 - DJ 11.02.2008.
64. Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas - editada pela Editora Magister Ltda. - Portaria n. 2 de 1º.02.2008 - DJ 11.02.2008.
65. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões - editada pela Editora Magister Ltda. - Portaria n. 4 de 10.10.2008 - DJe 15.10.2008.
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/](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/](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](http://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.

78. Portal da Rede Mundial de Computadores - endereço eletrônico: <https://coad.com.br/juridico> - produto “COAD/ADV/CT - Advocacia Dinâmica e Consultoria Trabalhista”, de propriedade da Atualização Profissional COAD Ltda. - Portaria n. 1, de 28.02.2013 - DJe 04.03.2013 - **Registro cancelado** - Portaria n. 3 de 03.10.2013 - DJe de 07.10.2013.



**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*