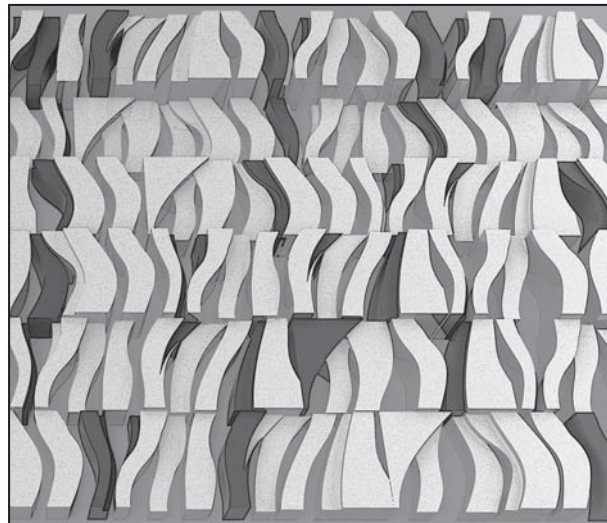


REVISTA

SUPERIOR
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA



PUBLICAÇÃO OFICIAL

REVISTA

SUPERIOR
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA

VOLUME 251

ANO 30

JULHO/AGOSTO/SETEMBRO 2018

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete do Ministro Diretor da Revista

Diretor

Ministro Mauro Campbell Marques

Chefe de Gabinete

Fernanda Teotonia Vale Carvalho

Servidores

Gerson Prado da Silva

Hekelson Bitencourt Viana da Costa

Maria Angélica Neves Sant'Ana

Marilisa Gomes do Amaral

Técnico em Secretariado

Ruthe Wanessa Cardoso de Souza

Mensageiro

Francisco Rondinely Ferreira da Cruz

Superior Tribunal de Justiça

www.stj.jus.br, revista@stj.jus.br

Gabinete do Ministro Diretor da Revista

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

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

Telefone (61) 3319-8055

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

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

Disponível também em versão eletrônica 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

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES

Diretor

SUPERIOR
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Plenário

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

Ministra **Maria Thereza Rocha de Assis Moura** (*Vice-Presidente*)

Ministro **Felix Fischer**

Ministro **Francisco Cândido de Melo Falcão** Neto

Ministra **Fátima Nancy Andrichi**

Ministra **Laurita Hilário Vaz**

Ministro **Humberto Eustáquio Soares Martins** (*Corregedor Nacional de Justiça*)

Ministro Antonio **Herman** de Vasconcellos e **Benjamin** (*Diretor-Geral da ENFAM*)

Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho**

Ministro **Jorge Mussi**

Ministro Geraldo **Og Nicéas Marques Fernandes**

Ministro **Luis Felipe Salomão**

Ministro **Mauro Luiz Campbell Marques** (*Diretor da Revista*)

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** (*Ouvidor*)

Ministro **Marco Aurélio Bellizze** Oliveira

Ministra **Assusete Dumont Reis Magalhães**

Ministro **Sérgio Luiz Kukina**

Ministro Paulo Dias de **Moura Ribeiro**

Ministra **Regina Helena Costa**

Ministro **Rogério Schietti Machado Cruz**

Ministro **Nefi Cordeiro**

Ministro Luiz Alberto **Gurgel de Faria**

Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**

Ministro Marcelo Navarro **Ribeiro Dantas**

Ministro **Antonio Saldanha Palheiro**

Ministro **Joel Ilan Paciornik**

Resolução n. 19/1995-STJ, art. 3º.

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

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

Ministro **João Otávio de Noronha** (*Presidente*)
Ministra **Maria Thereza de Assis Moura** (*Vice-Presidente*)
Ministro **Felix Fischer**
Ministro **Francisco Falcão**
Ministra **Nancy Andrighi**
Ministra **Laurita Vaz**
Ministro **Humberto Martins**
Ministro **Herman Benjamin**
Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho**
Ministro **Jorge Mussi**
Ministro **Og Fernandes**
Ministro **Luis Felipe Salomão**
Ministro **Mauro Campbell Marques**
Ministro **Benedito Gonçalves**
Ministro **Raul Araújo**

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

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

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

Ministra **Regina Helena Costa** (*Presidente*)
Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho**
Ministro **Benedito Gonçalves**
Ministro **Sérgio Kukina**
Ministro **Gurgel de Faria**

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

Ministro **Francisco Falcão** (*Presidente*)

Ministro **Herman Benjamin**

Ministro **Og Fernandes**

Ministro **Mauro Campbell Marques**

Ministra **Assusete Magalhães**

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

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

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

Ministro **Moura Ribeiro** (*Presidente*)

Ministra **Nancy Andrichi**

Ministro **Paulo de Tarso Sanseverino**

Ministro **Villas Bóas Cueva**

Ministro **Marco Aurélio Bellizze**

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

Ministro **Antonio Carlos Ferreira** (*Presidente*)

Ministro **Luis Felipe Salomão**

Ministro **Raul Araújo**

Ministra **Isabel Gallotti**

Ministro **Marco Buzzi**

Ministro **José Lázaro Alfredo Guimarães** *

* Desembargador Convocado (TRF da 5ª Região)

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

Ministro **Rogério Schietti Cruz** (*Presidente*)

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

Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca** (*Presidente*)

Ministro **Felix Fischer**

Ministro **Jorge Mussi**

Ministro **Ribeiro Dantas**

Ministro **Joel Ilan Paciornik**

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

Ministro **Nefi Cordeiro** (*Presidente*)

Ministra **Laurita Vaz**

Ministro **Sebastião Reis Júnior**

Ministro **Rogério Schietti Cruz**

Ministro **Antonio Saldanha Palheiro**

COMISSÕES PERMANENTES

COMISSÃO DE COORDENAÇÃO

Ministro **Marco Buzzi** (*Presidente*)

Ministra **Regina Helena Costa**

Ministro **Nefi Cordeiro**

Ministro **Ribeiro Dantas** (*Suplente*)

COMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO

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

Ministro **Antonio Carlos Ferreira**

Ministro **Antonio Saldanha Palheiro**

Ministro **Joel Ilan Paciornik** (*Suplente*)

COMISSÃO DE REGIMENTO INTERNO

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

Ministra **Isabel Gallotti**

Ministro **Sérgio Kukina**

Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**

Ministro **Moura Ribeiro**

Ministro **Nefi Cordeiro**

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

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

Ministro **Benedito Gonçalves**

Ministro **Villas Bôas Cueva**

Ministro **Sebastião Reis Júnior**

Ministro **Marco Aurélio Bellizze**

Ministro **Gurgel de Faria**

COMISSÃO GESTORA DE PRECEDENTES

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

Ministra **Assusete Magalhães**

Ministro **Rogério Schietti Cruz**

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

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

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

Ministra **Maria Thereza Rocha de Assis Moura** (*Corregedora-Geral da Justiça Federal*)

Membros Efetivos

Ministro **Paulo de Tarso Sanseverino**

Ministra **Isabel Gallotti**

Membros Suplentes

Ministro **Antonio Carlos Ferreira**

Ministro **Villas Bôas Cueva**

Ministro **Sebastião Reis Júnior**

ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS - ENFAM

Ministro **Herman Benjamin** (*Diretor-Geral*)

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

Ministro **Raul Araújo** (*Diretor do CEJ/CJF*)

Ministro **Luis Felipe Salomão**

Ministro **Mauro Campbell Marques**

MEMBROS DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

Ministro **Jorge Mussi** (*Corregedor-Geral*)

Ministro **Og Fernandes** (*Efetivo*)

Ministro **Luis Felipe Salomão** (*1º Substituto*)

Ministro **Mauro Campbell Marques** (*2º Substituto*)



SUMÁRIO

JURISPRUDÊNCIA

TOMO 1

CORTE ESPECIAL 23

ARE no RE no AgInt nos EDcl no REsp n. 1.117.523 - SP - Rel. Min. Humberto Martins 25

Agravo em Recurso Extraordinário - Erro grave - Princípio da fungibilidade - Não incidência.

AgInt nos EAREsp n. 993.883 - RJ - Rel. Min. Humberto Martins 30

CPC/2015, art. 1.003, § 6º - Feriado local - Comprovação posterior - Impossibilidade - Tempestividade recursal.

EREsp n. 1.378.938 - SP - Rel. Min. Benedito Gonçalves 36

Ação civil pública - Direito transindividual do consumidor - Legitimidade ativa *ad causam* - Ministério Público.

Inq n. 1.107 - DF - Rel. Min. Francisco Falcão 44

Inquérito - Arquivamento - Crime de apropriação indébita previdenciária - Crime de sonegação de contribuição previdenciária.

REsp n. 1.648.238 - RS - Rel. Min. Gurgel de Faria 48

Súmula n. 345-STJ - Incidência - Ação coletiva contra a Fazenda Pública - Cumprimento de sentença - Honorários advocatícios.

PRIMEIRA SEÇÃO 65

AgInt na ExeMS n. 23.200 - DF - Rel. Min. Presidente da Primeira Seção 67

Procedimento executivo - Sobrestamento - Não ocorrência.

REsp n. 1.412.433 - RS - Rel. Min. Herman Benjamin.....	75
Corte administrativo do serviço - Critérios - Energia elétrica - Fornecimento - Medidor de consumo - Fraude.	
REsp n. 1.657.156 - RJ - Rel. Min. Benedito Gonçalves.....	118
Direito à saúde - Fornecimento de medicamentos não constantes dos atos normativos do SUS.	

PRIMEIRA TURMA 189

AgInt no AREsp n. 981.381 - SP - Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho	191
Improbidade administrativa - Ação civil pública - Competência - Justiça Federal.	
AgInt no AREsp n. 1.063.319 - SP - Rel. Min. Regina Helena Costa	196
Indenização - Dano moral - Hospital público - Paciente - Queda da maca - Falecimento - Responsabilidade civil do Estado.	
AgInt no RMS n. 48.925 - SP - Rel. Min. Regina Helena Costa	209
Princípio da legalidade - Auditor Fiscal do Estado de São Paulo - Colaboração premiada - Benefícios - Extensão ao processo administrativo disciplinar - Impossibilidade - Demissão - Processo administrativo disciplinar.	
AgRg no AREsp n. 100.038 - MG - Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho.....	221
CPC/1973, art. 535 - Violação - Não ocorrência - Omissão - Não caracterização.	
RMS n. 43.044 - DF - Rel. Min. Sérgio Kukina	224
Servidor público - Acumulação de cargos - Não cabimento - CF/1988, art. 37, XVI.	
RMS n. 48.388 - SC - Rel. Min. Sérgio Kukina.....	236
Servidora pública estadual - Estágio probatório - Lei n. 6.745/1985(SC) - Licença à gestante - Regime jurídico próprio.	
REsp n. 1.452.798 - RJ - Rel. Min. Gurgel de Faria	256
<i>City gates</i> - Lei n. 12.734/2012 - Eficácia retroativa - Inexistência - Municípios - Instalações de embarque e desembarque de gás natural - Petróleo - <i>Royalties</i> .	

SEGUNDA TURMA 289

AgInt no REsp n. 1.701.900 - RJ - Rel. Min. Og Fernandes	291
Intervenção do Estado na ordem econômica - Limites - Atividade de praticagem.	
AgInt no RMS n. 42.040 - PR - Rel. Min. Assusete Magalhães	303
Princípio da dialeticidade - Observância - Necessidade - Fundamento do acórdão recorrido - Impugnação específica - Ausência - Recurso em mandado de segurança.	
REsp n. 1.129.750 - SC - Rel. Min. Assusete Magalhães.....	325
Reexame de provas - Impossibilidade - Cofins - Interpretação de cláusulas contratuais - Não cabimento.	
REsp n. 1.616.359 - RJ - Rel. Min. Og Fernandes	350
Decreto-Lei n. 73/1966 - Mercado privado de seguros - Poder fiscalizatório da Superintendência de Seguros Privados.	
REsp n. 1.687.381 - DF - Rel. Min. Francisco Falcão.....	376
Editais de chamamento - Nulidade - Ausência - Licitação - Princípios da Administração Pública preservados - Programa Minha Casa Minha Vida.	
REsp n. 1.722.488 - SC - Rel. Min. Mauro Campbell Marques	394
Mineração de carvão - Área degradada - Recuperação ambiental - Responsabilidade solidária.	

SEGUNDA SEÇÃO 401

EREsp n. 1.290.283 - GO - Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze.....	403
Apelação - Acórdão unânime - CPC/1973, art. 530 - Embargos de declaração - Rejeição por maioria de votos - Embargos de divergência em recurso especial - Provimento - Embargos infringentes - Cabimento.	
EREsp n. 1.623.858 - MG - Rel. Min. Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região).....	416
Casamento contraído sob causa suspensiva - Bens adquiridos onerosamente - CC/1916, art. 258, II - CC/2002, art. 1.641, II - Esforço comum - Comprovação - Necessidade - Partilha - Separação obrigatória de bens - União estável.	

TERCEIRA TURMA 441

REsp n. 1.322.964 - RS - Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva	443
Consumidor - Falecimento - Dano moral - Fabricante de cigarros - Responsabilidade civil - Não caracterização.	
REsp n. 1.527.157 - PR - Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino	466
Parte ilegítima - Citação válida - Prescrição.	
REsp n. 1.539.689 - DF - Rel. Min. Moura Ribeiro	490
Energia elétrica - Interrupção de fornecimento - Indenização securitária - Juros moratórios - Termo inicial.	
REsp n. 1.637.369 - DF - Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva.....	523
Ação indenizatória - Contestação - Intempestividade - CPC/1973, art. 70, III - Denúnciação à lide - Pressupostos - Ausência.	
REsp n. 1.641.868 - SP - Rel. Min. Moura Ribeiro	534
Energia elétrica - Comercialização - Negociação preliminar - Rompimento das tratativas - Responsabilidade civil pré-contratual.	
REsp n. 1.652.592 - SP - Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino.....	558
Ação de resolução de contrato de prestação de serviços - CPC/1973, art. 43 - Dissolução regular da pessoa jurídica - Superveniência.	
REsp n. 1.698.730 - SP - Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze	567
Extinção do processo sem julgamento do mérito - Ação cautelar de arresto.	
REsp n. 1.721.711 - RJ - Rel. Min. Nancy Andrichi.....	605
Lei n. 9.279/1996, arts. 40, <i>caput</i> , e 229 - Patente <i>mailbox</i> - Prazo de vigência.	
REsp n. 1.733.468 - MG - Rel. Min. Nancy Andrichi.....	616
Pessoa com deficiência usuária de cadeira de rodas motorizada - Acessibilidade - Ausência - Dano moral - Configuração - Indenização - Redução - Não cabimento - Serviço de transporte público municipal - Falha na prestação - Tratamento discriminatório pelos prepostos da concessionária.	

TOMO 2

QUARTA TURMA..... 631

- AgInt no REsp n. 1.537.498 - AP - Rel. Min. Marco Buzzi 633
Preclusão - Coisa julgada - Exceção de pré-executividade - Execução de título extrajudicial.
- REsp n. 1.412.993 - SP - Rel. Min. Maria Isabel Gallotti..... 663
Previsão legal ou contratual - Ausência - Atraso na entrega da mercadoria - Demora na restituição do valor pago pelo consumidor arrependido - Compra e venda - *Internet* - Multa.
- REsp n. 1.481.888 - SP - Rel. Min. Marco Buzzi 708
Regime de separação de bens - Escritura pública - Partilha de bem imóvel - Impossibilidade - União estável - Dissolução.
- REsp n. 1.602.170 - MT - Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira..... 717
Substabelecimento - Erro material - Defesa - Prejuízo - Ausência.
- REsp n. 1.628.854 - RJ - Rel. Min. Maria Isabel Gallotti 730
Tratamento experimental - Fornecimento de medicamento - Não obrigatoriedade - Lei n. 9.656/1998, art. 10, V - Medicamento - Registro na ANVISA - Ausência - Plano de saúde.
- REsp n. 1.699.528 - MG - Rel. Min. Luis Felipe Salomão 803
CPC/2015 - Lei n. 11.101/2005 - Prazos - Contagem - Recuperação judicial.
- REsp n. 1.714.339 - BA - Rel. Min. Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região)..... 831
Juros de mora - Termo inicial - Ação de rescisão contratual - Sucumbência recíproca - Ocorrência.
- REsp n. 1.729.554 - SP - Rel. Min. Luis Felipe Salomão 861
Requisitos para instauração - CPC/2015, arts. 133 a 137 - Incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

REsp n. 1.731.617 - SP - Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira.....875
Apreciação equitativa - Impossibilidade - CPC/2015, art. 85, § 2º - Honorários
advocatícios - Limites percentuais - Observância.

QUINTA TURMA..... 883

AgRg no REsp n. 1.660.712 - PR - Rel. Min. Felix Fischer885
Cooperação jurídica internacional - Crime de evasão de divisas - Lei de
Introdução às Normas do Direito Brasileiro, arts. 13 e 17 - Lei n. 7.492/1986, art.
22 - Operação Curaçao - Operação Dólar-Cabo - Prova produzida no exterior -
Compartilhamento.

AgRg no REsp n. 1.720.785 - RO - Rel. Min. Ribeiro Dantas924
Execução penal - Fiscalização deficiente - Falha do Poder Público - Interpretação
extensiva *in bonam partem* - Pena - Remição - Trabalho artesanal.

HC n. 345.753 - RJ - Rel. Min. Joel Ilan Paciornik.....930
Busca domiciliar - Autorização do morador - Constrangimento ilegal - Não
ocorrência - Crime de roubo.

HC n. 428.181 - RS - Rel. Min. Ribeiro Dantas940
Crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido - Absolvição - Lei n.
10.826/2003, art. 14.

RHC n. 72.673 - SC - Rel. Min. Jorge Mussi949
Crime de tráfico de entorpecente - Acesso aos depoimentos prestados pelo
corrêu.

RHC n. 83.944 - CE - Rel. Min. Joel Ilan Paciornik955
Denúncia - Inépcia - Não-ocorrência - Chacina da Messejana - Crime de
homicídio qualificado.

RHC n. 90.847 - PI - Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca.....977
Inquérito policial - Trancamento - Crime licitatório - Justa causa - Ausência.

RHC n. 93.090 - PR - Rel. Min. Felix Fischer.....992
Medidas cautelares diversas da prisão - Impossibilidade - Garantia da ordem
pública - Prisão preventiva.

RHC n. 93.978 - SC - Rel. Min. Jorge Mussi 1008

Ação penal - Trancamento - Não cabimento - CP, art. 273, § 1º-B, I - Crime contra a saúde pública - Manter em depósito para distribuição e entrega a consumo produto sem registro no órgão de vigilância sanitária.

RMS n. 45.793 - SC - Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca..... 1018

Assistente da acusação - Habilitação - Ação penal.

SEXTA TURMA 1027

HC n. 403.318 - MG - Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro 1029

Constrangimento ilegal - Configuração - Crime de concussão - Excesso de prazo - Ocorrência - Medida cautelar de monitoramento eletrônico - Prisão preventiva - Substituição.

HC n. 408.593 - SP - Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro..... 1034

Embargos de declaração - Acórdão - Nulidade - Não ocorrência - Omissão - Contradição - Ausência.

REsp n. 1.623.985 - SP - Rel. Min. Nefi Cordeiro..... 1054

Crime de fraude à licitação - Prescrição da pretensão punitiva.

REsp n. 1.673.201 - MG - Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz 1097

Lei n. 11.343/2006, art. 40, III - Crime de tráfico de drogas - Delito nas imediações de estabelecimento de ensino - Majorante - Incidência - Impossibilidade.

REsp n. 1.694.248 - RJ - Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura..... 1104

Medida socioeducativa de liberdade assistida - Extinção - CPC/2015, art. 942 - Decisão não unânime favorável ao menor infrator - Técnica de complementação de julgamento - Não cabimento.

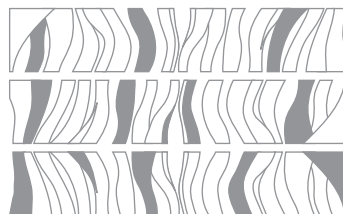
REsp n. 1.695.736 - SP - Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura 1112

Crime de peculato - Configuração - Disponibilidade jurídica do bem - Suficiência.

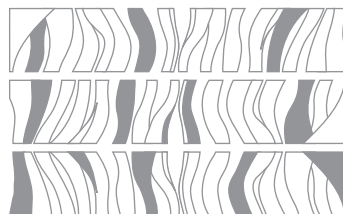
REsp n. 1.710.252 - PE - Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz 1124

Crime transnacional de drogas - Lei n. 11.343/2006, art. 40, I - Majorante - Pena - Aumento.

SÚMULAS	1147
ÍNDICE ANALÍTICO	1151
ÍNDICE SISTEMÁTICO	1171
SIGLAS E ABREVIATURAS	1177
REPOSITÓRIOS AUTORIZADOS E CREDENCIADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	1183



Jurisprudência



Quarta Turma

**AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL N. 1.537.498-AP
(2015/0139141-7)**

Relator: Ministro Marco Buzzi

Agravante: Betral Bento Construções e Comércio Ltda

Advogados: Walter Jose Faiad de Moura e outro(s) - DF017390

Eduardo dos Santos Tavares - DF027421

Sabrina Cardoso Bernardo - DF034199

Otávio Madeira Sales Lima - DF053884

Agravado: Banco do Brasil S/A

Advogados: Joao Carlos de Castro Silva - DF012939

Elinaldo Luz Santana - PA014084

Laudenir da Costa Landim e outro(s) - PA017188A

EMENTA

Agravo interno no recurso especial. Execução de título extrajudicial. Exceção de pré-executividade. Matérias já arguidas em sede de embargos à execução intempestivos. Decisão monocrática que negou provimento ao reclamo.

Insurgência do executado.

1. Inocorrência de negativa de prestação jurisdicional, pois o Tribunal de origem, nos exatos termos determinados por esta Corte Superior no âmbito do AREsp 278.386/AP sanou o vício de omissão apontado, tendo analisado adequadamente a controvérsia acerca da tempestividade da apelação.

2. A reforma do aresto no tocante à alegada intempestividade da apelação, a fim de modificar a conclusão da origem, demandaria, necessariamente, o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que encontra óbice na Súmula n. 7/STJ.

3. Os embargos do devedor foram extintos em razão de sua intempestividade e sobre isso não houve recurso por parte da executada, estando as matérias arguidas naquela impugnação que, em grande parte, coincidem com as aduzidas nessa exceção de pré-

executividade sob o manto da coisa julgada, não podendo ser reeditadas as mesmas questões lá aduzidas agora no âmbito de objeção de pré-executividade, notadamente por não consistirem matérias de ordem pública, porquanto atinentes ao direito disponível e demandarem ampla dilação probatória.

3.1 No caso, o Tribunal de origem consignou, de acordo com os precedentes do STJ, a ocorrência de preclusão quanto ao tema referente ao excesso de execução, uma vez que a matéria encontra-se coberta pela deliberação que considerou intempestivos os embargos do devedor. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que as questões decididas definitivamente não podem ser renovadas, em razão da preclusão. Precedentes.

4. Agravo interno 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, após o voto-*vista* do Ministro Luis Felipe Salomão acompanhando o relator com acréscimo de fundamentação, por unanimidade, *negar* provimento ao agravo interno, nos termos do voto do relator.

Os Srs. Ministros Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Luis Felipe Salomão (*voto-*vista**), Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 12 de junho de 2018 (data do julgamento).

Ministro Antonio Carlos Ferreira, Presidente

Ministro Marco Buzzi, Relator

DJe 1º.8.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Cuida-se de agravo interno interposto por *Betral Bento Construções e Comércio Ltda* em face da decisão monocrática de fls. 1.174-1.186, da lavra deste signatário que, com amparo no art. 932 do NCPC c/c a súmula 568/STJ, *negou* provimento ao recurso especial.

O apelo extremo, fundamentado no artigo 105, inciso III, alíneas “a” e “c” da Constituição Federal, desafiava acórdão proferido em apelação cível pelo Tribunal de Justiça do Estado do Amapá, que deu provimento ao reclamo do Banco do Brasil S/A para reformar a sentença e rejeitar a exceção de pré-executividade.

O acórdão recebeu a seguinte ementa:

Processual Civil. Execução de título extrajudicial. Objeção, de pré-executividade validade de cláusulas contratuais. Matéria de ordem pública. Laudo pericial. Reexame contábil. Dilação probatória. Honorários advocatícios. 1) Consoante o entendimento dos Tribunais Superiores, a exceção de pré-executividade somente é cabível quando atendidos cumulativamente dois requisitos: versar sobre matéria de ordem pública e dispensar qualquer dilação probatória. 2) A validade de cláusulas contratuais deve ser questionada por meio de ação de revisão de contrato ou de embargos à execução, por tratar-se de direito disponível das partes. 3) A necessidade de elaboração de laudo pericial e exame mais aprofundado inviabiliza sua discussão por meio de exceção de pré-executividade. 4) Descabe condenação em honorários advocatícios em exceção de pré-executividade rejeitada. 5) Recurso a que se dá parcial provimento.

Opostos embargos de declaração por ambas as partes (exequente e executada), foram rejeitados pelos acórdãos de fls. 619-624 e 642-647.

Seguiram recursos especiais interpostos por ambas as partes. No reclamo da financeira aduziu violação ao artigo 20 do CPC/73, porquanto o ônus sucumbencial deveria ser aplicado à parte adversa no patamar de R\$ 50.000,00.

Nas razões do recurso especial da executada/excipiente Betral Bento alegou violação aos artigos 535, 471, 473 do CPC, 2º da Lei n. 9.800/99. Sustentou, em síntese: a) negativa de prestação jurisdicional ante a não manifestação da Corte *a quo* acerca da comprovação de pagamento da dívida, bem como da manutenção da obscuridade relativa à tempestividade do recurso de apelação da casa bancária; b) o recurso de apelação da casa bancária não deveria sequer ter sido conhecido, haja vista ter sido interposto via fax e de a serventia judicial ter informado expressamente inexistir aparelho de fac-símile; b) a Lei n. 9.800 não contemplou a cópia reprográfica como meio que permitisse a entrega dos documentos originais em substituição no prazo de 5 dias; c) considerasse inexistente recurso interposto mediante fotocópia sem assinatura original do procurador; d) os requisitos materiais de aforamento da objeção de pré-executividade foram cumpridos, uma vez que se tratavam de matéria de ordem pública; e) o pagamento da dívida é causa impeditiva da instauração e

prosseguimento do feito executivo, mormente quando os cálculos da contadoria judicial demonstram que o valor corrigido do bem arrematado é bem superior aos valores corrigidos dos empréstimos das duas cédulas comerciais, havendo, portanto, saldo credor em favor da Betral Bento.

Os recursos foram inadmitidos na origem, o da casa bancária em razão de intempestividade, (protocolo anterior à publicação do acórdão dos embargos de declaração sem posterior ratificação) e o dos executados face o óbice da súmula 7/STJ e ausência de demonstração do dissídio jurisprudencial.

Seguiram agravos visando destrancar aquelas insurgências nos quais as partes refutaram a aplicação dos óbices apontados, autuado sob o n. AREsp 278.386/AP perante esta Corte Superior, no bojo do qual foi acolhida a preliminar de negativa de prestação jurisdicional e determinado o retorno dos autos ao Tribunal *a quo* para a elaboração de novo julgado no qual sanadas as omissões apontadas, ficando prejudicadas as demais teses arguidas no apelo extremo, bem ainda o recurso especial manejado pela financeira.

Retornaram os autos ao Tribunal *a quo* que rejeitou os aclaratórios nos termos da seguinte ementa:

Processual Civil. Embargos de declaração. Apelação cível. Obscuridade. Omissão. Função integrativa. 1) Os embargos de declaração destinam-se a requerer ao órgão judicial, prolator da decisão embargada, que afaste obscuridade, supra omissão ou elimine contradição existente no julgado, e, por terem força integrativa, não se prestam a revolvimento de matéria probatória ou a requerer do órgão julgador expressa manifestação quanto a todos os argumentos levantados nas teses defendidas pelos litigantes no processo. 2) Embargos de declaração rejeitados.

Interposto novo recurso especial pela excipiente (fls. 996-1.065), em cujas razões alegou, além de dissídio jurisprudencial, violação aos artigos 2º da Lei n. 9.800/99 e 471 e 473 do CPC/73.

Sustentou, em síntese: *a)* a necessidade de reavaliação das provas, pois “se as certidões expedidas tanto pela serventia judicial quanto pela Diretoria do Foro afirmaram de modo peremptório, não existir aparelho de fax na vara e não ter recebido por fax qualquer recurso para o processo, resta evidente que não há que ser aplicada a hipótese contida no artigo 2º da Lei n. 9.800/99” (fls. 1.006); *b)* a petição foi juntada por fotocópia e tal meio eletrônico não se equipara ao fac-símile para admitir o elastecimento do prazo recursal; *c)* não se afigura possível conhecer de recurso apenas apresentado por cópia reprográfica sem autenticação ou assinatura original do advogado; *d)* a alegação de pagamento dos títulos

levados à execução é tese, em princípio, possível de ser arguida por exceção de pré-executividade, sempre que a comprovação se evidenciar mediante prova pré-constituída; *e)* o pagamento constitui matéria de ordem pública do mesmo modo como são o exame da liquidez, certeza e exigibilidade dos títulos; *f)* o Tribunal *a quo* “deixou de apreciar a prova judicialmente determinada consubstanciada nos cálculos da contadoria judicial que afirmam a ocorrência do pagamento e atestam a existência de crédito em favor da empresa Betral” (fls. 1.017); *g)* não atendeu a Corte local o comando proferido na deliberação tomada no AREsp 278.386/AP, ficando autorizado ao STJ promover a valoração jurídica acerca da irregularidade formal do recurso de apelação, haja vista que o e-mail e a cópia protocolada diretamente na serventia do juízo não se prestam para reclamar a aplicação do art. 2º da Lei n. 9.800/99; *h)* afasta-se a aplicação da súmula 7/STJ, porquanto há nos autos prova de crédito em favor da Betral, certificada por serventuários com fé pública e amparado em laudo pericial contábil nunca impugnado pelo banco; *i)* violação à coisa julgada, pois o acórdão tratou das hipóteses de cabimento da exceção de pré-executividade e não dos requisitos inerentes à recorribilidade que podem ser verificadas a qualquer tempo e grau de jurisdição; *j)* ao afirmar em julgado preliminar que as questões tratadas no bojo da via judicial eleita eram de ordem pública, sendo plenamente cabível o manejo da objeção, com o retorno cautelar dos autos ao contador, deliberação essa que não desafiou recurso, a Corte local violou a coisa julgada e causou instabilidade à jurisdição ao compreender *a posteriori* pelo não cabimento da exceção de pré-executividade, porquanto “se a determinação era para que fosse apurado por quem tem conhecimento técnico, quem era devedor de quem, e por inúmeras vezes foi certificado que o *saldo credor é em favor da Betral*, acatando determinação judicial, não haveria possibilidade de o Tribunal superar a coisa julgada, consistente em sua determinação de apuração” (fl. 1.049)

Admitido o reclamo na origem, ascenderam os autos a esta Corte Superior.

Em deliberação monocrática (fls. 1.174-1.186) este signatário negou provimento ao recurso especial ante os seguintes fundamentos:

i) inviável o acolhimento da pretensão recursal formulada pela ora insurgente quanto à alegada intempestividade da apelação manejada pela casa bancária, pois a alteração do entendimento adotado pela Corte de origem - que concluiu pela tempestividade do recurso de apelação interposto - demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice previsto no enunciado n. 7 da Súmula deste Tribunal Superior;

ii) ainda que assim não fosse, é incontroverso dos autos a circunstância segundo a qual a sentença foi proferida em 03.02.2012 e devidamente publicada em 09.02.2012, iniciando-se o prazo recursal em 10.02.2012 com término em 24.02.2012 e consoante certificado pela Secretaria da Vara, a casa bancária *interpôs tempestivamente a apelação em 24.02.2012* e os originais foram recebidos no juízo em 29.02.2012, portanto, no prazo de cinco dias contínuos ao término do prazo recursal;

iii) inviável cogitar na alegada inadequação do procedimento utilizado na origem, acerca da tempestividade da apelação, porquanto factível que o reclamo tenha sido protocolizado, como afirma a financeira, no protocolo do Fórum, não sendo possível presumir eventual impropriedade no proceder dos serventuários, tampouco conferir às certidões exaradas pelo Chefe da Secretaria da 6ª Vara Cível e de Fazenda Pública e do Juiz de Direito Diretor do Fórum em exercício maior amplitude do que o que efetivamente atestam, porquanto o protocolo judicial constitui setor/departamento diverso daqueles já referidos;

iv) relativamente à questão de mérito, atinente à ocorrência de coisa julgada e inviabilidade de o Tribunal *a quo* conceber como incabível a exceção de pré-executividade após ter determinado a realização de perícia contábil, a única conclusão possível é de que a determinação de elaboração de novos cálculos após o trânsito em julgado do acórdão que deu provimento ao apelo da financeira e extinguiu os embargos à execução foi para que prosseguisse a execução pelo saldo devedor apurado, não tendo o condão de salvaguardar a eventual revisão de cláusulas contratuais operada na sentença dos embargos à execução, ou ainda, de fazer prevalecer a deliberação interlocutória de fls. 322-323, visto que constituiu mera diligência subsidiadora de informações para o correto julgamento da apelação da financeira em sede dos embargos à execução da Betral Bento;

v) a exceção de pré-executividade é cabível para discutir questões de ordem pública, cognoscíveis de ofício, quais sejam, os pressupostos processuais, as condições da ação, os vícios objetivos do título executivo atinentes à certeza, liquidez e exigibilidade, desde que não demandem dilação probatória, porém ainda que de ordem pública, as questões apreciadas em exceção de pré-executividade não podem ser renovadas por ocasião dos embargos à execução, em razão da preclusão;

vi) não incidem à hipótese as disposições consumeristas, tampouco figura a empresa Betral Bento como hipossuficiente, uma vez que a verba executada decorre de cédula de crédito comercial no qual obtido mútuo pela empresa para

o suprimento de capital de giro no ramo da construção civil, terraplanagem, serviço de transporte de cargas e coletivo.

vii) além de o meio de que se utiliza a parte executada para a defesa de sua pretensão revisional não ser o adequado, incorrente na hipótese a violação à coisa julgada acerca da alegada determinação de elaboração prévia de cálculos contábeis pelo Tribunal *a quo*, antes do prosseguimento da execução pois, a ordem foi apenas para subsidiar o adequado julgamento da questão, bem ainda para que o prosseguimento da execução se desse pelo saldo definitivamente apurado, com a extirpação de quaisquer dúvidas acerca da questão.

Irresignada, a Betral Bento interpõe agravo interno (fls. 1.190-1.208), no qual aduz:

a) persistir a deficiência na fundamentação do acórdão recorrido quanto ao descumprimento do julgado exarado no bojo do AREsp 278.386/AP, porquanto o Tribunal *a quo* “ao invés de apontar precisamente qual o documento dos autos é apto a demonstrar que a apelação foi protocolada por fax, copia ou similar na data correta (dentro do prazo recursal), limitou-se a afirmar que há possibilidade de a apelação ter sido protocolada em outro terminal fax do fórum e que a ora Agravante deveria ter comprovado a intempestividade do recurso!”;

b) a inaplicabilidade do óbice da súmula 7/STJ pois todos os fatos relevantes para a resolução da controvérsia de direito estão devidamente consignados nos acórdãos recorridos e transcritos na própria decisão agravada, uma vez que “ofende os artigos 1º e 2º da Lei 9.800/99 o acórdão que reconhece a tempestividade de recurso apresentado via fax, sem que haja nos autos a data em que houve o protocolo do material transmitido”;

c) ocorrência de preclusão *pro judicato* (coisa julgada) relativamente ao cabimento da exceção de pré-executividade, podendo ser realizada análise de vício objetivo existente no título executivo, sendo manifesto o desrespeito ao enunciado 176 da Súmula do STJ.

Impugnação às fls. 1.212-1.219.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Buzzi (Relator): O agravo interno não merece acolhida, pois os argumentos tecidos pela insurgente são incapazes de derruir a fundamentação do *decisum* impugnado, que merece ser mantido na íntegra.

1. Adequada a deliberação monocrática no que afastou a alegada negativa de prestação jurisdicional e a aventada intempestividade da apelação manejada pela casa bancária, pois diversamente do sustentado, o Tribunal *a quo*, exatamente como determinado por esta Corte Superior consoante a deliberação exarada no AREsp 278.386/AP, procedeu ao saneamento dos vícios apontados.

Na oportunidade, afirmou a instância precedente que a despeito de constar nos autos certidão da Chefe de Secretaria da 6ª Vara Cível e de Fazenda Pública da Comarca de Macapá atestando que o terminal telefônico para recebimento de documentos via fac-símile encontrava-se, na época, disponível apenas na Diretoria do Fórum, bem ainda de o ofício n. 259/2012-GAB/DIR/FORUM, subscrito pelo Juiz de Direito Diretor do Fórum em exercício, em resposta à parte, informar não terem sido registrados no livro do protocolo de fac-símile o recebimento do recurso de apelação referente ao processo em apreço, tais documentos não têm o condão de afastar a possibilidade de ter a parte apresentado o apelo junto ao protocolo judicial, ou excepcionalmente, em outro terminal de fax integrante da vasta estrutura do Fórum de Macapá, que inclui diversas secretarias e departamentos administrativos ou mediante o uso de outro meio similar de transmissão de dados e imagens, em razão de a norma constante do art. 1º da Lei n. 9.800/99 ser de conteúdo aberto.

Asseverou, também, que as certidões obtidas pela parte apenas atestam que a apelação não foi recebida via fac-símile por aparelho instalado *na* Secretaria da 6ª Vara Cível e de Fazenda Pública ou *na* Diretoria do Fórum, não tendo a insurgente diligenciado para obter certidão a respeito da forma de recebimento do recurso (qual o meio de transmissão utilizado pela financeira), bem ainda onde teria ocorrido o protocolo do reclamo, ou seja, não se desincumbiu do ônus probatório de desconstituição do andamento processual que atesta a regular substituição da cópia da apelação recebida via fax por sua original juntada tempestivamente.

Ressalte-se que, desde o julgado de fls. 619-624, diversamente do que afirma a insurgente, o Tribunal *a quo* assevera a adequada incidência da Lei n. 9.800/99 à espécie, porquanto “o recurso foi enviado via fac-símile, tendo a Secretaria procedido a fotocópia da peça para tornar viável sua juntada aos autos”.

A corroborar essa assertiva, afirmou a financeira nas contrarrazões do recurso especial constante de fls. 758-777 que “protocolou o recurso de apelação via fax (para o *fax do protocolo do Fórum*), e no período que a lei permite,

apresentou o original, motivo pelo qual foi o recurso recebido no Juízo Singular e conhecido e provido no Tribunal Estadual”.

Inegavelmente, a alteração do entendimento adotado pela Corte de origem - que concluiu pela tempestividade do recurso de apelação interposto - demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice previsto no enunciado n. 7 da Súmula deste Tribunal Superior.

Nesse sentido:

Agravo interno no agravo em recurso especial. Intempestividade. Sistema de Protocolo Integrado. Recurso de apelação intempestivo. Regras locais para a utilização do Sistema. Reexame de provas. Incidência das Súmula 284/STF e 7 do STJ. Agravo interno não provido.

(...)

2. *A reforma do aresto no tocante à intempestividade da apelação, a fim de demover o que foi concluído na origem, demandaria, necessariamente, o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que encontra óbice na Súmula n. 7/STJ.*

3. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1.592.433/ES, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 02/08/2016, DJe 05/08/2016) - grifo nosso

Agravo interno no recurso especial. Processual Civil. Apelação. Tempestividade reconhecida. Alteração. Súmula 7/STJ. *Astreintes*. Revisão. Possibilidade. Agravo não provido.

1. *A Corte de origem concluiu pela tempestividade da apelação apresentada pelo recorrido. Infirmar as conclusões do julgado demandaria o revolvimento do suporte fático-probatório, o que encontra óbice no enunciado da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça. (...)*

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no REsp 1.219.264/BA, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 29/09/2016, DJe 19/10/2016) (grifo nosso)

Ainda que assim não fosse, *é incontroverso dos autos a circunstância segundo a qual a sentença foi proferida em 03.02.2012 e devidamente publicada em 09.02.2012, iniciando-se o prazo recursal em 10.02.2012 com término em 24.02.2012. Consoante certificado pela Secretaria da Vara, a casa bancária **interpôs tempestivamente a apelação em 24.02.2012** e os originais foram recebidos no juízo em 29.02.2012, portanto, no prazo de cinco dias contínuos ao término do prazo recursal.*

Tal como referido pelo Tribunal *a quo*, as certidões obtidas apenas atestam que o protocolo da apelação via fac-símile ou outro meio similar não foi recebido por aparelhos instalados na Secretaria da 6ª Vara Cível e de Fazenda Pública ou na Diretoria do Fórum, porém não tem o condão de afastar a interposição adequada do reclamo junto ao protocolo judicial do próprio Tribunal, como de fato ocorreu.

Frente a essas circunstâncias, inviável cogitar na alegada inadequação do procedimento utilizado, visto não ser possível presumir eventual impropriedade no proceder dos serventuários, tampouco conferir às certidões exaradas pelo Chefe da Secretaria da 6ª Vara Cível e de Fazenda Pública e do Juiz de Direito Diretor do Fórum em exercício maior amplitude do que o que efetivamente atestam, haja vista que o protocolo judicial constitui setor/departamento diverso daqueles já referidos.

Inadequado, também, compreender pela aventada intempestividade da apelação tomando como base o procedimento de certificação dos recursos de embargos de declaração e recurso especial protocolizados por fax perante a Secretaria da Câmara Única do Tribunal local, porquanto, no âmbito da segunda instância, como se vê, o recurso via fax foi interposto diretamente junto ao órgão competente, lá existindo aparelho próprio para o recebimento dos reclamos na modalidade admitida pela Lei 9.800/99, diversamente do que ocorre na primeira instância da Comarca de Macapá, que faz uso do protocolo judicial do Tribunal para o recebimento dos petições que lhe são dirigidos.

Desta forma, frente às certidões analisadas pelo Tribunal *a quo* e os demais elementos de convicção disponíveis nos autos, ressoa escorreita a compreensão acerca da tempestividade da apelação.

2. Igualmente correta a deliberação monocrática relativamente à questão de mérito, atinente à ocorrência de coisa julgada e alegada inviabilidade de o Tribunal *a quo* conceber como incabível a exceção de pré-executividade após ter determinado a realização de perícia contábil.

Para melhor elucidar a controvérsia, realiza-se uma breve digressão acerca dos fatos pertinentes da causa.

Pela análise detida dos autos, verifica-se que a parte executada foi intimada da primeira penhora em 09.09.1994, tendo a juntada do mandado ocorrido em 19.09.1994 e o término do prazo para a oposição de embargos à execução em 29.09.1994. Ausente o protocolo de insurgência pela executada, a financeira/credora requereu o prosseguimento da execução, tendo o bem penhorado sido

avaliado, levado à hasta pública e arrematado pelo exequente, com a expedição em seguida da carta de arrematação. Concluída referida fase, intimado o exequente, esse requereu o prosseguimento do feito para a persecução ao saldo devedor remanescente no valor de R\$ 3.787.672,97 após a elaboração de cálculos pelo contador.

Não localizados bens a penhorar, o exequente requereu a penhora no rosto dos autos do processo n. 1.181/1995, no valor da dívida (R\$ 1.852.530,13), oportunidade na qual protocolizou a Betral Bento em 24.08.2001 embargos à execução, sustentando que o crédito já havia sido satisfeito integralmente pela arrematação, bem ainda que existiria excesso de execução por conta de erro na atualização do cálculo e desconsideração de amortizações efetuadas, utilização indevida da Taxa ANDIB, cumulação ilegal de correção monetária e comissão de permanência e multa cobrada em desacordo com o Código de Defesa do Consumidor.

Após impugnação pelo exequente, o juízo de origem, em decisão saneadora, afastou a preliminar de intempestividade dos embargos tomando como parâmetro a data da segunda penhora. Essa decisão não foi impugnada.

Sentenciado o feito, foi julgado procedente o pedido formulado nos embargos a fim de extinguir a execução em razão do pagamento integral da dívida.

Opôs o exequente aclaratórios aduzindo omissão no julgado acerca da preclusão do direito da executada em opor embargos do devedor em relação à primeira penhora, asseverando que o prazo já havia expirado em 20.09.1994, os quais foram rejeitados, com aplicação de multa.

Seguiu-se apelação por parte da financeira/exequente. *O relator do feito no Tribunal, considerando a complexidade e o alto valor da causa, acatando o requerimento formulado pela apelante em suas razões recursais, na data de 30.01.2006, converteu o julgamento em diligência e remeteu os autos à contadoria judicial para a elaboração de novos cálculos (fls. 322-323).*

Após, em data de 27.01.2009, a apelação foi julgada (fls. 239-250 e 272), oportunidade na qual foi cassada a sentença com a extinção dos embargos em decorrência de intempestividade, pois o prazo para a sua apresentação contava-se da data da primeira penhora e não daquela na qual realizado o reforço. *Na oportunidade, foi determinado que antes do prosseguimento do feito executivo na origem retornassem os autos para a contadoria judicial dadas as diversas nuances e dúvidas acerca dos cálculos.*

A deliberação tomada na apelação transitou em julgado. Prosseguiu a execução na origem – sem a feitura dos novos cálculos determinados no julgado transitado em julgado –, tendo a executada Betral Bento oposto exceção de pré-executividade (fls. 251-261), que restou acolhida pelo magistrado em sentença datada de 11.11.2010 (fls. 372-374) para extinguir a execução, com resolução do mérito, condenando a exequente/financeira ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

Na oportunidade o magistrado asseverou:

Ora, mesmo cassada a sentença [dos embargos à execução], o Desembargador relator da apelação reconheceu o acerto do fundamento utilizado na sentença e determinou que a contadoria judicial utilizasse os parâmetros lá definidos para a correção (f. 263-264). E o cálculo feito pela contadoria (f. 265-272) confirmou a conclusão da perita: havia saldo devedor em favor da executada.

Como se vê, não há necessidade de produção de prova nenhuma para que se confirme a extinção do débito. A extinção dos embargos acarretou a nulidade dos atos processuais neles praticados, mas não retirou a validade das conclusões da perita, tanto que, como já dito, decisão posterior do relator mandou que a contadoria, com os reparos devidos, utilizasse a mesma metodologia constante do laudo e da sentença.

Não é possível outra conclusão senão a de que a dívida foi paga. Isso está mais do que patenteado nos autos, fazendo com que deva ser extinta a execução. (grifo nosso)

A financeira interpôs apelação, que foi provida nos termos do acórdão de fls. 419-424, para cassar a sentença que julgou a exceção de pré-executividade, em virtude de não ter havido o reexame dos cálculos pela contadoria judicial antes do prosseguimento da execução.

Confira-se, por oportuno, a ementa do referido julgado:

Processual Civil. Execução de título extrajudicial. Objeção de pré-executividade. Dívida. Laudo pericial. Reexame contábil. Devido processo legal. Cassação. 1) No processo de execução é assegurado o exercício do direito de defesa ao executado, mesmo que pela via estreita da objeção de pré-executividade, já que a execução não é inquisitorial, mas, sobretudo, um procedimento dialético. 2) Existindo dúvidas razoáveis quanto à correção de laudo pericial tomado como prova emprestada de outro processo, é nula a sentença proferida com base no referido elemento cujo reexame contábil, em homenagem ao devido processo legal, já havia sido determinado por acórdão anterior, e não foi observado. 3) Recurso a que se dá provimento. Sentença anulada.

Voltaram os autos à origem. *Realizado o reexame dos cálculos judiciais e periciais na data de 01/12/2011, a contadoria concluiu pela existência de saldo credor à favor da Betral Bento em R\$ 10.041.693,21 (fls. 434-441).*

Em nova sentença (fls. 461-465), o magistrado a quo acolheu a objeção de pré-executividade para extinguir a execução face o reconhecimento do pagamento integral da dívida, bem ainda de que haveria saldo credor da executada nos termos da conclusão da perícia, pelo valor apurado de R\$ 10.041.693,21 (dez milhões, quarenta e um mil, seiscentos e noventa e três reais e vinte e um centavos), atualizado até 1º.12.2011, condenando a financeira, ainda, ao pagamento de honorários sucumbenciais arbitrados em R\$ 50.000,00.

Acresceu, também, que “a fim de evitar estéreis desdobramentos do litígio, (...) havendo crédito em prol da parte devedora, por celeridade, aproveitamento dos atos processuais, economicidade e efetividade da tutela jurisdicional, impõe-se o prosseguimento nestes autos do processo de execução”, motivo pelo qual “com o trânsito em julgado (...) a requerimento da parte credora (executada), intimem-se a devedora (exequente), na pessoa de seu advogado, a pagar o crédito apurado em quinze dias, caso contrário incidirá multa de 10% nos termos do art. 475-J do CPC, seguindo-se com penhora de tantos bens quantos bastem à quitação, lembrando que em relação a essa nova fase (cumprimento de sentença) incidirão novos honorários”.

Seguiram-se recursos de apelação interpostos por ambas as partes. A Betral Bento sustentando o acerto da sentença e requerendo que o *quantum* devido pela financeira fosse atualizado na fase de cumprimento de sentença sujeitando-se aos mesmos juros, multas e índices de correção monetária que se submeteu quando da cobrança manejada pela casa bancária, requerendo, ainda, a majoração da verba honorária para o mínimo de 10% sobre o valor da condenação.

De sua vez, nas razões recursais do Banco do Brasil S/A, esse asseverou, em preliminar: a) o julgamento *extra petita* da sentença ao reconhecer a existência de crédito em favor da executada sem que houvesse pedido nesse sentido e b) deliberação *ultra petita* quanto ao arbitramento de honorários advocatícios em favor do patrono da executada. No mérito, que a exceção de pré-executividade suscitou matéria preclusa que demanda dilação probatória que somente poderia ter sido objeto de embargos do devedor que foram interpostos extemporaneamente, tendo havido ainda violação à coisa julgada, porquanto a deliberação extintiva dos embargos à execução não foi desafiava.

O Tribunal de Justiça do Amapá deu provimento ao apelo formulado pela financeira em razão de que: *a)* a execução funda-se em título líquido, certo e exigível (cédula de crédito comercial); *b)* inviável o questionamento e a pretensão de revisão na excessão de pré-executividade de cláusulas contratuais que considera ilegais/abusivas pretendendo sejam realizados cálculos para a utilização de critérios que afirma serem os corretos; *c)* ocorreu o fenômeno da preclusão, pois não tendo havido o questionamento prévio acerca das cláusulas contratuais, a execução segue de acordo com o que fora contratado; *d)* as teses arguidas na exceção de pré-executividade não constituem matérias de ordem pública, uma vez que circunscrevem-se ao patrimônio dos devedores, que constituem bens disponíveis, não sendo dado ao Poder Judiciário decretar, de ofício, a nulidade de ajustes acordados voluntariamente pelas partes; e, *e)* somente é cabível a objeção de pré-executividade quando não demandar dilação probatória, hipótese inócurrenente no caso.

Pois bem, como se vê do andamento processual acima referido, *no âmbito de embargos à execução intempestivamente opostos realmente foi determinada a elaboração de novos cálculos a fim de que fosse apurado, de forma ampla e escorreita, qual seria o saldo devedor.* A primeira determinação de elaboração de cálculos já com o processo submetido ao Tribunal foi em fase preliminar do julgamento da apelação, a fim de que fosse melhor subsidiado o julgamento do mérito acaso não acolhidas as preliminares suscitadas. A segunda ordem de elaboração de cálculos decorreu do próprio julgamento da apelação, que foi provida para cassar a sentença e extinguir os embargos à execução. Nessa oportunidade, pelo voto do Desembargador relator do feito, determinou-se que antes do prosseguimento da execução fossem realizados novos cálculos pelo experto judicial a fim de “espancar qualquer dúvida” acerca dos valores.

Por oportuno, transcreve-se o seguinte trecho daquela deliberação:

Por isso, nesse caso específico, além da extinção dos embargos do executado, há necessidade de se apurara melhor os cálculos contábeis, para se espancar qualquer dúvida. Daí a minha sugestão aos meus pares, para que, com o retorno dos autos ao primeiro grau de jurisdição, antes do prosseguimento da execução, o processo seja encaminhado à contadoria do Fórum, para reexame dos cálculos periciais.

Diversamente do que afirma a parte ora agravante, a elaboração dos mencionados cálculos por determinação do Tribunal do Amapá não teve o condão de sedimentar, corroborar, tampouco de confirmar a revisão das

cláusulas contratuais e os cálculos unilateralmente elaborados pela recorrente quando do ingresso com os embargos à execução, afinal, foram esses reputados intempestivos. Os novos cálculos contábeis foram utilizados como forma apta a subsidiar o adequado julgamento e elucidação da matéria controvertida, tanto que a feitura da análise pericial contábil foi realizada, inclusive, *antes* do julgamento da contenda travada na apelação, como mera diligência do juízo, para bem julgar devidamente munido de elementos informativos adequados. Do mesmo modo, a determinação de elaboração de novos cálculos *antes* do prosseguimento da execução, do mesmo modo, tal como asseverado pelo Tribunal, serviriam apenas para “espancar qualquer dúvida” acerca dos valores envolvidos, bem como do adequado saldo credor apurado pela financeira.

Inegavelmente, afigura-se desarrazoada a assertiva formulada pelo magistrado a quo na primeira sentença dessa exceção de pré-executividade no sentido de que a determinação de feitura de tais cálculos denotaria o reconhecimento por parte da instância ad quem quanto ao acerto do fundamento da deliberação primeva proferida nos embargos à execução, com a utilização dos parâmetros lá definidos para a correção do saldo devedor e conseqüente apuração do saldo credor da executada, que de devedora passaria a credora da financeira, diga-se, em mais de dez milhões de reais.

Nesses termos, a única conclusão possível é de que a determinação de elaboração de novos cálculos após o trânsito em julgado do acórdão que deu provimento ao apelo da financeira e extinguiu os embargos à execução foi para que prosseguisse a execução pelo saldo devedor apurado, não tendo o condão de salvaguardar a eventual revisão de cláusulas contratuais operada na sentença dos embargos à execução, ou ainda, de fazer prevalecer a deliberação interlocutória de fls. 322-323, visto que constituiu mera diligência subsidiadora de informações para o correto julgamento da apelação da financeira em sede dos embargos à execução da Betral Bento.

Ressalte-se que os embargos do devedor foram extintos em razão de sua intempestividade e sobre isso não houve recurso por parte da executada, estando as matérias arguidas naquela impugnação que, em grande parte, coincidem com as aduzidas nessa exceção de pré-executividade sob o manto da coisa julgada, não podendo ser reeditadas as mesmas questões lá aduzidas agora no âmbito de objeção de pré-executividade, notadamente por não consistirem matérias de ordem pública e demandarem ampla dilação probatória.

Ademais, a jurisprudência do STJ é no sentido de que a exceção de pré-executividade é cabível para discutir questões de ordem pública, cognoscíveis de ofício, quais sejam, os pressupostos processuais, as condições da ação, os vícios

objetivos do título executivo atinentes à certeza, liquidez e exigibilidade, desde que não demandem dilação probatória.

Nesse sentido:

Agravo interno. Recurso especial. Processo Civil. Execução. Título executivo. Nota promissória vinculada a contrato. Condição de pagamento. Implementação. Reexame de contexto fático-probatório.

1. Falta de prequestionamento das matérias referentes aos arts. 112, 113, 121, 124, 129 e 422 do Código Civil não foram objeto de discussão no acórdão recorrido, apesar da oposição de embargos de declaração (Súmulas 282/STF e 211/STJ).

2. A Exceção de Pré-Executividade é cabível para discutir questões de ordem pública, quais sejam, os pressupostos processuais, as condições da ação, os vícios objetivos do título executivo atinentes à certeza, liquidez e exigibilidade, desde que não demandem dilação probatória.

3. Inviabilidade de incursão na seara fático-probatório e de análise de contrato para verificar se procedem as alegações da parte recorrente de que o tribunal foi além da simples análise dos documentos que compõem o título - nota promissória, contrato e documentos, bem como de que a exigibilidade não restou configurada.

Incidência das súmulas 5 e 7/STJ.

4. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1.416.119/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 10/10/2017, DJe 13/10/2017)

Processual Civil. Agravo interno no agravo em recurso especial. Exceção de pré-executividade. Necessidade de dilação probatória. Impossibilidade. Súmula n. 83/STJ. Reexame de conteúdo fático-probatório. Inadmissibilidade. Súmula n. 7/STJ. Decisão mantida.

1. A exceção de pré-executividade somente é cabível nas hipóteses em que for desnecessária maior dilação probatória. Precedentes.

Incidência da Súmula n. 83/STJ.

2. O recurso especial não comporta o exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos (Súmula n. 7 do STJ).

3. No caso concreto, o Tribunal de origem concluiu não ser hipótese de cabimento da exceção de pré-executividade, tendo em vista que o caso dos autos demandaria ampla dilação probatória para se reconhecer o excesso de execução. Alterar esse entendimento tornaria imprescindível o reexame das provas contidas no processo, o que é vedado em recurso especial.

4. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp 1.099.896/SP, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 10/10/2017, DJe 17/10/2017)

Na hipótese vertente, como se vê do caderno processual, *a exceção de pré-executividade manejada pela executada veicula similares matérias já aduzidas nos embargos à execução reputados intempestivos* relativamente à utilização indevida de comissão de permanência e Taxa ANDIB, cujas questões estão atreladas à revisão de cláusulas constantes do ajuste contratual firmado entre as partes (cédula de crédito comercial).

Certamente, tal como asseverado pelo Tribunal *a quo*, eventual discussão sobre a legalidade de cláusulas constantes do contrato que originou a execução e o possível saldo em favor do executado não podem ser objeto de irresignação na exceção de pré-executividade como tenta fazê-lo o ora insurgente, não constituindo essa via o remédio jurídico apropriado para a discussão de questões peculiares aos embargos do devedor, por demandarem ampla análise fático-probatória.

Outrossim, *fora consignado pela instância precedente restar caracterizado o fenômeno da preclusão, pois uma vez não questionadas as cláusulas contratuais no momento próprio (embargos do devedor ou ação revisional), a execução deve seguir de acordo com o pactuado entre as partes, haja vista que as ilegalidades referidas na exceção de pré-executividade não constituem matérias de ordem pública, porquanto atinentes ao direito disponível.*

A contrário sensu, confira-se:

Processual Civil. Agravo regimental no recurso especial. Embargos à execução. Prescrição. Matéria decidida em exceção de pré-executividade. Preclusão.

1. Ainda que de ordem pública, as questões apreciadas em exceção de pré-executividade não podem ser renovadas por ocasião dos embargos à execução, em razão da preclusão. Precedentes.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1.322.504/PR, Rel. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Convocada TRF 3ª Região), Segunda Turma, julgado em 17/03/2016, DJe 31/03/2016)

Agravo interno no agravo em recurso especial. Ação de cobrança de taxa condominial. Impugnação do cumprimento de sentença. Alegação de excesso de execução. Matéria já apreciada em exceção de pré-executividade e sobre a qual se operou preclusão. Provimento negado.

1. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que as questões decididas definitivamente em exceção de pré-executividade não podem ser renovadas por ocasião da oposição de embargos à execução ou impugnação do cumprimento de sentença, em razão da preclusão.

2. No caso, o eg. Tribunal de origem consignou, de acordo com os precedentes do STJ, a ocorrência de preclusão quanto ao tema referente ao excesso de execução, uma vez que a matéria foi decidida em sede de exceção de pré-executividade.

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 564.703/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 23/05/2017, DJe 1º/06/2017)

Nem se diga, também, a viabilidade de compreender como cognoscível a exceção de pré-executividade em razão da deliberação do Tribunal *a quo* tomada no acórdão de fls. 419-424, porquanto naquela oportunidade fora anulada a primeira sentença que julgou a exceção de pré-executividade em virtude de não ter havido o cumprimento da determinação exarada pela Corte local no bojo dos embargos à execução, título judicial que transitou em julgado com a clara assertiva de que antes de prosseguir a execução deveria haver a prévia elaboração de cálculos pela contadoria judicial, cálculos esses que não foram realizados.

Confira-se, por oportuno, trecho daquele julgado:

O que tenho por irregular é o fato de que, efetivamente, não houve reexame dos cálculos pela contadoria judicial antes do prosseguimento da execução, descumprindo a determinação constante no v. Acórdão proferido, no julgamento da apelação interposta nos mencionados embargos, cuja cópia segue às fls. 212/224 da presente execução.

As informações prestadas pela contadoria nos mencionados embargos (cópia à fl. 181), entretanto, revelam que não se deu cumprimento à determinação de reexame contábil da controvérsia. Nesse mesmo sentido, importa dizer que o reexame a que se refere o contador judicial, às fls. 154/161 dos embargos, é o mesmo cálculo realizado em 27.03.2006, o qual foi objeto de dúvida e reputado equivocado na sentença prolatada naqueles autos, como se pode notar às fls. 265/272 dos autos.

Assim, deveria, pois o contador ter procedido ao reexame contábil dos valores questionados, de modo a dirimir a controvérsia instalada nos autos em que ambas as partes se dizem credoras uma da outra.

Ressalte-se que não se trata de dilação probatória, mas tão somente de providência judicial acautelatória visando mitigar a controvérsia surgida e o fornecimento de elementos, nos autos da ação de execução, para subsidiar o

livre convencimento do julgador, resguardando, ainda, a observância do devido processo legal.

Não obstante, deve ser dada oportunidade às partes de se manifestarem em relação à apuração que vier a ser realizada, salvaguardando, deste modo, a observância do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, da isonomia, entre outros regramentos processuais basilares.

Deste modo, tenho que o feito não poderia ter sido decidido de pronto sem o reexame contábil da questão, razão pela qual dou provimento à apelação para anular a sentença de fls. 313/315, determinando o retorno dos autos à instância *a quo* a fim de ser procedido o mencionado reexame pela contadoria judicial e, após, possa ser apreciada a objeção apresentada diante de elementos concretos nos autos.

O fato de a então Desembargadora relatora do julgado de fls. 419-424, ter, em dado momento do voto proferido, asseverado compreender “absolutamente cabível a objeção apresentada pela apelada [Betral Bento], até mesmo porque as questões nelas apresentadas são de ordem pública e traz, em seu bojo, elementos que não necessitam de dilação probatória”, não enseja o acolhimento da tese de violação à coisa julgada, tampouco de impossibilidade de entender inexistentes, no caso, arguições acerca de matérias de ordem pública, isso porque, no mencionado julgado deliberou-se, tão somente, acerca da impossibilidade de prosseguimento da execução sem a prévia feitura dos cálculos determinados no acórdão transitado em julgado dos embargos à execução.

Inegavelmente, o sucumbente/vencido detém legitimidade para recorrer, tendo em vista a capacidade do recurso de propiciar ao recorrente situação mais favorável que a decorrente da decisão hostilizada. Na hipótese, não tinha a financeira interesse em recorrer da referida fundamentação, haja vista que se sagrou vencedora na sua pretensão de ver anulada a sentença da exceção de pré-executividade, com a determinação de o feito executivo retornar a seu curso para nova instrução, nos exatos moldes definidos pelo acórdão transitado em julgado que extinguiu os embargos à execução por intempestividade.

Assim, além de o meio de que se utiliza a parte executada para a defesa de sua pretensão revisional não ser o adequado, incorrente na hipótese a violação à coisa julgada acerca da alegada determinação de elaboração prévia de cálculos contábeis pelo Tribunal *a quo*, antes do prosseguimento da execução pois, a ordem foi apenas para subsidiar o adequado julgamento da questão, bem ainda para que o prosseguimento da execução se desse pelo saldo definitivamente apurado, com a extirpação de quaisquer dúvidas acerca da questão.

Assim, não existindo negativa de prestação jurisdicional na hipótese, bem ainda em razão da incidência dos óbices das súmulas 7 e 83/STJ, inviável o acolhimento do agravo interno ante a adequação dos fundamentos do decisum agravado sobre a controvérsia trazida à análise desta Corte Superior.

3. Do exposto, nego provimento ao agravo interno.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Betral Bento Construções e Comércio Ltda, nos autos da execução por título extrajudicial manejada por Banco do Brasil S.A., ofereceu exceção de pré-executividade (fls. 251-262). Afirma que a obrigação representada pelo título executivo não é líquida e certa, sendo inadequada a via eleita pelo exequente para a obtenção de sua pretensão. Aduz ser ilegal a cobrança da comissão de permanência, da taxa denominada ANDIB e que a obrigação já foi integralmente adimplida, remanescendo crédito em seu favor. Pondera que, apesar de o Tribunal local ter acolhido o apelo para reconhecer a intempestividade dos embargos à execução que haviam sido julgados procedentes, o cálculo pericial demonstrou que o saldo existente é em seu favor, em vista da amortização da dívida verificada.

O Juízo da 6ª Vara Cível e de Fazenda Pública da Comarca de Macapá acolheu a objeção de pré-executividade para reconhecer a quitação da dívida, bem como a existência de crédito em prol da executada, num montante que perfaz o valor de R\$ 10.041.693,21.

Interpuseram as partes recursos de apelação para o Tribunal de Justiça do Amapá, que deu provimento ao recurso do banco exequente, e não acolheu o apelo do executado.

A decisão tem a seguinte ementa:

Processual Civil. Execução de título extrajudicial. Objeção de pré-executividade. Validade de cláusulas contratuais. Matéria de ordem pública. Laudo pericial. Reexame contábil. Dilação probatória. Honorários advocatícios.

1) Consoante o entendimento dos Tribunais Superiores, a exceção de pré-executividade somente é cabível quando atendidos cumulativamente dois requisitos: versar sobre matéria de ordem pública e dispensar qualquer dilação probatória.

2) A validade de cláusulas contratuais deve ser questionada por meio de ação de revisão de contrato ou de embargos à execução, por tratar-se de direito disponível das partes.

3) A necessidade de elaboração de laudo pericial e exame mais aprofundado inviabiliza sua discussão por meio de exceção de pré-executividade.

4) Descabe condenação em honorários advocatícios em exceção de pré-executividade rejeitada.

5) Recurso a que se dá parcial provimento.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados.

Sobreveio recurso especial da executada (fls. 685-726), com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal, sustentando divergência jurisprudencial e violação aos arts. 471, 473 e 535 do CPC/1973 e 2º da Lei n. 9.800/1999.

O em. Ministro Marco Buzzi, por ocasião do julgamento do AREsp 278.386/AP (fls. 924-927), deu parcial provimento àquele recurso especial para anular o julgamento dos embargos de declaração, no sentido de que fosse suprida omissão verificada.

O Tribunal local, reapreciando os embargos de declaração opostos pela ora recorrente (fls. 985-990), negou provimento ao recurso.

Interpôs a executada novo recurso especial (fls. 996-1.065), com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal, sustentando divergência jurisprudencial e violação aos arts. 471 e 473 do CPC/1973 e 2º da Lei n. 9.800/1999.

Alega a recorrente que: a) o recurso de apelação do exequente foi interposto mediante utilização de fotocópia, posteriormente substituída pelos originais; b) não é correto o entendimento perfilhado pelo Tribunal local acerca de que o fax poderia ser enviado para qualquer outras serventia judicial do foro; c) as certidões expedidas pela serventia judicial e pela Diretoria do Foro esclarecem de modo peremptório não existir aparelho de fax no cartório do Juízo de origem e não ter sido recebido por fax nenhum recurso vinculado ao processo; d) a petição recursal é uma fotocópia, e o STJ não reconhece regularidade formal nessa hipótese; e) o “recorrido, por sua conta e risco fez juntar diretamente em cartório petição recursal por Xerox reprográfica, sem atentar para o que dispõe o artigo 2º da lei 9.800/1999”; f) o Tribunal local deu trânsito a recurso inexistente; g) há prova de quitação da dívida e existência de crédito em seu

favor, conforme certificado por contador judicial e laudo pericial, e o pagamento do título e a utilização de taxas não admitidas pela jurisprudência são matérias de ordem pública, a permitir suscitação em sede de exceção de pré-executividade; h) o exame da liquidez, certeza e exigibilidade também podem ser veiculadas em simples petição; i) a dívida fora corrigida com o emprego de comissão de permanência e da taxa ANBID/CETIP; j) nem mesmo os patronos do banco recorrido afirmaram que o recurso foi interposto por fax; k) a cópia apresentada no balcão de atendimento da serventia do Juízo de origem não veio acompanhada da assinatura autenticada do advogado; l) a decisão recorrida não observa a preclusão e a coisa julgada, pois decidiu sobre ponto anteriormente julgado.

Em contrarrazões, afirma o recorrido que: a) o Tribunal local, em diligências, conseguiu identificar que o recurso de apelação foi interposto por fax-símile, como disciplina a Lei; b) tendo deixado escoar o prazo para o manejo de embargos à execução, a recorrente “viu como solução para sua inércia a utilização da Exceção de Pré-Executividade” (fl. 1.104); c) a recorrente pretende o reexame de provas.

O eminente relator, Ministro Marco Buzzi, negou provimento ao recurso especial (fls. 1.174-1.186), ao fundamento de que: a) diversamente do sustentando no recurso, o Tribunal local, exatamente como determinado pelo STJ, procedeu a novo julgamento dos embargos de declaração, saneando os vícios constatados; b) a Corte de origem apurou que, apesar da certidão do Chefe de Secretaria do Juízo de origem e do ofício do Juiz Diretor do Fórum apontando não ter sido registrada interposição de recurso por fac-símile, isso não afasta a possibilidade de ter sido usado outro terminal de fax da estrutura do Tribunal; c) a ora recorrente não se desincumbiu de seu ônus probatório de desconstituição do andamento processual que atesta a regular substituição da cópia da apelação por sua original juntada tempestivamente; d) a alteração da convicção acerca da tempestividade do apelo demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos; e) é incontroverso nos autos a circunstância de que o banco, ora recorrido, interpôs tempestivamente a apelação, e que os originais foram recebidos no Juízo, no prazo de 5 dias contínuos ao término do prazo recursal; f) em sede de embargos à execução opostos pela ora recorrente, o Tribunal de origem reconheceu a intempestividade, mas também determinou que, antes do prosseguimento do feito executivo, retornassem os autos para a contadoria judicial para a solução

de nuances e dúvidas acerca dos cálculos - deliberação que transitou em julgado; g) houve oposição de exceção de pré-executividade, acolhida pelo Juízo de piso, sem a elaboração dos cálculos determinados; h) interposta apelação, foi provida para cassar a sentença, tendo sido prolatada nova decisão pelo Juízo de origem, que o acórdão recorrido considerou inadequada, pois a execução funda-se em título líquido, certo e exigível, sendo inviável o questionamento e a revisão de cláusulas contratuais, em sede de exceção de pré-executividade; i) diversamente do que afirma a recorrente e da desarrazoada assertiva lançada pelo Juízo de primeira instância, a determinação para a elaboração de novos cálculos no acórdão que extinguiu os embargos à execução foi para prosseguimento da execução pelo saldo devedor apurado, não tendo o condão de salvaguardar a eventual revisão de cláusulas contratuais; j) não podem ser reeditadas as mesmas questões aduzidas nos embargos à execução em exceção de pré-executividade, que é cabível apenas para discussão de questões de ordem pública, cognoscíveis de ofício, contanto que não demandem dilação probatória; k) não há relação de consumo e violação à coisa julgada.

Sobreveio agravo interno da executada/recorrente Betral Bento Construções e Comércio Ltda, aduzindo que: a) há persistência da deficiência de fundamentação do acórdão recorrido; b) o último acórdão dos embargos de declaração não traz a apuração de que a apelação foi interposta por fax; c) não há demonstração de que o recurso de apelação foi interposto por fax, devendo ser reconhecida a sua intempestividade, em vista da data da apresentação do original; d) não poderia produzir prova negativa acerca da tempestividade do recurso; e) a decisão agravada não aprecia a divergência jurisprudencial apontada no REsp, pois os acórdãos paradigmas entenderam pela impossibilidade de interposição de recurso por fotocópia; f) “o que se verificou foi justamente a interposição de recurso por mera fotocópia, sem a assinatura, o que só ocorreu com a juntada da via original cinco dias depois” (fl. 1.203); g) o Tribunal local já havia se manifestado pelo cabimento da exceção de pré-executividade, pois consignou que havia teses acerca de elementos que não necessitam de dilação probatória, determinando a elaboração de novos cálculos; h) a nulidade da cobrança dos juros pelo índice da ANBID-CETIP é matéria de ordem pública.

Na sessão anterior, o douto relator, Ministro Marco Buzzi, apresentou voto propugnando o não provimento do recurso.

Pedi vista para melhor exame do caso.

2. Para logo, cumpre consignar que é patente a preclusão para a ora agravante suscitar ter persistido omissão, após o segundo julgamento pela Corte local dos embargos de declaração.

Como relatado, no último recurso especial manejado (fls. 996-1.065) pela ora recorrente não é suscitada tese acerca de violação ao art. 535 do CPC/1973.

Ademais, é reconhecido naquele recurso, interposto após o último julgamento dos embargos de declaração, ser “possível o julgamento meritório pelo STJ, avançando nas omissões consistentemente apontadas” (fl. 1.021).

Consigno, ainda, não fossem os óbices processuais verificados à apreciação da tese acerca de omissão, como aduzido pelo em. relator, o Tribunal local procedeu a novo julgamento dos embargos de declaração, saneando os vícios antes constatados por Sua Excelência.

3. No tocante à tese de irregularidade formal, referente à interposição do recurso mediante utilização de fax, é imperioso observar, em atenção às peculiaridades do caso, que o acórdão dos embargos de declaração dispôs:

Sustentou que a petição não foi interposta por meio de sistema de transmissão de dados e imagens, tal qual previsto na Lei n. 9.800/99, mas foi apresentada por fotocópia reprográfica, sem autenticação, entregue diretamente na Secretaria do Juízo de primeiro grau, portanto, padece o recurso de regularidade formal.

[...]

Ocorre que referidas certidões apenas atestam que a apelação não foi recebida via fac-símile por aparelho instalado na Secretaria da 6ª vara Cível [...] ou na Diretoria do Fórum, ambas da Comarca de Macapá. Ou seja, a embargante visa desconstituir certidão constante no Sistema Tucujuris, a qual possui fé pública e presunção de veracidade, por meio de certidões imprecisas, uma vez que referido recurso pode ter sido protocolado, excepcionalmente, em outro terminal integrante da vasta estrutura do Fórum de Macapá [...].

Nesse passo, transcrevo o andamento processual impugnado pela embargante que atesta a tempestividade do recurso. Veja-se:

05.02.2012. Certifico que nesta data faço a substituição da cópia da apelação (Banco do Brasil) juntada às fls. 425-458, por sua original juntada tempestivamente no dia 24/02/2012.

Não obstante, o art. 1º da Lei n. 9.800/99 é expresso em afirmar que o envio de petição poderá ser realizado mediante fac-símile ou outro meio similar. Assim, por mais que o envio da apelação possa não ter sido por meio do envio de fax, trata-se de norma de conteúdo aberto que permite outras modalidades de envio de

peça como forma de alcançar sua finalidade, qual seja, o pleno exercício do direito de defesa e ao contraditório.

[...]

Vê-se então que a embargante, ao invés de requerer certidão da vara de origem a respeito da forma de recebimento do recurso de apelação interposto pelo Banco do Brasil S/A, bem como os meios de transmissão utilizados, uma vez que a norma permite a utilização de outros meios, limitou-se a parte a requerer manifestação apenas sobre a existência de aparelho de fac-símile na referida Secretaria. De modo que, compete a parte que alega o ônus da prova para desconstituir andamento processual e certidão do juízo, acobertados pela presunção de veracidade inerente à fé pública atribuída aos servidores do Poder Judiciário, ônus no qual não se desincumbiu a embargante.

Ademais, no que tange à intempestividade do recurso, cabe explicitar que a sentença proferida em 03.02.2012 foi devidamente publicada no DJE n. 0028/2012 de 09.02.2012 (quinta-feira). Assim, o início do prazo recursal para interposição de apelação deu-se em 10.02.2012 (sexta-feira) e terminou em 24.02.2012. Consoante certidão da Secretaria da vara acima transcrita, o *Banco do Brasil interpôs tempestivamente a apelação em 24.02.2012, data esta que deve prevalecer, mormente por não se mostrar legível o protocolo da peça acostada na contracapa do volume III dos presentes autos. Ademais, os originais foram recebidos em juízo em 29.02.2012, ou seja, dentro do prazo de 5 (cinco) dias contínuos ao término do prazo recursal da apelação, consoante entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça.*

[...]

Portanto, não há qualquer dos vícios apontados pela embargante e tampouco violação aos dispositivos constitucionais ou legais a que a mesma se referiu.

Não se ignora que a regularidade formal é requisito de admissibilidade recursal, devendo o recurso obedecer às regras de interposição exigidas pela lei, sob pena de não-admissão. (PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos recursos cíveis*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 75-76)

No entanto, observa-se, da leitura dos acórdão prolatado pela Corte local, que manifesta convicção, à luz da própria folha de rosto do recurso e do andamento processual, do que é certificado por ofício do Diretor do Fórum de Macapá e por certidão do Chefe do cartório do Juízo de origem, que o recurso foi interposto tempestivamente.

Nesse passo, o art. 2º, *caput*, da Lei n. 9.800/1999 estabelece que a utilização de sistema de transmissão de dados e imagens não prejudica o cumprimento dos prazos, devendo os originais ser entregues em juízo, necessariamente, até cinco dias da data de seu término.

Em multicitado precedente, a Corte Especial, por ocasião do julgamento do REsp 901.556/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, em vista da teleologia da norma e da necessidade de não se restringir desarrazoadamente o acesso ao Judiciário, perfilhou o entendimento de que a aplicação da Lei 9.800/1999 exige interpretação que deve ser orientada pelas diretrizes que levaram o legislador a editá-la, “que devem ser preservadas acima de tudo”, vedando-se ao intérprete fixação de restrições, criar obstáculos, eleger modos que dificultem sua aplicação.

O precedente tem a seguinte ementa:

Processo Civil. Agravo de instrumento interposto por fax, perante o Tribunal de origem, sem as cópias que formam o instrumento, posteriormente apresentadas juntamente com o original. Ausência de previsão expressa da remessa das referidas cópias, pela Lei n. 9.800/99. Necessidade de interpretação da lei de modo a viabilizar, tanto quanto possível, a atuação do Tribunal. Hipótese em que a finalidade da Lei n. 9.800/99 é de facilitação de acesso ao protocolo. Contra-senso em interpretá-la do modo a restringi-lo.

- A Lei 9.800/99 não disciplina nem o dever nem a faculdade do advogado, ao usar o protocolo via fac-simile, transmitir, além da petição de razões do recurso, cópia dos documentos que o instruem.

Por isso a aplicação da nova lei exige interpretação que deve ser orientada pelas diretrizes que levaram o legislador a editá-la, agregando-lhe os princípios gerais do direito.

- Observados os motivos e a finalidade da referida lei, que devem ser preservados acima de tudo, apontam-se as seguintes razões que justificam a desnecessidade da petição do recurso vir acompanhada de todos os documentos, que chegarão ao Tribunal na forma original: primeiro, não há prejuízo para a defesa do recorrido, porque só será intimado para contra-arrazoar após a juntada dos originais aos autos; segundo, o recurso remetido por fac-simile deverá indicar o rol dos documentos que o acompanham e é vedado ao recorrente fazer qualquer alteração ao juntar os originais; terceiro, evita-se um congestionamento no trabalho da secretaria dos gabinetes nos fóruns e tribunais, que terão de disponibilizar um funcionário para montar os autos do recurso, especialmente quando o recurso vier acompanhado de muitos documentos; quarto, evita-se discussão de disparidade de documentos enviados, com documentos recebidos; quinto, evita-se o congestionamento nos próprios aparelhos de fax disponíveis para recepção do protocolo; *sexto e principal argumento: é vedado ao intérprete da lei editada para facilitar o acesso ao Judiciário, fixar restrições, criar obstáculos, eleger modos que dificultem sua aplicação.*

Recurso conhecido e provido.

(REsp 901.556/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 21/05/2008, DJe 03/11/2008)

Com efeito, como o caso é bastante peculiar e o Tribunal manifesta fundamentada convicção, decorrente do exame de elementos existentes nos autos, da afirmada fidedignidade do sistema local e da própria estrutura e dos procedimentos verificados no fórum de origem, tal qual o il. relator, entendendo que incide o óbice intransponível contido na Súmula 7/STJ, ao conhecimento da tese acerca de não ter sido utilizado fax para a transmissão do recurso.

Ademais, ainda que assim não fosse, no que tange à alegada intempestividade do recurso, cumpre invocar um segundo fundamento autônomo que também conduz à admissibilidade do apelo.

Por um lado, o Tribunal de origem apura que a sentença, proferida em 3.2.2012, foi publicada no DJE de 9.2.2012 (quinta-feira). Assim, o início do prazo recursal para interposição de apelação deu-se em 10.2.2012 (sexta-feira) e findou-se em 24.02.2012. O Banco do Brasil interpôs tempestivamente a apelação em 24.2.2012.

Por outro lado, como visto, a própria apelada, ora recorrente, suscitou, na origem, e repisa no REsp, que o “recorrido, por sua conta e risco fez juntar diretamente em cartório petição recursal por Xerox reprográfica, sem atentar para o que dispõe o artigo 2º da lei 9.800/1999”.

Dessarte, ainda que tomando por verídica a assertiva da recorrente - no que controverte com o recorrido, que assegura ter interposto o recurso por fax, e não por protocolização de fotocópia no cartório do Juízo de origem -, é forçoso o conhecimento do recurso pelo Tribunal de origem.

Ora, consoante a remansosa jurisprudência do STJ, na vigência do CPC/1973, “na instância ordinária, a falta de assinatura nas petições recursais é vício sanável, devendo ser concedido prazo razoável para o suprimento da irregularidade.” (AgRg no REsp 1.671.257/AC, Rel. Ministro *Reynaldo Soares da Fonseca*, *Quinta Turma*, julgado em 8/02/2018, DJe 21/2/2018)

É dizer, “[a] falta de assinatura do advogado nas petições recursais é, nas instâncias ordinárias, vício sanável, devendo ser concedido prazo razoável para o suprimento da irregularidade. Inteligência do art. 13 do CPC/1973”. (AgInt no AREsp 834.030/DF, Rel. Ministro *Og Fernandes*, *Segunda Turma*, julgado em 2/5/2017, DJe 5/5/2017)

Dessarte, em tendo sido protocolada oportunamente cópia da petição recursal original (interposto o recurso por fax ou não), o vício é sanável no âmbito das instâncias ordinárias, devendo ser oportunizado seja suprida a mera irregularidade.

Como consta também do apurado que, dentro do quinquídio superveniente à interposição do apelo, o apelante espontaneamente colacionou aos autos os originais, é patente ter sido cumprido o requisito necessário à admissibilidade recursal.

4. No tocante à tese de que houve preclusão *pro judicato* para a Corte local inadmitir a via da exceção de pré-executividade, como observado pelo relator, a anterior cassação da sentença, prolatada em sede de exceção de pré-executividade, tem por *ratio decidendi* o fato de o Juízo de piso, *data maxima venia*, desarrazoadamente, ter dado azo para a discussão da própria dívida, em que pese o acórdão que extinguiu os embargos à execução por intempestividade ter estabelecido que deveriam ser efetuados cálculos visando ao sucesso da execução.

Dessarte, não consta, como razão de decidir do acórdão que cassou a sentença por *error in procedendo*, a admissão do manejo de exceção de pré-executividade para discussão acerca da higidez de cláusulas contratuais, mas sim para o cumprimento do primeiro acórdão proferido pelo tribunal de origem, decisão transitada em julgado, extinguindo os embargos à execução por intempestividade e determinando o prosseguimento da execução pelo saldo devedor apurado.

Ademais, a título de mero reforço de fundamento, ainda que assim não fosse, estando em curso a lide, inexistente preclusão *pro judicato* diante de matérias de ordem pública, isto é, que a condução procedida pelo Juízo de origem descumpria o determinado em acórdão transitado em julgado (coisa julgada).

Note-se:

Administrativo. Processual Civil. Desapropriação indireta. Recurso especial. Ofensa ao art. 535 do CPC não demonstrada. Competência absoluta da Justiça Federal proclamada em anterior agravo de instrumento. Posterior declaração de sua incompetência em apelação. Possibilidade. Matéria de ordem pública. Pressuposto processual. Art. 473 do CPC. Inexistência de preclusão *pro judicato*.

[...]

2. De acordo com a jurisprudência do STJ, estando em curso a lide, *inexiste preclusão pro judicato diante de matérias de ordem pública*, de que é exemplo a apreciação do pressuposto processual concernente à competência absoluta. Precedentes.

3. *Como explicam LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO, "Determinadas matérias são insuscetíveis de preclusão e podem voltar a ser*

examinadas pelo órgão jurisdicional dentro do mesmo grau de jurisdição ainda que já decididas. São infensas à preclusão. O art. 267, § 3º, CPC, arrola exemplos da espécie - os pressupostos processuais e as condições da ação são insuscetíveis de preclusão” (Código de Processo Civil comentado artigo por artigo. 4. ed. São Paulo: RT, 2012, nota 2 ao art. 473, p. 454).

[...]

5. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1.240.091/SP, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 18/10/2016, DJe 02/02/2017)

5. A exceção [também nominada objeção] de pré-executividade, ao contrário dos embargos à execução - que é meio de defesa do executado com natureza de ação -, constitui mera petição, por meio da qual é possível suscitar-se, em incidente processual, vício de evidente constatação, que não demande dilação probatória.

Nesse diapasão, para melhor compreensão dessa controvérsia, o acórdão da apelação dispôs:

Posteriormente, foi apresentada objeção de pré-executividade pela executada (fls. 196/206) fundada em laudo pericial elaborado unilateralmente (fls. 232/259), no qual consta claramente a discussão da legalidade das cláusulas do contrato que originou as cédulas de crédito comercial. Dentre seus aspectos, o laudo questionou o uso da comissão de permanência, da multa moratória, dos juros de mora e da taxa ANBID. Assim, tomando por ilegais referidas cláusulas contratuais, a perita refez os cálculos da execução utilizando os critérios que entendeu adequados e apurou crédito em favor do excipiente.

[...]

Ocorre que a exceção de pré-executividade somente é cabível quando atendidos cumulativamente dois requisitos, quais sejam, versar sobre matéria de ordem pública e dispensar qualquer dilação probatória. Esse é o entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça e aplicado nos tribunais pátrios.

[...]

Nesse passo, vê-se que no presente caso a impugnação questiona a aplicabilidade de cláusulas contratuais constantes da cédula de crédito comercial, as quais entenderam ilegais, e traz em seu bojo novos cálculos com a utilização dos critérios que afirmou serem os corretos.

Entretanto, é incontroverso nos autos que se trata de execução de título extrajudicial que não foi embargado. Da mesma forma que não se tem notícia do ajuizamento de qualquer ação revisional de contrato para questionar cláusulas contratuais e assim reduzir o débito calculado em possível desacordo com

a jurisprudência dos Tribunais, sendo certo que nem ao menos embargos à execução foram interpostos. E, após a sua inércia por mais de 7 (sete) anos, vista por meio de simples petição revisar o contrato objeto da execução.

[...]

Não se trata de matéria de ordem pública passível de exceção de pré-executividade, uma vez que circunscreve ao patrimônio dos devedores, que constituem bens disponíveis, não podendo o Poder Judiciário decretar de ofício a nulidade das cláusulas contratuais, acordadas voluntariamente pelas partes, razão pela qual se encontra precluso o direito da parte. (fl. 566-568)

Com efeito, como observado no acórdão recorrido, é pacífico, na jurisprudência desta Corte Superior, o entendimento de que a exceção de pré-executividade é cabível para discutir questões de ordem pública, cognoscíveis de ofício, *v.g.*, os pressupostos processuais, as condições da ação, a prescrição, os vícios objetivos do título executivo atinentes à certeza, liquidez e exigibilidade, desde que não demandem dilação probatória.

Confira-se:

Processual Civil. Recurso especial. Exceção de pré-executividade. Prequestionamento. Ausência. Omissão, contradição e obscuridade. Ausência. Nulidade. Ato processual praticado por fac-símile. Decurso de prazo. Ausência de prejuízo. Nulidade. Inexistência.

[...]

5. A exceção de pré-executividade é meio de defesa do executado quando desnecessária a dilação probatória e para discussão de questões de ordem pública, passíveis de conhecimento de ofício pelo julgador, sendo cabível em qualquer tempo e grau de jurisdição. Precedentes.

[...]

8. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, provido.

(REsp 1.374.242/ES, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 23/11/2017, DJe 30/11/2017)

Agravo interno no agravo em recurso especial. Ação monitória. Negativa da prestação jurisdicional. Não ocorrência. Acórdão reconhece que as questões demandam dilação probatória. Exceção de pré-executividade. Não cabimento. Súmula 83/STJ. Alteração das premissas adotadas. Súmula 7/STJ. Provimento negado.

[...]

2. "A exceção de pré-executividade é cabível para alegar matéria de ordem pública que não demande dilação probatória" (Aglnt no AREsp 930.040/MG, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 10/11/2016, DJe de 17/11/2016).

3. No caso, as instâncias ordinárias não acolheram a exceção de pré-executividade sob o fundamento de que as questões a serem decididas demandam dilação probatória. Incidência da Súmula 83 do STJ.

[...]

5 Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp 1.133.163/RS, Rel. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região), Quarta Turma, julgado em 17/04/2018, DJe 23/04/2018)

Menciona-se, ainda, a Súmula 393/STJ, que traz luz ao estabelecer que a exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal *relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória*.

Esse, a título de mero e oportuno registro, parece ter sido também o norte conferido à questão pelo novo CPC, que, consagrando a exceção de pré-executividade, nos moldes em que originariamente concebida pela doutrina e jurisprudência, expressamente estabelece, no art. 518, que todas as questões relativas à validade do procedimento de cumprimento da sentença e dos atos executivos subsequentes poderão ser arguidas pelo executado nos próprios autos e nestes serão decididas pelo juiz.

6. Diante do exposto, com acréscimos dos fundamentos ora apresentados, adiro ao bem lançado voto do em. relator para negar provimento ao agravo interno.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.412.993-SP (2013/0104421-7)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Relatora para o acórdão: Ministra Maria Isabel Gallotti

Recorrente: Kalunga Comércio e Indústria Gráfica Ltda

Advogado: Rodrigo Arantes Barcellos Correa e outro(s) - SP154361

Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA

Direito do Consumidor. Ação civil pública. Compra e venda realizada pela *internet*. Imposição de multa para os casos de atraso na entrega da mercadoria e demora na restituição do valor pago pelo consumidor arrependido. Ausência de previsão legal ou contratual. Inexistência no contrato de multa em prol do fornecedor passível de inversão. Pedido improcedente.

1. Ação civil pública proposta com o objetivo de, sob o imperativo da reciprocidade, impor cláusula penal ao fornecedor de bens móveis, nos casos de atraso na entrega da mercadoria e na demora de restituição do valor pago quando do exercício do direito do arrependimento, ante a premissa de que o consumidor é penalizado com a obrigação de arcar com multa moratória quando atrasa o pagamento de suas faturas de cartão de crédito.

2. Dado que ao Poder Judiciário não é atribuída a tarefa de substituir o legislador, a “inversão” da cláusula penal deve partir do atendimento a dois pressupostos lógicos: a) que a cláusula penal tenha sido, efetivamente, celebrada no pacto; b) haja quebra do equilíbrio contratual, em afronta ao princípio consagrado no art. 4º, III, do CDC.

3. No caso dos autos, a empresa fornecedora de bens móveis não cobra, no contrato de compra e venda, multa moratória, motivo por que o princípio do equilíbrio contratual não pode ser invocado para impor a multa.

4. No pacto de compra e venda, a empresa fornecedora envia a mercadoria após a confirmação de pagamento pela operadora de cartão de crédito, inexistindo risco de mora, daí a desnecessidade de previsão de cláusula penal, não havendo multa contratual a ser contra ela “invertida”.

5. O simples fato de o fornecedor disponibilizar, dentre outros meios de pagamento, em seu sítio da *internet*, compra por meio de cartão de crédito, de diferentes bandeiras, à escolha do consumidor, não autoriza a imposição de cláusula penal como corolário do equilíbrio contratual.

6. O contrato de compra e venda celebrado entre fornecedor de bens móveis e o consumidor não se confunde com o pacto realizado

entre este e a operadora de cartão de crédito de sua preferência, possuindo cláusulas próprias e incomunicáveis.

7. A multa cobrada pela administradora do cartão, em face do atraso no pagamento da fatura do cartão de crédito, é contrapartida justificada pela obtenção do crédito de forma fácil e desembaraçada, sem que o consumidor tenha de prestar garantia adicional alguma, além da promessa de pagar no prazo acertado.

8. O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 49, impõe somente a atualização monetária do valor pago pelo comprador nos casos de exercício do direito de arrependimento, de sorte que a imposição de multa moratória, em abstrato, por sentença em ação coletiva, nessa hipótese, carece de previsão legislativa.

9. O estímulo ao cumprimento dos prazos para a entrega de mercadorias e devolução do pagamento em caso de desistência de compra é efetuado pela dinâmica do próprio mercado, que pune aqueles que prestam serviço deficiente, dispondo os consumidores de variados canais para tornarem públicas suas reclamações e elogios, além de contar com o Poder Judiciário naqueles casos concretos em que a mora do fornecedor ultrapasse os limites da razoabilidade.

10. Recurso especial provido para julgar improcedente o pedido.

ACÓRDÃO

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Ministro Ministro Lázaro Guimarães dando provimento ao recurso especial, acompanhando a divergência, a Quarta Turma, por maioria, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto divergente da Ministra Maria Isabel Gallotti, que lavrará o acórdão.

Vencidos o relator e o Ministro Marco Buzzi. Votaram com a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira (Presidente) e Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região).

Brasília (DF), 08 de maio de 2018 (data do julgamento).

Ministra Maria Isabel Gallotti, Relatora p/ acórdão

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou ação civil pública em face de *Kalunga Comércio e Indústria Gráfica Ltda*, ora recorrente, atuante do comércio varejista, em estabelecimentos físicos e por meios eletrônicos, sob o argumento de existência de possível caráter abusivo em contrato de adesão elaborado pela ré, por meio do qual negociava com seus consumidores.

Asseverou que, tanto para a hipótese de pagamento a prazo, quanto para a hipótese de atraso no pagamento, ao consumidor impõe-se multa moratória. Sustentou que as abusividades consistiam na inexistência de cláusulas com previsão de prazo de entrega das mercadorias pela ré, fornecedora, assim como de previsão de multa moratória para os casos de impontualidade.

Aduziu que, igualmente, inexistia previsão contratual de prazo para o cumprimento da obrigação da ré de restituir o preço pago, no caso de o consumidor exercer o direito de arrependimento previsto no art. 49 do CDC, ou quando previa esse prazo, sem estabelecer qualquer sanção para o caso de atraso na devolução.

Concluiu que o equilíbrio do contrato padrão de adesão de compra e venda pressupunha a imposição de prazo para ambas as partes cumprirem suas respectivas obrigações, assim como a previsão de sanções, em desfavor das duas, para a mora.

O sentenciante de piso julgou o pedido da inicial improcedente, salientando a possibilidade de o consumidor que se sentisse de alguma forma lesado, pleitear, individualmente, o que entendesse de direito (fls. 178-182).

Em face da sentença, o autor interpôs apelação (fls. 187-197). Examinando o recurso, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu parcial provimento ao apelo, para julgar parcialmente procedente o pedido formulado em ação civil pública, condenando a ré a estabelecer, em todas as suas operações de venda de produtos multa moratória para o caso de atraso na entrega da mercadoria, bem como multa moratória para o eventual atraso na restituição do preço pago pelo consumidor, nas hipóteses de arrependimento previstas no art. 49, parágrafo único, do CDC, no montante de 2% do valor do *produto*, nos termos da seguinte ementa (fls. 258-259):

Bem móvel. Ação civil pública. Compra e venda de mercadorias fornecidas por grande empresa através do seu site na internet. Possibilidade de desistência do

negócio pelo comprador, nos termos do artigo 49 do CDC, posto que o ajuste é celebrado fora do estabelecimento comercial da vendedora. Restituição da quantia paga no prazo previsto no sítio eletrônico da fornecedora. Necessidade de fixação de multa para o caso de descumprimento do prazo pela vendedora, seja quanto à devolução do preço, como no que toca ao prazo de entrega do produto. Multa moratória de 2% sobre o valor da mercadoria, acrescida de juros legais de 1 % ao mês. Medida necessária para a manutenção do equilíbrio do contrato, para que não seja somente o consumidor apenado com a cláusula penal, mas também o fornecedor. Recurso parcialmente provido.

Foram opostos embargos de declaração pela ré, Kalunga Comércio e Indústria Gráfica Ltda (fls. 291-296), rejeitados, conforme ementa abaixo (fl. 300):

Embargos de declaração. Apelação. Coisas. Bem móvel. Ação civil pública. Alegação de que o Acórdão proferido pela Turma Julgadora apresenta erro de fato, contradição, obscuridade e omissão. Nítido caráter infringente, sem condições de ser provido, porquanto busca o reexame de matéria já analisada e decidida, o que não é de se admitir. Embargos rejeitados.

Sobreveio recurso especial, interposto por Kalunga Comércio e Indústria Gráfica Ltda (fls. 307-326), com fulcro no artigo 105, III, “a”, da Constituição Federal de 1988.

Nas razões recursais, a recorrente alega negativa de vigência aos arts. 395, 396, 421 e 476 do Código Civil de 2002, assim como art. 2º, 4º, III, 39, XII, 49, 51, IV e § 1º, II, todos do Código de Defesa do Consumidor. Por fim, alega violação ao art. 535 do CPC de 1973.

Sustenta, em primeiro lugar, a inexatidão da afirmação do recorrido, Ministério Público do Estado de São Paulo, no que respeita à assinatura de contrato de adesão e fixação de cláusula penal, porque inexistentes.

Assevera que, em sua loja virtual, após a escolha do produto pelo consumidor, abre-se a oportunidade de escolha da forma de pagamento: cartão de crédito, transferência eletrônica e boleto bancário para pessoas físicas que não expõem a recorrente ao risco de mora, razão pela qual não haveria sentido algum na fixação de multa de mora para o comprador, como de fato não ocorreu.

Informa que, apenas após a realização do pagamento, que é feito à vista, seja por meio de transferência ou boleto, é que a mercadoria é enviada, abrindo-se o prazo de entrega do produto. Por sua vez, se o pagamento é efetuado por cartão de crédito, os riscos de inadimplemento e de mora passam a ser, exclusivamente,

da administradora e do emissor do cartão de crédito, que não possuem qualquer ligação com a recorrente.

Aduz, nessa linha, que, caso o consumidor opte pelo pagamento parcelado, ou, ainda, se o consumidor atrasa no pagamento da fatura de cartão de crédito, os juros cobrados pela mora serão pagos à operadora de cartão de crédito, podendo-se falar, portanto, em desequilíbrio do contrato entre o consumidor e a administradora de cartão de crédito e não entre a recorrente e o consumidor.

A recorrente argumenta que não cobra e, por isso, nunca receberá os juros ou a multa por atraso no pagamento do preço de seus consumidores e, por, conseguinte, com base no princípio do equilíbrio contratual (art. 4º, II, do CDC), não deveria arcar com juros e multa na hipótese de eventual atraso.

Arremata que, nas vendas efetivadas fora do estabelecimento (via *internet*) e por meio de financiamento, únicas que poderiam ter multa moratória ao consumidor pessoa física, não há sua fixação pela recorrente, mas, eventualmente, pela administradora de cartão de crédito, e isso apenas se o consumidor optar por pagamento parcelado ou quando atrasar o pagamento da fatura, constituindo-se o “laço contratual que possui com a administradora, independente do laço contratual que possui com o Recorrente” (fl. 320).

Foram apresentadas contrarrazões ao recurso especial pelo Ministério Público do Estado de São Paulo (fls. 337-347).

O recurso especial recebeu crivo negativo de admissibilidade na origem (fl. 356), ascendendo a esta Corte por meio de provimento do agravo de instrumento interposto (fl. 388).

É o relatório.

2. De início, não merece prosperar a apontada violação do art. 535 do CPC, pois as alegações que a fundamentaram são genéricas, sem discriminação específica dos pontos efetivamente omissos, contraditórios ou obscuros sobre os quais teria incorrido o acórdão impugnado. Incide, no caso, por analogia, a Súmula 284 do STF.

3. A principal controvérsia dos autos consiste em definir a possibilidade ou não de inclusão de multa moratória em contratos celebrados entre consumidores e empresa de comércio varejista, para as hipóteses em que descumprir prazo ajustado para entrega dos produtos que comercializa, assim como para a hipótese de descumprir o prazo fixado de restituição dos valores pagos pelo consumidor, quando exercido seu direito de arrependimento.

A presente demanda teve origem em inquérito civil instaurado no ano de 2008, para apurar irregularidades referentes, principalmente, ao prazo de entrega das mercadorias, que seriam praticadas por treze empresas de comércio varejista, entre elas a ora recorrente, Kalunga.

Na verdade, outras ações, frutos daquele inquérito, chegaram a este Sodalício, em sede de recursos especiais, como o *REsp n. 1.548.189/SP*, em julgamento recentemente concluído pela Egrégia Terceira Turma, sob a relatoria do eminente Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. O Ministro relator proferiu voto negando provimento ao recurso especial, *mantendo a determinação do acórdão consistente na inclusão, nos contratos de venda, de multa de 2% sobre o valor da venda, no caso de descumprimento do prazo de entrega e da obrigação de devolução do preço, uma vez exercido o arrependimento do consumidor, o que acabou prevalecendo por maioria.*

Outrossim, anoto que há outro caso de varejista, oriundo do mesmo inquérito, em recurso especial concluso ao Gabinete da Ministra Maria Isabel Gallotti. Sua Excelência havia negado provimento ao recurso, mas, após a interposição de agravo regimental houve reconsideração da decisão e aguarda-se novo exame.

4. No caso ora em exame, a sentença manifestou-se acerca dos seguintes pontos: 1) fixação de prazo para entrega dos produtos; 2) fixação de prazo para devolução dos valores ao consumidor que desiste da compra e multa nos casos de atraso nessa devolução; 3) multa pelo descumprimento da entrega da mercadoria no prazo estipulado (fls. 180-182):

No que diz ao pedido de estipulação de prazo para o cumprimento da obrigação da Ré, especialmente quanto à entrega da mercadoria, o documento de fls. 88, oriundo do sitio da Ré na internet, é claro ao apontar os prazos de entrega, de acordo com o valor gasto pelo cliente, pelo local de entrega da mercadoria e a forma de transporte por ele eleita.

Assim, desnecessária a inclusão de prazo para o cumprimento da obrigação consistente em entregar a mercadoria, pois, como visto, dito prazo já consta nas informações dadas ao cliente pela Ré.

Com relação à hipótese em que há desistência do negócio por parte do comprador (especificamente aquele que adquire bens à distância, ou seja, pelo telefone ou pela internet), respeitado o entendimento do Ministério Público, tem-se que não há como ser acolhida a sua pretensão.

É que, segundo a regra do artigo 49, parágrafo único, da Lei Federal 8.078/1990, tendo o consumidor demonstrado a desistência, a devolução de valores deve ser imediata e com correção de valores.

Ora, a lei já prevê a situação de arrependimento do consumidor, de modo que, nesse pertinente, não assiste razão ao Ministério Público.

A lei já prevê a obrigação do fornecedor se o consumidor pretender desistir da compra.

Tampouco há que se cogitar de aplicação de multa, pois a lei não prevê essa disposição.

(...)

Também não há que ser acolhido o pedido referente à imposição de multa contratual para o caso de descumprimento da obrigação de entregar a mercadoria no prazo estipulado em contrato e para a hipótese de não devolução imediata do valor pago em caso de desistência oportuna por parte do consumidor.

É que, no ver deste Juízo, respeitados entendimentos contrários, não se aplica ao caso concreto as disposições do artigo 84 da Lei Federal 8.078/1990 e artigo 11 da Lei Federal 7.347/1985.

Assim entendo, pois, nem um, nem outro dos dispositivos citados se referem à aplicação de multa de modo genérico.

Ao revés, a multa prevista nos mencionados tipos legislativos é vinculada a uma obrigação de fazer não cumprida, o que será objeto de apreciação em processo judicial, garantido o contraditório.

Portanto, multa, segundo a legislação, deve ser aplicada no caso concreto e não de forma genérica.

No entanto, de modo diferente entendeu o acórdão recorrido, que reformou a sentença, dando provimento aos pedidos iniciais, mormente no que respeitava à inserção nos contratos das multas por descumprimento de prazo de entrega dos produtos e dos valores pagos em caso de arrependimento do consumidor. Confirmam-se (fls. 281-287):

A Kalunga comprovou documentalmente que já vinha cumprindo o primeiro item do pedido ministerial, porquanto disponibiliza em seu endereço eletrônico a informação quanto ao prazo de entrega do produto adquirido, que varia de 1 a 5 dias úteis após a confirmação do pagamento, consoante se vê a fls. 88/89.

(...)

No que toca à desistência da compra realizada via *internet* (...) Infere-se que as informações relativas ao procedimento para devolução de mercadoria, em caso de arrependimento estão dispostas no *site* da ré, onde está previsto, inclusive, que a restituição do preço pago será efetivada em até 10 úteis ou estorno na fatura do cartão de crédito (fls. 93).

Portanto, resta analisar os pedidos de cominação de multa à ré para os casos de eventual atraso na entrega da mercadoria ou atraso na restituição do preço pago pelo consumidor quando há devolução do produto.

(...)

Aduziu a ré na contestação, que, a empresa não impõe aos consumidores cláusula penal porquanto inexistente risco de mora, uma vez que as vendas pela *internet* são feitas por transferência eletrônica, boleto bancário ou cartão de crédito, de modo que somente após a confirmação do pagamento é que, começa a correr o prazo para a entrega do produto.

Entretanto, com a devida vênia, na hipótese em testilha, vislumbra-se a cobrança de multa moratória em caso de atraso no pagamento do preço do produto por parte do consumidor, eis que há financiamento oferecido pela ré em seu site, para compra das mercadorias em parcelas, como se vê dos documentos de fls. 94/105.

Ora, como bem asseverou o ilustre Promotor de Justiça por ocasião da réplica, “irrelevante que a multa moratória devida pelo consumidor reverta em benefício da financeira. A ré fala do financiamento no caso de pagamento parcelado como se absolutamente nada tivesse com o negócio. Mas o financiamento do preço ainda que realizado por instituição financeira, é (...) negócio conexo umbilicalmente ligado à venda da mercadoria. O financiamento é oferecido por ela própria, notadamente em seu sítio de *Internet*, como demonstram os documentos que acompanham a contestação” (fls. 119).

Logo, existindo a previsão de aplicação de multa moratória para o consumidor, cabível também aplicar tal penalidade à fornecedora, sob pena de desigualdade e rompimento do equilíbrio contratual.

(...)

Destarte, considerando os prazos de entrega das mercadorias adquiridas no site da ré, bem como o prazo de restituição do valor pago por elas em caso de desistência do consumidor, conforme ali disposto, necessária a fixação de multa para o caso de desrespeito a tais prazos por parte da fornecedora, que deve ser no montante de 2% do valor do produto, acrescido de juros legais de 1% ao mês.

5. A defesa do consumidor encontra seu fundamento na Constituição, sua regulamentação efetivou-se, igualmente, por expressa determinação constitucional (art. 48 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias), sendo, pois, imperioso o reforço na dimensão constitucional-protetiva do Código de Defesa do Consumidor, que, aliás, preparou o mercado brasileiro para o século XXI e consolidou uma nova ética empresarial, apoiada na visão moderna de valorização do consumidor como técnica eficaz, capaz de se diferenciar da concorrência e ampliar a fidelidade dos clientes.

Após quase trinta anos de existência, apesar de possuir normas de vanguarda, o progresso considerável das técnicas de contratação a distância, as inovações tecnológicas e o crescente comércio eletrônico de consumo, assim como a democratização do crédito, mostraram razões suficientes para que fosse instituída, no Senado Federal, Comissão de Juristas incumbida de aperfeiçoar o diploma consumerista

Nesse passo, a primeira questão a ser enfrentada nessa seara diz respeito à suficiência das normas jurídicas existentes para abranger as relações estabelecidas por meio do comércio eletrônico, por exemplo. Discorrendo sobre a regulação jurídica do comércio eletrônico e a necessidade de maior proteção dos vulneráveis nos sistemas de troca por intermédio da *internet*, Cláudia Lima Marques ensina que aquele comércio possui uma *unilateralidade visível* e uma *bilateralidade escondida*, querendo indicar o desafio à correta compreensão do exercício da liberdade contratual nas transações estabelecidas e o surgimento de uma nova *vulnerabilidade eletrônica*.

Ensina a professora, especialista no tema, que o art. 49 do CDC inova o ordenamento jurídico nacional e institui prazo de reflexão obrigatório e um direito de arrependimento, para proteger a declaração de vontade do consumidor, para que essa possa ser decidida e refletida com calma, protegida das técnicas de venda a domicílio (*Comentários ao código de defesa do consumidor*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010, p. 911).

No caso do comércio eletrônico (*internet*), pondera, por sua vez, Leonardo Roscoe Bessa, que a razão do direito de arrependimento é a impossibilidade de contato físico com o produto. “Por mais que se mostrem diversas fotos, sejam esclarecidas as características e qualidades do produto, nada substitui o contato direto do consumidor com o bem, fator imprescindível para uma decisão de compra”. (*Manual de direito do consumidor. Proteção contratual*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2009, p. 292)

Assenta o art. 49 do CDC:

O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.

Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados.

Segundo dispõe o parágrafo único transcrito acima, exercitado o direito de arrependimento, não deverá haver enriquecimento ilícito do fornecedor, em virtude de sua prática agressiva de venda. “Desconstituído o vínculo pela manifestação do consumidor, retornarão ambos os contratantes ao *status* anterior, devendo o fornecedor devolver os valores recebidos, monetariamente atualizados” (MARQUES, Claudia Lima. *Op. cit.*, p. 917).

6. No entanto, no caso ora em exame, o Ministério Público de São Paulo reivindica providência para situação que vai além do ressarcimento integral de direito do consumidor. Na verdade, pleiteia o *Parquet* a inserção de cláusulas contratuais, no contrato de adesão por meio do qual a recorrente pactua com seus consumidores, que preveja multa para os casos em que houver descumprimento no *prazo de entrega dos produtos* que comercializa. Da mesma forma, requer o autor da ação civil a inserção de cláusula com previsão de multa para o descumprimento do *prazo de devolução daqueles valores pagos* pelo consumidor que exercitou o direito de arrependimento referenciado alhures.

A argumentação central do Ministério Público assenta-se, principalmente, no desequilíbrio contratual, no fato de tais penalidades serem uma realidade para o consumidor e não haver a devida contraprestação por parte do fornecedor. Assevera que há, no sítio eletrônico da recorrente, Kalunga, confirmado pelo acórdão, inclusive, a opção de financiamento para o caso de pagamento parcelado, com previsão de multa moratória para os casos de inadimplemento do consumidor das parcelas devidas, sendo irrelevante o fato de os valores pagos a título de juros e multas reverterem-se a favor da varejista, já que o financiamento é disponibilizado em favor do negócio que realiza, para incrementá-lo.

No que respeita ao princípio do equilíbrio, em direito do consumidor, não se pode perder de vista, que, ao lado do princípio da vulnerabilidade, se revela como resultado do reconhecimento da desigualdade nas relações de consumo, e a necessidade da preservação do direito do consumidor, cuja finalidade específica será sempre garantir o equilíbrio dos interesses entre as partes da relação contratual.

Nessa toada, cumpre ressaltar, quanto ao desequilíbrio contratual gerado pela prática alegadamente abusiva, consistente na previsão de obrigações para a parte hipossuficiente da relação, que não encontra correspondência em relação à outra, que o Código de Defesa do Consumidor optou por fórmulas abertas para anunciar as chamadas “práticas abusivas” e “cláusulas abusivas”, lançando

mão de um rol meramente exemplificativo para descrevê-las. Daí a menção não exauriente contida nos arts. 39 e 51, *verbis*:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas [...];

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que [...].

As técnicas de interpretação do Código de Defesa do Consumidor devem levar em conta o art. 4º daquele diploma, o qual contém uma espécie de lente pela qual devem ser examinados os demais dispositivos, notadamente por estabelecer os objetivos da política nacional das relações de consumo e princípios que devem ser respeitados - entre os quais se destacam, no que interessa ao caso concreto, a “harmonia das relações de consumo” e o “equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”.

O magistério de Eros Roberto Grau explicita bem a forma pela qual devem ser entendidos os objetivos e princípios adotados pelo CDC, sobretudo, no artigo 4º:

(...) eu diria que o art. 4º do Código de Defesa do Consumidor é uma norma-objeto, porque define os fins da política nacional das relações de consumo, quer dizer, ela define resultados a serem alcançados. Todas as normas de conduta e todas as normas de organização, que são as demais normas que compõem o Código do Consumidor, instrumentam a realização desses objetivos, com base nos princípios enunciados no próprio art. 4º. Para que existem, por que existem essas normas? Para instrumentar a realização dos fins definidos no art. 4º. Assim, *todas as normas de organização e conduta contidas no Código do Consumidor, devem ser interpretadas teleologicamente, finalisticamente, não por opção do intérprete, mas porque essa é uma imposição do próprio Código. O que significa isso? Sabemos que a interpretação não é uma ciência, é uma prudência. Nela chegamos a mais de uma solução correta, tendo de fazer uma opção por uma delas. A circunstância de existirem normas-objeto que determinam a interpretação de normas de organização e de conduta estreita terrivelmente a possibilidade dessa opção, porque a única interpretação correta é aquela que seja adequada à instrumentação da realização dos fins, no caso, os fins estipulados no art. 4º do CDC.*

(GRAU, Eros Roberto. *Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor*. Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem (org.). São Paulo: RT, 2011 (Coleção doutrinas essenciais, v. I), p. 165-166).

A par da exigência de que as relações entre consumidores e fornecedores sejam equilibradas (art. 4º, inciso III), tem-se também como um direito básico do consumidor a “igualdade nas contratações” (art. 6º, inciso II) e outros direitos não previstos no CDC, mas que derivem “dos princípios gerais de direito” e da “equidade” (art. 7º).

Não fosse o bastante, o art. 51, ao enumerar algumas cláusulas tidas por abusivas, deixa claro que, nos contratos de consumo, deve haver reciprocidade de direitos entre fornecedores e consumidores, mostrando-se abusivas, por exemplo, as cláusulas contratuais que:

IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;

XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;

XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;

Relevante notar também que a Portaria n. 4, de 13.3.1998, da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE/MJ), previu como abusivas e, portanto, nulas, as cláusulas que: “... estabeleçam sanções em caso de atraso ou descumprimento da obrigação somente em desfavor do consumidor”.

Ressalte-se, por outro lado, que as disposições contidas em normas infralegais, por expressa disposição do CDC, inserem-se na categoria de outros direitos “decorrentes (...) de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes” (art. 7º, CDC).

Finalmente, ressalto que essa tendência é mundial, de se exigir reciprocidade entre as penalidades impostas ao consumidor e ao fornecedor, tendo sido adotada na Diretiva n. 93/13, do Conselho da Comunidade Econômica Européia (CEE), de 5.4.93, nos termos do art. 1º, alínea “d”, do Anexo:

1. Cláusulas que têm como objetivo ou como efeito:

[...]

d) Permitir ao profissional reter montantes pagos pelo consumidor se este renunciar à celebração ou execução do contrato, sem prever o direito de o consumidor receber do profissional uma indenização de montante equivalente se for este a renunciar.

Extrai-se do mesmo documento, aliás, diretivas específicas sobre esse debate, quais sejam, *regras de condutas atinentes ao comércio eletrônico*, orientadas pela interpretação do *favor debilis* e pela presunção de vulnerabilidade do consumidor. Confrimam-se os seguintes tópicos destacados abaixo:

(38) Os sítios *Internet* dedicados ao comércio deverão indicar, de forma clara e legível, o mais tardar no início do processo de encomenda, a eventual aplicação de restrições à entrega e quais os meios de pagamento aceites.

(43) Se o profissional não informar adequadamente o consumidor antes da celebração de um contrato à distância ou fora do estabelecimento comercial, o prazo de retractação deverá ser alargado. Contudo, a fim de garantir a segurança jurídica no que respeita à duração do prazo de retractação, deverá ser introduzido um prazo de prescrição de 12 meses.

(46) No caso de o consumidor se retractar do contrato, o profissional deverá reembolsar todos os pagamentos recebidos do consumidor, nomeadamente os relativos às despesas suportadas pelo profissional para entregar os bens ao consumidor. O reembolso não deverá ser feito sob a forma de uma nota de crédito, salvo se o consumidor tiver usado notas de crédito na transacção inicial ou de forma expressa as tiver aceite. Se o consumidor escolher expressamente um determinado tipo de entrega (por exemplo, entrega urgente em 24 horas), apesar de o profissional ter oferecido um tipo de entrega comum e geralmente aceite e com custos de entrega inferiores, a diferença de custo entre os dois tipos de entrega deverá ser suportada pelo consumidor.

(48) O consumidor deverá ser obrigado a devolver os bens no prazo máximo de 14 dias após ter informado o profissional da sua decisão de retractação do contrato. *Nos casos em que o profissional ou o consumidor não cumpra as obrigações relativas ao exercício do direito de retractação, deverão ser aplicáveis as sanções previstas na legislação nacional nos termos do disposto na presente directiva, bem como as disposições em matéria de direito dos contratos.*

(52) No contexto dos contratos de venda, a entrega de bens pode ter lugar de várias maneiras, imediatamente ou numa data posterior. Se as partes não tiverem acordado uma data de entrega específica, o profissional deverá proceder à entrega dos bens o mais rapidamente possível, mas, em qualquer caso, pelo menos até 30 dias a contar da data de celebração do contrato. A regra respeitante à entrega tardia deverá também ter em conta os bens a fabricar ou a adquirir especialmente para o consumidor e que não podem ser reutilizados pelo profissional sem perda considerável. Por conseguinte, deverá ser prevista na presente directiva uma norma que conceda ao profissional um prazo adicional razoável em certas circunstâncias. Sempre que o profissional não entregar os bens dentro do prazo acordado com o consumidor, antes de o consumidor poder rescindir o contrato, o consumidor deverá solicitar ao profissional que proceda à entrega dentro de um prazo adicional razoável e ter o direito de rescindir o contrato se o profissional

não entregar os bens dentro desse prazo adicional. Todavia, esta norma não deverá ser aplicável quando o profissional tiver recusado proceder à entrega dos bens numa declaração inequívoca. Também não deverá ser aplicável se, em certas circunstâncias, o prazo de entrega constituir um elemento essencial como, por exemplo, no caso de um vestido de noiva, que deverá ser entregue antes do casamento. Também não deverá ser aplicável se o consumidor tiver informado o profissional de que é essencial que a entrega seja efectuada numa data específica. Para o efeito, o consumidor poderá usar os elementos de contacto do profissional comunicados nos termos da presente directiva. Nestes casos específicos, se o profissional não proceder atempadamente à entrega dos bens, o consumidor deverá ter o direito de rescindir o contrato imediatamente após a expiração do prazo de entrega inicialmente acordado. A presente directiva não deverá prejudicar as disposições nacionais relativas à forma como o consumidor deve notificar o profissional da sua intenção de rescindir o contrato.

(53) Além do direito do consumidor de rescindir o contrato no caso de o profissional não cumprir as suas obrigações no que se refere à entrega dos bens nos termos da presente directiva, o consumidor pode, ao abrigo da legislação nacional aplicável, recorrer a outras soluções, como conceder ao profissional um prazo adicional para a entrega, impor a execução do contrato, reter o pagamento e pedir indemnização.

(57) É necessário que os Estados-Membros determinem as sanções aplicáveis à violação do disposto na presente directiva e garantam a sua aplicação. Essas sanções deverão ser eficazes, proporcionadas e dissuasivas.

Assim, a meu juízo, seja por princípios gerais do direito, ou pela linha adotada no Código, seja, ainda, por comezinho imperativo de equidade, mostra-se abusiva a prática de se estipular penalidade exclusivamente ao consumidor, para a hipótese de mora ou inadimplemento contratual, ficando isento de tal reprimenda o fornecedor - em situações de análogo descumprimento da avença.

Desse modo, penso que, prevendo o contrato a incidência de multa moratória para o caso de descumprimento contratual por parte do consumidor, a mesma multa deverá incidir, em reprimenda do fornecedor, caso seja deste a mora ou o inadimplemento.

No caso sob exame, penso, aliás, que a multa fixada pelo acórdão de origem tem indiscutível carácter disciplinar, muito mais que repressor. É didático seu maior papel. O objetivo de sua instituição e, após, a fixação em concreto, não é o recolhimento, em si, do numerário a ela equivalente. Esse é o meio para alcance do fim maior que se persegue, qual seja, que não haja o descumprimento do contrato, mas que, ao revés, haja *entrega do produto no prazo avençado* ou do *valor devido pela desistência da compra, também no prazo estipulado* como razoável para esse acontecimento.

É preciso deixar bem claro, não interessa ao consumidor ou à sociedade, ou interessa menos, o recebimento da multa, com relação ao adimplemento da obrigação na forma e prazo acordado.

A inserção nos contratos, como dos autos, da multa moratória visa, acima de qualquer coisa, garantir ao consumidor o cumprimento perfeito da avença, a não frustração de suas expectativas.

Ressalte-se, ademais, que não prospera a alegação da recorrente no sentido de que a empresa não impõe aos consumidores cláusula penal nas compras a vista, pelo simples motivo de inexistir risco de mora, uma vez que as vendas pela *internet* são feitas por transferência eletrônica, boleto bancário ou cartão de crédito, de modo que somente após a confirmação do pagamento é que começa a correr o prazo para a entrega do produto.

A assertiva da recorrente, em verdade, opera em seu desfavor, uma vez que não é difícil alcançar o raciocínio de que, na verdade, a recorrente não precisa da imposição de multa para garantia do cumprimento da obrigação do consumidor, justamente porque sua maior garantia é o próprio cumprimento da obrigação pelo consumidor, já que, enquanto ele não aperfeiçoa sua obrigação (paga o preço), a recorrente não cumpre sua tarefa de entregar o produto. Não há razão na instituição da multa nas compras à vista, portanto.

Da mesma forma, não prospera a alegação da recorrente no sentido da impossibilidade de imposição de multa em seu desfavor, tendo em vista o fato de que aquela penalidade é arbitrada pela instituição financeira, sendo ela a verdadeira responsável pelo contrato de financiamento oferecido aos compradores da loja virtual.

Não há como acolher aludido argumento porque, em última análise, e indiscutivelmente, tal financiamento é manifesto incentivador/facilitador dos negócios que se realizam no ambiente virtual. A recorrente tem pleno conhecimento de que não fosse a opção oferecida de compras via cartão de crédito, em parcelas, ou outro tipo de financiamento, suas vendas seriam sensivelmente diminuídas. Ou seja, interessa ao fornecedor a opção de pagamento consubstanciado naquele financiamento que a recorrente afirma ser titularizado por pessoa diversa.

Ademais, há de se considerar que ao contratar tal forma de pagamento, o consumidor não tem em mente que contrata com pessoa diferente da recorrente varejista que dá nome à loja na qual “entrou” para realizar suas compras! Não é com a financeira que o consumidor ao menos *deseja* contratar, mas com a fornecedora dos produtos, no caso, a Kalunga Comércio e Indústria.

7. A solução que se apresenta não é inédita, tendo esta Colenda Turma, na ocasião do julgamento do REsp n. 955.134/SC, reconhecido a possibilidade de extensão de regra contratual com previsão de multa moratória em desfavor do comprador de imóvel aos casos de inadimplemento do vendedor, quando referida penalidade não se encontrava prevista, originalmente, no acordo firmado entre as partes, com base em fundamentos aqui invocados.

Nesse sentido, confira-se a ementa do julgado:

Direito do Consumidor e Processual Civil. Recurso especial. Contrato de promessa de compra e venda de imóvel. Rescisão por culpa da construtora (vendedor). Defeitos de construção. Arbitramento de aluguéis em razão do uso do imóvel. Possibilidade. Pagamento, a título de sucumbência, de laudo confeccionado extrajudicialmente pela parte vencedora. Descabimento. Exegese dos arts. 19 e 20 do CPC. Inversão de cláusula contratual que previa multa exclusivamente em benefício do fornecedor, para a hipótese de mora ou inadimplemento do consumidor. Possibilidade.

1. Apesar de a rescisão contratual ter ocorrido por culpa da construtora (fornecedor), é devido o pagamento de aluguéis, pelo adquirente (consumidor), em razão do tempo em que este ocupou o imóvel. O pagamento da verba consubstancia simples retribuição pelo usufruto do imóvel durante determinado interregno temporal, rubrica que não se relaciona diretamente com danos decorrentes do rompimento da avença, mas com a utilização de bem alheio. Daí por que se mostra desimportante indagar quem deu causa à rescisão do contrato, se o suporte jurídico da condenação é a vedação do enriquecimento sem causa. Precedentes.

2. *Seja por princípios gerais do direito, seja pela principiologia adotada no Código de Defesa do Consumidor, seja, ainda, por comezinho imperativo de equidade, mostra-se abusiva a prática de se estipular penalidade exclusivamente ao consumidor, para a hipótese de mora ou inadimplemento contratual, ficando isento de tal reprimenda o fornecedor - em situações de análogo descumprimento da avença. Assim, prevendo o contrato a incidência de multa moratória para o caso de descumprimento contratual por parte do consumidor, a mesma multa deverá incidir, em reprimenda do fornecedor, caso seja deste a mora ou o inadimplemento. Assim, mantém-se a condenação do fornecedor - construtor de imóveis - em restituir integralmente as parcelas pagas pelo consumidor, acrescidas de multa de 2% (art. 52, § 1º, CDC), abatidos os aluguéis devidos, em vista de ter sido aquele, o fornecedor, quem deu causa à rescisão do contrato de compra e venda de imóvel.*

3. Descabe, porém, estender em benefício do consumidor a cláusula que previa, em prol do fornecedor, a retenção de valores a título de comissão de corretagem e taxa de serviço, uma vez que os mencionados valores não possuem natureza de cláusula penal moratória, mas indenizatória.

4. O art. 20, *caput* e § 2º, do Código de Processo Civil enumera apenas as consequências da sucumbência, devendo o vencido pagar ao vencedor as “despesas” que este antecipou, não alcançando indistintamente todos os gastos realizados pelo vencedor, mas somente aqueles “endoprocessuais” ou em razão do processo, quais sejam, “custas dos atos do processo”, “a indenização de viagem, diária de testemunha e remuneração do assistente técnico”. Assim, descabe o ressarcimento, a título de sucumbência, de valores despendidos pelo vencedor com a confecção de laudo extrajudicial, mediante a contratação de perito de sua confiança. Precedentes.

5. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 955.134/SC, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 16/08/2012, DJe 29/08/2012)

8. Por fim, resta salientar, a título apenas de registro, que o aperfeiçoamento do Código de Defesa do Consumidor conta com capítulo específico atinente ao comércio eletrônico e, entre as inovações sugeridas pela Comissão responsável pela elaboração do Projeto de Lei de alteração, percebe-se a preocupação com a inclusão de institutos que dêem eficácia aos princípios informadores desse ramo do direito.

Nessa linha, confirmam-se os artigos do CDC, com redação proposta pelo PL n. 3.514/2015, em tramitação na Câmara dos Deputados, no que respeita ao comércio eletrônico, numa tentativa clara de dar efetividade aos comandos originais do diploma do consumidor.

Art. 49. O consumidor pode desistir da contratação a distância no prazo de 7 (sete) dias a contar da aceitação da oferta, do recebimento ou da disponibilidade do produto ou serviço, o que ocorrer por último.

§ 1º

§ 2º Por contratação a distancia entende-se aquela efetivada fora do estabelecimento ou sem a presença física simultânea do consumidor e do fornecedor, especialmente em domicílio, por telefone, por reembolso postal ou *por meio eletrônico ou similar*.

§ 3º Equipara-se à modalidade de contratação prevista no § 2º deste artigo aquela em que, embora realizada no estabelecimento, o consumidor não tenha tido a prévia oportunidade de conhecer o produto ou serviço, por não se encontrar em exposição ou pela impossibilidade ou dificuldade de acesso a seu conteúdo.

§ 4º A desistência formalizada dentro do prazo previsto no *caput* implica a devolução do produto, com todos os acessórios recebidos pelo consumidor e a nota fiscal.

§ 5º Caso o consumidor exerça o direito de arrependimento, inclusive em operação que envolva retirada de recursos ou transação de financiamento, os contratos acessórios de crédito são automaticamente rescindidos, devendo ser devolvido ao fornecedor do crédito o valor total financiado ou concedido que tiver sido entregue, acrescido de eventuais juros incidentes até a data da efetiva devolução, tributos e tarifas, sendo estas cobradas somente quando aplicável.

§ 6º Sem prejuízo da iniciativa do consumidor, o fornecedor deve comunicar de modo imediato a manifestação do exercício de arrependimento à instituição financeira ou à administradora do cartão de crédito ou similar, a fim de que:

I - a transação não seja lançada na fatura do consumidor;

II - seja efetivado o estorno do valor, caso a fatura já tenha sido emitida no momento da comunicação;

III - caso o preço já tenha sido total ou parcialmente pago, seja lançado o crédito do respectivo valor na fatura a ser emitida posteriormente à comunicação.

§ 7º Se o fornecedor do produto ou serviço descumprir o disposto no § 1º ou no § 6º, o valor pago será devolvido em dobro.

§ 8º O fornecedor deve informar, de forma prévia, clara e ostensiva, os meios adequados, facilitados e eficazes disponíveis para o exercício do direito de arrependimento do consumidor, que devem contemplar, ao menos, o mesmo modo utilizado para a contratação.

§ 9º O fornecedor deve enviar ao consumidor confirmação individualizada e imediata do recebimento da manifestação de arrependimento.

9. Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Trata-se de recurso especial interposto por *Kalunga Comércio e Indústria Gráfica Ltda* em face acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

Bem móvel. Ação civil pública. Compra e venda de mercadorias fornecidas por grande empresa através do seu site na internet. Possibilidade de desistência do negócio pelo comprador, nos termos do artigo 49 do CDC, posto que o ajuste é celebrado fora do estabelecimento comercial da vendedora. Restituição da quantia paga no prazo previsto no sítio eletrônico da fornecedora. Necessidade de fixação de multa para o caso de descumprimento do prazo pela vendedora, seja quanto à devolução do preço, como no que toca ao prazo de entrega do

produto. Multa moratória de 2% sobre o valor da mercadoria, acrescida de juros legais de 1% ao mês. Medida necessária para a manutenção do equilíbrio do contrato, para que não seja somente o consumidor apenado com a cláusula penal, mas também o fornecedor - Recurso parcialmente provido.

Contra o referido julgado, foram opostos embargos declaratórios, cujo acórdão recebeu a ementa assim lavrada:

Embargos de declaração. Apelação coisas bem móvel. Ação civil pública. Alegação de que o Acórdão proferido pela Turma Julgadora apresenta erro de fato, contradição, obscuridade e omissão. Nítido caráter infringente, sem condições de ser provido, porquanto busca o reexame de matéria já analisada e decidida, o que não é de se admitir. Embargos rejeitados.

A recorrente interpôs recurso especial, em cujas razões sustentou que o acórdão estadual é omisso; nas vendas realizadas em sua loja virtual não há assinatura de contrato de adesão com fixação de cláusula penal; mesmo que fosse firmado contrato, não haveria sentido algum em se fixar multa moratória porque as formas de pagamento para pessoas físicas – cartão de crédito, transferência eletrônica e boleto bancário – não expõem o recorrente ao risco da mora; o pagamento por meio de cartão de crédito lhe é repassado pela operadora do cartão, e é esta que assume o risco da inadimplência; que nos pagamentos efetuados por transferência eletrônica e boleto bancário, recebe o preço do produto à vista; não pode ser penalizada por oferecer aos seus consumidores diversos meios de pagamento; não cobra e nunca receberá os juros ou multa por atraso no pagamento do preço de seus consumidores; a imposição de cláusula penal nos casos de atraso na entrega de mercadorias, ou na restituição do valor pago nos casos de arrependimento do consumidor, viola o princípio do equilíbrio contratual; a parte dispositiva abarcou também a forma de pagamento faturada, exclusiva de pessoas jurídicas que não se encontram sob o manto protetor das normas consumeristas; a multa, fixada em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada eventual descumprimento na fixação da multa moratória é exorbitante, merecendo redução.

A Corte de origem, em juízo prévio de admissibilidade, negou seguimento ao recurso especial, decisão que foi impugnada por meio de agravo em recurso especial.

Ao examinar os temas suscitados no agravo, o Relator, Ministro *Luis Felipe Salomão*, houve por bem dar provimento ao agravo para melhor exame do recurso especial. Negou provimento, todavia, ao pedido de reforma, sob o fundamento

de que o acórdão estadual não é omissivo; o REsp n. 1.548.189/SP, julgado pela Terceira Turma, em caso semelhante, manteve a determinação de imposição de multa, conforme estabelecido pela Corte de origem; a inserção de cláusulas contratuais no pacto de adesão é providência que atende ao equilíbrio contratual, já que o consumidor se encontra em posição de vulnerabilidade; a abusividade de cláusulas que estabelecem sanções em caso de atraso ou descumprimento de obrigação somente em desfavor do consumidor é reconhecida pela Portaria n. 4 de 13.3.1998, da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE/MJ); tal entendimento corresponde a tendência mundial, como se colhe do exame da Diretiva n. 93/13 do Conselho da Comunidade Econômica Européia (CEE), de 5.4.1993; a recorrente se aproveita da facilidade de oferecer o pagamento por meio de cartão de crédito para fomentar suas vendas; por ocasião do julgamento do REsp n. 955.134/SC, o STJ reconheceu a possibilidade de estender a multa moratória em desfavor do comprador de imóvel no caso de inadimplemento do vendedor, quando a referida penalidade não se encontrava prevista no acordo original firmado entre as partes; o PL n. 3.514/2015, em tramitação na Câmara dos Deputados, tenta dar efetividade aos comandos originais do CDC para resguardar os direitos do consumidor quando atua no comércio eletrônico.

É o relatório.

Logo de início é importante frisar que o entendimento que consta do precedente citado pelo Ministro *Luis Felipe Salomão* - REsp n. 955.134/SC, também de sua relatoria - não pode ser, data vênica, aplicado no caso dos autos.

Com efeito, o paradigma diz respeito à inversão de cláusula penal em determinado contrato de compra e venda de imóvel. A cláusula foi expressamente pactuada pelos contratantes, entretanto só favorecia um deles – o vendedor. A Quarta Turma entendeu por bem que, em face do princípio do equilíbrio contratual, a cláusula poderia ser invertida para também penalizar o vendedor em face dos transtornos causados pela sua mora.

Já o caso em exame decorre da pretensão do Ministério Público de impor a pactuação de multa moratória em desfavor da empresa ré, porque esta nunca é penalizada em razão da sua mora, enquanto o consumidor sempre responde com a incidência de cláusula penal quando atrasa o pagamento de suas prestações. Embora não haja, no contrato de adesão em tela, previsão contratual de multa que reverta à vendedora em caso de mora do consumidor, este arcará com multa em prol da instituição financeira responsável pela concessão do crédito, quando

a compra for financiada. Trata-se, portanto, de situação diversa da apreciada pela Turma no precedente mencionado.

Como já relatado, a sentença havia julgado o pedido improcedente. Ao julgar a apelação do Ministério Público, o voto condutor do acórdão delimitou o âmbito de procedência do pedido, afirmando que não tem sentido impor a multa contratual nas compras realizadas nos estabelecimentos físicos da empresa ré (86,96%), porque a mercadoria é entregue à vista. Segue então argumentando que também as vendas por telefone (4,92%) não podem dar ensejo à multa postulada na ação civil pública, porque efetuadas apenas por pessoas jurídicas que, segundo o acórdão, não se caracterizam como consumidoras, de modo que sobram 7,12% das vendas, apenas as concretizadas na *internet*, as quais podem ser objeto da imposição da multa contratual (fl. 282 e-STJ). Ao justificar a procedência do pedido, considera o seguinte:

Ora, como bem asseverou o ilustre Promotor de Justiça por ocasião da réplica, *“irrelevante que a multa moratória devida pelo consumidor reverta em benefício da financeira. A ré fala do financiamento no caso de pagamento parcelado como se absolutamente nada tivesse com o negócio.*

Mas o financiamento do preço, ainda que realizado por instituição financeira, é (...) negócio conexo umbilicalmente ligado à venda da mercadoria. O financiamento é oferecido por ela própria, notadamente em seu sítio de Internet, como demonstram os documentos que acompanham a contestação” (fls. 119).

Logo, existindo a previsão de aplicação de multa moratória para o consumidor, cabível também aplicar tal penalidade à fornecedora, sob pena de desigualdade e rompimento do equilíbrio contratual.

Notamos, então, que o fundamento para instituir a multa moratória em detrimento da empresa ré seria a aplicação do princípio do equilíbrio contratual. A empresa estaria estabelecendo a multa em seu sítio da *internet*, quando do financiamento do preço, ainda que indiretamente, por meio de instituição financeira, em “negócio conexo umbilicalmente ligado à venda da mercadoria”.

Postulou a recorrente, em embargos de declaração, fosse esclarecido que a multa deveria ser imposta apenas nas compras realizadas pela *internet*, como delimitado anteriormente, e nas modalidades onde é empregado o financiamento com auxílio de instituição financeira.

Os embargos de declaração foram rejeitados, mas penso que está claramente definido no acórdão que a multa foi imposta apenas nas compras realizadas pela *internet*. Por outro lado, não seria coerente que eventual atraso

na entrega do produto vendido com o uso de cartão de crédito fosse sancionado com multa em prol do consumidor e idêntico benefício não fosse estendido ao consumidor que pagou à vista, por meio de transferência ou boleto bancário. A falta de nexo do único fundamento invocado pelo acórdão - inversão da multa prevista apenas contra o consumidor - quando, sequer em tese, tal multa poderia onerá-lo, nos casos de pagamento à vista em compra pela *internet*, guarda relação com o mérito da pretensão e será examinado adiante.

Afasto, portanto, a alegação de ofensa ao art. 535 do CPC.

Passo ao exame do mérito do pedido inicial.

O acórdão estadual indica que a empresa recorrente estaria impondo ao consumidor o pagamento de multa moratória, e, em face do princípio do equilíbrio contratual, erigido no art. 4º, III, do Código de Defesa do Consumidor, necessária a imposição da mesma penalidade à empresa, quando houver atraso no envio da mercadoria e demora na restituição do valor adiantado nas vendas canceladas em face do exercício do direito de arrependimento.

Especificamente no que se refere à imposição da multa por parte da empresa, o acórdão é obscuro, apontando os documentos de fls. “94/105” (fls. 122/133 e-STJ) como indicativos dessa cobrança. Esses documentos, todavia, são apenas cópias impressas de várias telas da loja virtual da empresa, em que se encontram descritas várias formas de pagamento com suas especificações, sem se referirem uma única vez à cobrança de cláusula penal ou multa moratória.

Infere-se, portanto, que o acórdão estaria se referindo à forma de pagamento por meio de cartão de crédito. As outras modalidades dizem respeito a pagamento à vista e faturado - este último, apesar da possibilidade de parcelamento, também não apresenta referência alguma à multa moratória, sendo, ademais, privativo de clientes pessoas jurídicas, aos quais negada a proteção do CDC pelo próprio acórdão recorrido.

Assim, não é a empresa recorrente que está cobrando, diretamente, a multa moratória de seus clientes; depreende-se da leitura do julgado estadual que o simples fato de permitir a compra por meio de cartão de crédito autorizaria a imposição de cláusula penal à empresa ré, como corolário do equilíbrio contratual. Se a compra é realizada por meio de cartão de crédito, e a parte pode ser penalizada pelo seu atraso no pagamento da fatura com a multa contratual, a empresa vendedora do bem também deveria ser penalizada nos casos em que incorrer em mora.

A manutenção desse raciocínio para justificar a imposição da pena à empresa, entretanto, enfrenta uma série de dificuldades.

Em primeiro lugar, a loja permite a utilização de diversas bandeiras de cartão de crédito. Em nenhum momento foi investigado se todas essas operadoras cobram a referida multa, e em que percentual. Assim, a imposição da multa ao consumidor quando do inadimplemento *não passa de uma suposição*, e o seu percentual, nos casos em que efetivamente cobrada, é incerto.

Em segundo lugar, o contrato de cartão de crédito não pode ser chamado de acessório ao pacto de compra e venda, a não ser no sentido mais lato do vocábulo, de servir como instrumento para a realização do negócio. Na verdade se trata de pactos autônomos, *com fornecedores de serviços diversos (compra e venda e financeiro) e cláusulas diferentes e incomunicáveis*.

De forma alguma, data maxima vênia, o contrato de cartão de crédito pode ser considerado “umbilicalmente” ligado ao contrato de compra e venda. O consumidor dispõe de diversos outros meios de pagamento, conforme acima explicitado, e, portanto, não depende apenas de determinado cartão para efetuar compras no *site* da recorrente, sendo, ademais, diversas as bandeiras de cartão aceitas como meio de pagamento.

No pacto entre o consumidor e a operadora de cartão não se pode cogitar de desequilíbrio contratual, uma vez que a cobrança de encargos moratórios é contrapartida contratual e legalmente prevista diante da mora do consumidor, que obteve o crédito de forma fácil e desembaraçada, sem prestar garantia adicional alguma além da promessa de pagar no prazo acertado.

Quebra de contrato pela administradora do cartão haveria se esta não se desincubisse da obrigação assumida com o consumidor de autorizar a compra e repassar o pagamento ao vendedor do produto. Mas disso não se cogita na presente ação civil pública, a qual não se volta contra a administradora ou financeira do cartão de crédito.

Já no pacto de compra e venda, a empresa fornecedora recebe o preço (da operadora de cartão de crédito), e só depois de confirmado o pagamento, envia o produto ao consumidor. Não há risco de mora do consumidor em relação à fornecedora, e, por isso, logicamente, não há previsão de multa moratória. *Como justificar a imposição, pelo Judiciário, de uma cláusula penal à empresa, com base no princípio do equilíbrio contratual, se a multa moratória não é por ela cobrada, nem reverterá em seu proveito?*

A circunstância de que o consumidor se utiliza do cartão de crédito como facilitador para adquirir produtos em lojas virtuais, o que é de seu interesse e também da empresa vendedora, por aumentar a possibilidade de meios de pagamento e, portanto, de negócios, não implica a quebra da autonomia entre os contratos de cartão de crédito e o contrato de compra e venda. Assim, não se vislumbra que a imposição da multa contratual para empresa seja um corolário do princípio do equilíbrio contratual entre comprador e vendedor erigido no Código de Defesa do Consumidor.

Observo que a previsão de multa por atraso de entrega de mercadoria, com base na inversão de multa prevista no contrato de financiamento, acarretaria a incongruência, apontada pela recorrente em seus embargos de declaração na origem, de que tal multa somente poderia ser invertida quando prevista, ao menos em tese, ou seja, nas compras a prazo. Assim, o consumidor que comprasse com pagamento à vista, diante do atraso na entrega, não seria beneficiado com a multa, ao contrário do que ocorreria com o consumidor que optasse por parcelar o preço da mercadoria. O absurdo da conclusão demonstra o equívoco da premissa: a multa, acaso existente, diz respeito ao contrato entre o consumidor e financeira, em nada aproveitando ou prejudicando a vendedora, de modo que não há multa contratual a ser contra ela invertida, seja nas compras à vista, seja nas parceladas com o uso do cartão de crédito.

Por mais simpáticos que sejamos à idéia de que os fornecedores de serviços e produtos devam responder pelo atraso no cumprimento de suas obrigações, o fato é que o Código de Defesa do Consumidor não impôs a eles a multa contratual. O art. 49 do CDC dispõe que o fornecedor, nos casos em que o consumidor exercita o direito de arrependimento, deverá restituir imediatamente o valor pago, com atualização. A previsão da atualização monetária pode parecer contraditória se a restituição deve ser imediata; entretanto, denota que pode haver demora no reembolso ao consumidor – mas essa demora não prejudica o equilíbrio da relação de consumo a ponto de demandar a imposição, genérica e abstrata, por lei, de cláusula penal.

Nos casos de atraso na devolução da mercadoria em hipótese de venda cancelada pelo consumidor no prazo de arrependimento, da mesma forma, o legislador preferiu não instituir regra específica de penalização do consumidor. A experiência indica que, não raro, esse atraso pode ser atribuído a circunstâncias que escapam da seara do fornecedor e do consumidor, como dificuldades encontradas por terceiros que realizam o transporte das mercadorias.

Em suma, o legislador não anteviu quebra no equilíbrio contratual nos casos de atraso na entrega de mercadoria ou restituição decorrente de arrependimento, ao menos não a ponto de lançar mão da imposição da multa contratual ao fornecedor, como norma geral e abstrata. Assim, dado que ao Poder Judiciário não é atribuída a tarefa de substituir o legislador, a “inversão” da cláusula deve partir do atendimento a dois pressupostos lógicos: a) que a cláusula penal tenha sido, efetivamente, celebrada no pacto; b) haja quebra do equilíbrio contratual, em afronta ao princípio consagrado no art. 4º, III, do CDC. Nenhum desses requisitos se faz presente, data maxima vênia, no caso sob exame.

Anoto que o estímulo ao cumprimento dos prazos para a entrega de mercadorias, e para devolução do pagamento em caso de desistência da compra, não depende da imposição, pelo Judiciário, de cláusula contratual padrão, não prevista em lei e nem pelos contratantes.

Em princípio, é razoável supor que o fornecedor cumpra tais obrigações, tendo como objetivo o seu bom nome comercial. As leis do mercado tendem a punir aqueles que prestam serviço deficiente, e, para tanto, os consumidores dispõem de variados canais na *internet* para tornar públicas suas reclamações e também elogios, o que pode ser mais eficaz do que a ingerência do Poder Judiciário na imposição prévia e abstrata de cláusulas contratuais, por mais bem intencionadas que sejam iniciativas do gênero.

Necessário ressaltar que o consumidor não está desamparado, e sempre pode recorrer ao Poder Judiciário quando, no caso concreto, o atraso na entrega da mercadoria, ou na restituição do preço da compra cancelada, for injustificado e ultrapassar os limites da razoabilidade.

Em face do exposto, dou provimento ao recurso especial para julgar improcedente o pedido.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Trata-se de recurso especial interposto por *Kalunga Comércio e Indústria Gráfica Ltda.*, com fundamento no art. 105, III, “a”, da CF, contra os acórdãos de fls. 273/288 e 298/304 (e-STJ), do TJSP, assim ementados:

Bem móvel. Ação civil pública. Compra e venda de mercadorias fornecidas por grande empresa através do seu *site* na *internet*. Possibilidade de desistência do negócio pelo comprador, nos termos do artigo 49 do CDC, posto que o ajuste é celebrado fora do estabelecimento comercial da vendedora. Restituição da quantia paga no prazo previsto no sítio eletrônico da fornecedora. *Necessidade de fixação de multa para o caso de descumprimento do prazo pela vendedora, seja quanto à devolução do preço, como no que toca ao prazo de entrega do produto.* Multa moratória de 2% sobre o valor da mercadoria, acrescida de juros legais de 1% ao mês. Medida necessária para a manutenção do equilíbrio do contrato, para que não seja somente o consumidor apenado com a cláusula penal mas também o fornecedor. Recurso parcialmente provido. (e-STJ fl. 276 – grifei.)

Embargos de declaração. Apelação. Coisas. Bem móvel. Ação civil pública. Alegação de que o Acórdão proferido pela Turma Julgadora apresenta erro de fato, contradição, obscuridade e omissão. Nítido caráter infringente, sem condições de ser provido, porquanto busca o reexame de matéria já analisada e decidida, o que não é de se admitir. Embargos rejeitados. (e-STJ fl. 300.)

A recorrente, para demonstrar a licitude da conduta, detalha assim o procedimento adotado nas vendas realizadas por meio de sua “loja virtual”:

- i. Acessado o *site* da Kalunga, o comprador, na página inicial, vislumbra as ofertas do dia, bem como *links* de acesso a diversas categorias de produtos (fls. 94/96 dos autos).
- ii. Escolhido o produto, abre-se nova página, com preços e detalhes do produto (fls. 97/98 dos autos).
- iii. Interessado em adquirir um produto, o comprador clica em “comprar”, opção que o remete à etapa seguinte.
- iv. O comprador é remetido à página de identificação. Caso seja sua primeira compra no *site*, é necessário que se faça um cadastro, no qual devem constar seu nome, RG, CPF, endereço e *email* de identificação. (fls. 99/101 dos autos).
- v. Identificado o comprador, são apresentadas as transportadoras que prestam serviço para a Kalunga nas diversas regiões atendidas pelo *site*, com os diferentes valores de frete e prazos de entrega do produto. (fls. 90/92 e 102 dos autos).
- vi. Levando em consideração o valor do frete e o prazo de entrega, o comprador escolhe a transportadora e *clica* em “Finalizar Compra”.
- vii. O comprador, então, deve escolher a forma de pagamento de sua preferência, a saber (a) cartão de crédito; (b) transferência eletrônica; (c) boleto bancário; (d) faturado (exclusivamente disponível para pessoas jurídicas), conforme documentos juntados às fls. 103/106 dos autos.

Afirma a recorrente que “não há a assinatura de contrato de adesão, com fixação de cláusula penal” (e-STJ fl. 317) e que:

11. E, mesmo que fosse firmado um contrato, o que se admite somente para argumentar, não haveria sentido algum fixar uma multa de mora para o comprador, eis que, das quatro formas de pagamento disponíveis – cartão de crédito, transferência eletrônica, boleto bancário e faturado (esta última exclusivamente disponível para pessoas jurídicas) –, as três primeiras não expõem a Recorrente ao risco da mora.

12. Com efeito, optando o comprador em cumprir sua obrigação por meio de uma *transferência eletrônica* ou de um *boleto bancário*, o pagamento é feito à vista, antes do envio da mercadoria. Somente após a confirmação do pagamento é que abrirá, para a Recorrente, o prazo de entrega do produto, conforme se verifica nos documentos de fls. 88/89 e 103/106 dos autos.

13. Efetuado pagamento com a utilização de *cartão de crédito*, a administradora do cartão passa a ser responsável pelo repasse das quantias à Recorrente, deduzida a *taxa de desconto*. Os riscos de inadimplemento e de mora passam a ser, exclusivamente, da administradora e do emissor do cartão de crédito. Mesmo que o comprador não pague a fatura, as empresas responsáveis pelo cartão estão contratualmente obrigadas a efetuar os repasses à Recorrente.

14. E, ao contrário do que supôs o v. Acórdão do Tribunal *a quo*, a Kalunga não está ligada a financeiras, como outras lojas do ramo.

15. O que a Kalunga oferece aos consumidores é diversos meios de pagamento. Entre eles, está o pagamento por intermédio de cartão de crédito, no qual a Kalunga informa ao seu consumidor que valores superiores a R\$ 149,99 (cento e quarenta e nove reais e noventa e nove centavos) podem ser parcelados em 3 (três) vezes sem juros (o que não é financiamento, portanto) e parcelados em 10 (dez) vezes com juros.

16. Ora, a Kalunga sempre receberá da operadora do cartão de crédito o valor de face da venda. Caso o consumidor opte pelo pagamento parcelado, ou, ainda, caso o consumidor atrase no pagamento da fatura de cartão de crédito, os juros serão pagos por ele à operadora de cartão de créditos. Trata-se, portanto, do equilíbrio do contrato firmado entre consumidor e a administradora de cartão de crédito. (e-STJ fls. 317/318.)

Mais adiante, assevera que, “muito embora exista ligação entre o contrato firmado entre o consumidor e a Kalunga e aquele firmado entre ele e a administradora de cartão de crédito, *os equilíbrios econômicos dos contratos distintos não podem, data vênia, serem considerados em conjunto*” (e-STJ fl. 318). Acrescenta que “a Kalunga não cobra e nunca receberá os juros ou a multa por atraso no pagamento do preço de seus consumidores. Por conseguinte, com base no

princípio do equilíbrio contratual (art. 4º, II, do CDC), não deveria arcar com juros e multa na hipótese de eventual atraso” (e-STJ fl. 318).

Sustenta que o princípio da liberdade contratual não foi extinto pelos novos princípios. Segundo a recorrente, “o Art. 421 do Código Civil começa explicitando o princípio da liberdade contratual, para, somente após, limitá-lo e fundamentá-lo na função social” (e-STJ fl. 318), e inexistente lei “que obrigue a Recorrente a incluir cláusula penal contra si, em ofertas nas quais, ao comprador, não é imposta tal obrigação” (e-STJ fl. 319).

Entende que “não procede a alegação do Recorrido de que, sem a cláusula penal, o disposto no Art. 39, do CDC ficaria *‘desvalido juridicamente’*, pois não haveria *‘sanção bastante para o seu desrespeito’* (fl. 06 dos autos)” (e-STJ fl. 319). Isso porque “a própria lei que estabelece o dever do devedor de responder *‘pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualizações dos valores monetários segundo os índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado’* (Art. 395, do Código Civil). O Art. 396, do CC, por sua vez, ressalva que, se não houve *‘fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora’*” (e-STJ fl. 320).

Alternativamente, aponta contrariedade aos arts. 2º do CDC e 476 do CC/2002. Esclarece que “o v. Acórdão recorrido condenou a Recorrente a estabelecer ***em todas as suas operações de venda de produtos multa moratória para o caso de atraso na entrega a mercadoria, bem como multa moratória para o eventual atraso na restituição do preço pago pelo consumidor, nas hipóteses de arrependimento previstas no art. 49, § único, do CDC, no montante de 2% do valor do produto, além de juros legais de 1% ao mês, sob pena de multa cominatória de R\$ 10.000,00 por consumidor em relação ao qual haja a violação***” (fl. 235 dos autos, g.n.)” (e-STJ fl. 321). No entanto, o TJSP deixou de explicitar “que as vendas feitas exclusivamente a pessoas jurídicas não se encontram abarcadas pelo julgado” (e-STJ fl. 321), o que seria de rigor, tendo em vista que as referidas empresas “não podem ser consideradas como consumidoras, pois não são destinatárias finais fáticas e econômicas dos bens adquiridos (art. 2º do CDC)” (e-STJ fl. 321). Incide, “nos contratos de compra e venda interempresariais” (e-STJ fl. 322), o Código Civil, sendo incabível, em tais relações contratuais, a intervenção do Ministério Público “como substituto processual (art. 82, I, do CDC), para defender os interesses de grandes conglomerados multinacionais, do maior escritório de advocacia do país, e etc.” (e-STJ fl. 323).

Especificamente a respeito das vendas faturadas, aduz que também “não seria a hipótese de prever cláusula penal para a Recorrente” (e-STJ fl. 323) pelas seguintes razões:

44. Primeiro, porque, como se infere do *site* da Recorrente, não é firmado, com o comprador pessoa jurídica, contrato de adesão algum, bem como não há previsão da cobrança de cláusula penal: a pessoa jurídica compradora somente preenche um cadastro e o envia, à Recorrente, juntamente com a documentação necessária (fls. 105/108 dos autos).

45. Ademais, no caso de venda faturada, o produto é entregue muito antes do pagamento do preço. Com efeito, os prazos de entrega são de alguns dias úteis, enquanto o prazo de pagamento é igual ou superior a 30 (trinta) dias (fls. 103/104 dos autos). Assim, considerando a regra da interdependência das prestações contratuais (Art. 476 do Código Civil), não há sentido algum a previsão de cláusula penal para obrigação da Apelada, já que esta é cumprida antes de ter ocorrido o cumprimento da contraprestação (pagamento do preço). (e-STJ fls. 323/324.)

Insurge-se, ainda, contra o valor da multa, nos seguintes termos:

47. Em qualquer caso acima, há que ser diminuída a multa fixada para o caso de descumprimento da condenação, eis que absolutamente exorbitante.

Com efeito, a cominação de multa em R\$ 10.000,00 para cada eventual descumprimento na fixação de multa moratória, num universo de milhares de vendas é absolutamente exagerado e desproporcional ao descumprimento em questão.

Diante disso, requer-se seja reformado o v. acórdão nesse ponto diminuindo-se o valor da multa por descumprimento.

Por último, argumenta que, “apesar (i) de terem sido expressamente mencionados nas razões da Apelação; (ii) de ter sido demonstrada nos fundamentos expendidos no v. acórdão recorrido a negativa de vigência dos referidos dispositivos legais; e (iii) de ter o Recorrente oposto embargos de declaração, alegando que os artigos em questão não foram referidos de maneira expressa no v. acórdão recorrido, o órgão rejeitou os embargos, afirmando que *‘não padece o acórdão de qualquer omissão a ser sanada’*” (e-STJ fls. 324/325). Em tal contexto, caso se entenda que os dispositivos legais carecem de prequestionamento, deve o recurso especial ser provido por afronta ao art. 535, II, do CPC/1973.

A título de conclusão, afirma que “restou clara [...] a negativa de vigência aos arts. 535, do Código de Processo Civil, 4º, III, 39, XII, 49, 51, IV, e 51, § 1º,

II, do Código de Defesa do Consumidor; 395, 396, 421 e 476, do Código Civil” (e-STJ fl. 326).

Pede, então, (i) seja afastada “a necessidade de fixação de multa moratória” (e-STJ fl. 320); ou (ii) sejam fixados “os limites da condenação, que deverão ser apenas àquelas compras efetivadas por pessoas físicas fora do estabelecimento, no *site* da empresa e por meio de financiamento com cartão de crédito” (e-STJ fl. 324); ou (iii) seja reduzida a multa por descumprimento (cf. e-STJ fl. 324); ou (iv) caso se reconheça ausente o prequestionamento das normas indicadas como contrariadas, seja acolhido o recurso com fundamento na violação do art. 535, II, do CPC/1973 (cf. e-STJ fl. 324).

O *Ministério Público do Estado de São Paulo*, autor da ação civil pública, apresentou contrarrazões (e-STJ fls. 337/347), e o recurso especial não foi admitido na origem (e-STJ fl. 356), tendo seguimento nesta Corte Superior em decorrência do provimento do AREsp n. 325.758/SP (e-STJ fl. 388).

O Dr. *Pedro Henrique Távora Niess*, ilustrado Subprocurador-Geral da República, reportou-se à manifestação do *parquet* estadual, aguardando o não conhecimento ou o desprovimento do recurso (e-STJ fl. 396).

O em. Ministro *Luis Felipe Salomão*, Relator, negou provimento ao recurso especial. Destacou Sua Excelência os princípios e as regras contidos nos arts. 4º, III, 6º, II, 7º, 39, 49 e 51, IX, XI e XII, do CDC, citando, ainda, lições de Eros Roberto Grau a respeito da interpretação teleológica e finalística do referido Código, a Portaria n. 4, de 13.3.1998, da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE/MJ) e, a título de ilustração, a Diretiva n. 93/13, do Conselho da Comunidade Econômica Européia (CEE), de 5.4.1993, concluindo em seu voto que:

Assim, a meu juízo, seja por princípios gerais do direito, ou pela linha adotada no Código, seja, ainda, por comezinho imperativo de equidade, mostra-se abusiva a prática de se estipular penalidade exclusivamente ao consumidor, para a hipótese de mora ou inadimplemento contratual, ficando isento de tal reprimenda o fornecedor – em situações análogo descumprimento da avença.

Assim, penso que, prevendo o contrato a incidência de multa moratória para o caso de descumprimento contratual por parte do consumidor, a mesma multa deverá incidir, em reprimenda do fornecedor, caso seja deste a mora ou o inadimplemento.

[...]

Ressalte-se, ademais, que não prospera a alegação da recorrente no sentido de que a empresa não impõe aos consumidores cláusula penal nas compras

a vista, pelo simples motivo de inexistir risco de mora, uma vez que as vendas pela *internet* são feitas por transferência eletrônica, boleto bancário ou cartão de crédito, de modo que somente após a confirmação do pagamento é que começa a correr o prazo para a entrega do produto.

A assertiva da recorrente, em verdade, corre em seu desfavor, uma vez que não é difícil alcançar o raciocínio de que, na verdade, a recorrente não precisa da imposição de multa para garantia do cumprimento da obrigação pelo consumidor, já que, enquanto ele não aperfeiçoa sua obrigação (paga o preço), a recorrente não cumpre sua tarefa de entregar o produto. Não há razão na instituição da multa nas compras a vista, portanto.

Da mesma forma, não prospera a alegação da recorrente no sentido da impossibilidade de imposição de multa em seu desfavor, tendo em vista esta a cargo do consumidor é arbitrada por instituição financeira, sendo aquela a verdadeira responsável pelo contrato de financiamento oferecido aos compradores da loja virtual.

Não há como acolher aludido argumento porque, em última análise, e indiscutivelmente, tal financiamento é manifesto incentivador/facilitador dos negócios que se realizam no ambiente virtual. A recorrente tem pleno conhecimento de que não fosse a opção oferecida de compras via cartão de crédito, em parcelas, ou outro tipo de financiamento, suas vendas seriam sensivelmente diminuídas. Ou seja, interessa ao fornecedor a opção de pagamento consubstanciado naquele financiamento que a recorrente afirma ser titularizado por pessoa diversa.

Ademais, há de se considerar que ao contratar tal forma de pagamento, o consumidor não tem em mente que contrata com pessoa diferente da recorrente varejista que dá nome à loja na qual “entrou” para realizar suas compras! Não é com a financeira que o consumidor, ao menos *deseja* contratar, mas com a fornecedora dos produtos, no caso, a Kalunga Comércio e Indústria.

Citou, também, recente julgado da *Terceira Turma*, proferido no REsp n. 1.548.189/SP, Rel. Ministro *Paulo de Tarso Sanseverino*, DJe de 6.9.2017.

A em. Ministra *Maria Isabel Gallotti* proferiu voto-vista dando provimento ao recurso para julgar improcedente o pedido. Argumentou, de início, que relativamente “à imposição da multa por parte da empresa, o acórdão é obscuro, apontando os documentos de fls. ‘94/105’ (fls. 122/133 e-STJ) como indicativos dessa cobrança. Esses documentos, todavia”, segundo a em. Ministra, “são apenas cópias impressas de várias telas da loja virtual da empresa, em que se encontram descritas várias formas de pagamento com suas especificações, sem se referirem uma única vez à cobrança de cláusula penal ou multa moratória”. A respeito desse aspecto fático, concluiu que “o acórdão estaria se referindo à forma

de pagamento por meio de cartão de crédito. As outras modalidades dizem respeito a pagamento à vista e faturado – este último, apesar da possibilidade de parcelamento, também não apresenta referência alguma à multa moratória, sendo, ademais, privativo de clientes pessoas jurídicas, aos quais negada a proteção do CDC pelo próprio acórdão recorrido”. No mérito, afirma que “a loja permite a utilização de diversas bandeiras de cartão de crédito” e “em nenhum momento foi investigado se todas essas operadoras cobram a referida multa, e em que percentual”. Em tal contexto, “a imposição da multa ao consumidor quando do inadimplemento” decorreria “de uma suposição, e o seu percentual, nos casos em que efetivamente cobrada, é incerto”. Asseverou também “que o contrato de cartão de crédito não pode ser chamado de acessório ao pacto de compra e venda, a não ser no sentido mais lato do vocábulo, de servir como instrumento para a realização do negócio. Na verdade se trata de pactos autônomos, com fornecedores de serviços diversos (compra e venda e financeiro) e cláusulas diferentes e incomunicáveis”. Nesse sentido, o contrato de cartão de crédito não poderia “ser considerado ‘umbilicalmente’ ligado ao contrato de compra e venda. O consumidor dispõe de diversos outros meios de pagamento, [...] e, portanto, não” dependeria “apenas de determinado cartão para efetuar compra no *site* da recorrente, sendo, ademais, diversas as bandeiras de cartão aceitas como meio de pagamento”. Ressaltou inexistir desequilíbrio contratual no pacto celebrado entre o consumidor e a operadora do cartão, tendo em vista “que a cobrança de encargos moratórios é contrapartida contratual e legalmente prevista diante da mora do consumidor, que obteve o crédito de forma fácil e desembaraçada, sem prestar garantia adicional alguma além da promessa de pagar no prazo acertado”. Explicitou que:

Quebra de contrato pela administradora do cartão haveria se esta se desincumbisse da obrigação assumida com o consumidor de autorizar a compra e repassar o pagamento ao vendedor do produto. Mas disso não se cogita na presente ação civil pública, a qual não se volta contra a administradora ou financeira do cartão de crédito.

Já no pacto de compra e venda, a empresa fornecedora recebe o preço (da operadora de cartão de crédito), e só depois de confirmado o pagamento, envia o produto ao consumidor. Não há risco de mora do consumidor em relação à fornecedora, e, por isso, logicamente, não há previsão de multa moratória. Como justificar a imposição, pelo Judiciário, de uma cláusula penal à empresa, com base no princípio do equilíbrio contratual, se a multa moratória não é por ela cobrada, nem reverterá em seu proveito?

[...]

Em suma, o legislador não anteviu quebra no equilíbrio contratual nos casos de atraso na entrega de mercadoria ou restituição decorrente de arrependimento, ao menos não a ponto de lançar mão da imposição da multa contratual ao fornecedor, como norma geral e abstrata. Assim, dado que ao Poder Judiciário não é atribuída a tarefa de substituir o legislador, a “inversão” da cláusula deve partir do atendimento a dois pressupostos lógicos: a) que a cláusula penal tenha sido, efetivamente, celebrada no pacto; b) haja quebra do equilíbrio contratual, em afronta ao princípio consagrado no art. 4º, III, do CDC. Nenhum desses requisitos se faz presente, data maxima vênia, no caso sob exame.

A riqueza dos votos proferidos me fizeram pedir vista destes autos.

Data maxima venia, apesar dos doutos fundamentos apresentados pelo em. Ministro *Luis Felipe Salomão*, Relator, acompanho a divergência, inaugurada pela em. Ministra *Maria Isabel Gallotti*, não havendo muito para acrescentar à fundamentação do voto de Sua Excelência.

A relação negocial questionada diz respeito a um contrato padrão contido no *site* da loja virtual da ré, com previsão de diferentes modalidades de pagamento, dentre as quais encontra-se a opção do uso de cartão de crédito.

A questão jurídica tratada nestes autos demanda, primordialmente, verificar se os contratos de compra e venda e de financiamento podem ser examinados separadamente e considerados independentes para efeito de se aplicar a reciprocidade de cláusulas contratuais disciplinada no Código consumerista. Isso porque a previsão de multa encontra-se atrelada apenas ao pagamento mediante a utilização de cartão de crédito.

Sob esse enfoque, o acórdão recorrido confirma a existência de multa contratual na hipótese de financiamento pelo consumidor, assim:

Aduziu a ré na contestação, que a empresa não impõe aos consumidores cláusula penal porquanto inexistente risco de mora, uma vez que as vendas pela *internet* são feitas por transferência eletrônica, boleto bancário ou cartão de crédito, de modo que somente após a confirmação do pagamento é que começa a correr o prazo para a entrega do produto.

Entretanto, com a devida vênia, na hipótese em testilha, *vislumbra-se a cobrança de multa moratória em caso de atraso no pagamento do preço do produto por parte do consumidor, eis que há financiamento oferecido pela ré em seu site, para compra das mercadorias em parcelas, como se vê dos documentos de fls. 94/105.*

[...]

Logo, existindo a previsão de aplicação de multa moratória para o consumidor, cabível também aplicar tal penalidade à fornecedora, sob pena de desigualdade e rompimento do equilíbrio contratual. (e-STJ fls. 285/286.)

O contexto fático apresentado impõe sejam examinadas separadamente as relações entre o fornecedor do produto, o consumidor e a operadora do cartão de crédito.

O cartão de crédito é um meio que possibilita o pagamento (à vista ou parcelado) de produtos e serviços e visa a promover o mercado de consumo, facilitando as operações de compra.

A relação jurídica obrigacional havida entre o consumidor e a operadora do cartão é independente e preexistente àquela estabelecida entre o consumidor e os estabelecimentos credenciados.

A recorrente, ao meu ver, apenas permite que o consumidor efetue o pagamento de suas compras mediante a utilização de cartão de crédito, dentre outras opções que lhe são apresentadas.

Com isso, cláusulas inseridas no contrato de cartão de crédito não contaminam nem podem ser consideradas como causa de desequilíbrio no posterior contrato de compra e venda. A propósito, o consumidor adere ao contrato de cartão de crédito para realizar compras com quaisquer pessoas físicas ou jurídicas que aceitem tal forma de pagamento, sendo inviável que tais pessoas sejam obrigadas a adaptar o próprio contrato de compra e venda de bens ou serviços aos contratos de cada instituição financeira.

O fato de a operadora de cartões poder cobrar multa do consumidor por atraso na quitação das faturas, portanto, deve ser considerado, para efeito de equilíbrio contratual, apenas no âmbito do próprio contrato financeiro.

A ora recorrente, que não financia diretamente as suas vendas e que, por isso, não inseriu no contrato de compra e venda à vista penalidade de multa em desfavor do consumidor, não pode ser compelida a recolher verbas de natureza punitiva para as hipóteses de atraso na entrega da mercadoria e na restituição do preço no caso de arrependimento disciplinado no art. 49, parágrafo único, do CDC.

É evidente que a desistência do negócio, garantida pelo CDC, repercute no pagamento do preço efetuado mediante o uso do cartão de crédito, com o correspondente estorno dos lançamentos, e devolução dos valores eventualmente pagos, corrigidos monetariamente, sem qualquer ônus para o consumidor.

Hipótese diversa seria aquela em que a própria vendedora financiasse, com capital próprio, os contratos de compra e venda e estabelecesse cláusulas penais para os casos de inadimplemento por parte do adquirente das mercadorias, ou

se o consumidor fosse obrigado a celebrar, no mesmo momento, os contratos de compra e venda e de cartão de crédito, ambos apresentados pelo vendedor do produto, caracterizando inclusive venda casada. Tais circunstâncias, no entanto, não se verificam neste caso, não se podendo considerar cláusulas do anterior contrato de cartão de crédito para efeito de reconhecer desequilíbrio na negociação comercial realizada com a ora recorrente.

A operadora do cartão de crédito não pertence à ora recorrente nem está caracterizado grupo econômico que abranja as duas pessoas jurídicas, sendo os respectivos contratos autônomos entre si, celebrados em épocas distintas e sem interferências recíprocas.

Ante o exposto, *data maxima venia* do em. Ministro *Luis Felipe Salomão*, Relator, acompanho a divergência inaugurada pela em. Ministra *Maria Isabel Gallotti*, para *dar provimento* ao recurso especial.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Trata-se de recurso especial interposto por *Kalunga Comércio e Indústria Gráfica Ltda*, com fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado (fls. 273/288, e-STJ):

Bem móvel. Ação civil pública. Compra e venda de mercadorias fornecidas por grande empresa através do seu site na internet. Possibilidade de desistência do negócio pelo comprador, nos termos do artigo 49 do CDC, posto que o ajuste é celebrado fora do estabelecimento comercial da vendedora. Restituição da quantia paga no prazo previsto no sítio eletrônico da fornecedora. Necessidade de fixação de multa para o caso de descumprimento do prazo pela vendedora, seja quanto à devolução do preço, como no que toca ao prazo de entrega do produto. Multa moratória de 2% sobre o valor da mercadoria, acrescida de juros legais de 1 % ao mês. Medida necessária para a manutenção do equilíbrio do contrato, para que não seja somente o consumidor apenado com a cláusula penal, mas também o fornecedor. Recurso parcialmente provido.

Opostos embargos de declaração, restaram desprovidos.

Em suas razões (fls. 307/326, e-STJ), a recorrente aponta violação, pelo acórdão estadual, aos arts. 535 do CPC/1973; 4º, 39 e 51 do Código de Defesa do Consumidor; e, por fim, 395, 396, 421 e 476 do Código Civil.

A empresa defende, em apertada síntese, além da negativa de prestação jurisdicional, a licitude de sua conduta em relação às vendas realizadas por cartão de crédito, fora do estabelecimento físico, no âmbito do seu sítio eletrônico de vendas. Aduz, também, a inviabilidade de imposição de fixação de multa moratória para o caso de atraso na entrega da mercadoria, bem como na hipótese de demora na restituição do preço do produto pago pelo consumidor quando exerce o direito de arrependimento, porquanto viola o princípio do equilíbrio contratual.

Contrarrazões às fls. 337/347 (e-STJ).

Inadmitido o apelo nobre na origem, o e. Ministro Relator deu provimento ao agravo (art. 544 do CPC/1973) para melhor examinar a matéria (fls. 388, e-STJ).

Levado a julgamento, na assentada do dia 27 de junho de 2017, o Ministro Luís Felipe Salomão *negou provimento* ao reclamo, mantendo a multa moratória de 2% (dois por cento) sobre o valor da mercadoria, nos casos de atraso envio do produto informado e, também, de devolução do valor da mercadoria ante o direito de arrependimento exercido pelo consumidor.

Fundamentou, para tanto, que: a) a inserção de cláusulas no pacto de adesão é providência que atende ao equilíbrio contratual, pois o consumidor se encontra em posição de vulnerabilidade; b) em caso semelhante, julgado pela Terceira Turma do STJ, nos autos do *REsp 1.548.189/SP* (Rel. Ministro *Paulo de Tarso Sanserverino*, DJe 06/09/2017), restou mantida a multa moratória imposta, conforme estabelecido pela Corte Estadual; c) é reconhecida pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça a abusividade de disposições negociais que imponham apenas ao consumidor sanções pelo descumprimento das obrigações avençadas; d) existe precedente deste Tribunal Superior no sentido de estender a multa moratória ao vendedor inadimplente, quando a referida penalidade não estava estipulada no acordo originalmente firmado entre as partes (*REsp 955.134/SC*, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, *Quarta Turma*, julgado em 16/08/2012, DJe 29/08/2012); e) a recorrente se aproveita da facilidade de oferecer pagamento por meio de cartão de crédito para fomentar as suas vendas; e, f) a tramitação de projeto de lei, na Câmara dos Deputados, visando dar efetividade às regras protetivas do direito do consumidor quanto atua no comércio eletrônico, corrobora a responsabilidade da loja varejista.

Por sua vez, a e. Ministra Maria Isabel Gallotti abriu a *divergência* ao apresentar, na sessão de julgamento do dia 29 de setembro de 2017, o seu voto-vista, dando provimento ao apelo e, por conseguinte, restabelecendo a sentença de improcedência. Ao apresentar seus motivos, asseverou: a) a inaplicabilidade do precedente firmado no *REsp 955.134/SC*, ante a existência expressa no pacto de cláusula penal estipulada apenas em favor do vendedor; e, b) a multa, acaso existente, diz respeito ao contrato entre o consumidor e a financeira, em nada aproveitando ou prejudicando a vendedora, de modo que não há sanção contratual a ser contra ela invertida, seja nas compras efetuadas no sítio eletrônico à vista ou, também, naquelas parceladas com o uso do cartão de crédito.

Prosseguindo a deliberação do órgão colegiado, o e. Ministro Antônio Carlos Ferreira pediu vista dos autos, tendo, posteriormente, em 06 de março de 2018, apresentado suas conclusões e acompanhado a divergência, o que justificou o meu pedido de vista, para melhor exame da controvérsia.

É o relatório.

VOTO

O inconformismo, como restou fundamentado pelo e. relator, *não merece* prosperar.

A controvérsia ora em foco, resumidamente, consiste em decidir se é possível condenar o fornecedor por multa moratória em contratos celebrados entre consumidores e empresa de comércio varejista, nas hipóteses em que descumprir o prazo ajustado para a entrega dos produtos que comercializa, bem como quando igualmente transpassar o termo fixado de restituição dos valores pagos pelo consumidor, exercido, nos termos da lei protetionista, o seu direito de arrependimento.

1. Em que pese os argumentos apresentados pela divergência, a situação acima retratada encontra-se regulada na regra inserta do art. 51, XII, do Código de Defesa do Consumidor, segundo a qual nos contratos consumeristas deve haver reciprocidade de direitos entre os envolvidos, revelando-se abusivas, como no caso, as cláusulas contratuais que obriguem o consumidor a ressarcir os custos da cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor.

Essa, aliás, foi a deliberação tomada pelo colegiado da Terceira Turma do STJ, em idêntico caso, no julgamento do *REsp n. 1.548.189/SP* (Rel. Ministro *Paulo de Tarso Sanseverino*, *Terceira Turma*, julgado em 13/06/2017, DJe 06/09/2017), no qual restou firmado o entendimento no sentido de que é possível “a intervenção judicial nos contratos padronizados de consumo de modo a restabelecer o sinalagma negocial, fazendo incidir a mesma multa prevista para a mora do consumidor nos casos de atraso na entrega dos produtos ou de devolução imediata dos valores pagos quando exercido o direito de arrependimento, com fundamento tanto no CDC, como no próprio Código Civil (arts. 395, 394 e 422) ao estatuir os efeitos da mora e a submissão dos contratantes à boa-fé objetiva”.

A possibilidade de reversão da penalidade imposta contratualmente, de forma unilateral ao consumidor, aliás, encontra-se rotineiramente consagrada e aplicada pelo Tribunal da Cidadania, porquanto, inegavelmente, a existência de cláusula favorável, unicamente, a uma das partes, ocasiona nítido desequilíbrio contratual. Nesse sentido, dentre outros, cita-se os seguintes precedentes: *REsp 955.134/SC*, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, *Quarta Turma*, julgado em 16/08/2012, DJe 29/08/2012; *AgInt no AgInt no REsp 1.605.486/DF*, Rel. Ministro *Ricardo Villas Bôas Cueva*, *Terceira Turma*, julgado em 18/10/2016, DJe 25/10/2016; *REsp 1.665.550/BA*, Rel. Ministra *Nancy Andrigli*, *Terceira Turma*, julgado em 09/05/2017, DJe 16/05/2017; e, *AgInt nos EDcl no AREsp 1.010.004/RJ*, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, *Quarta Turma*, julgado em 03/10/2017, DJe 05/10/2017.

A rede protetiva assegurada ao consumidor em nossa legislação deve ser igualmente aplicada nas condutas empresariais atinentes ao comércio eletrônico, onde, ressalte-se, a vulnerabilidade do usuário é ainda mais evidente, estando sujeito a contratos de adesão, por vezes abusivos, e vinculado à má ou deficiente informação sobre os termos neles inseridos.

Nesse viés, como ressaltou o e. Ministro *Luis Felipe Salomão*, “a inserção nos contratos, como dos autos, da multa moratória visa, acima de qualquer coisa, garantir ao consumidor o cumprimento perfeito da avença, a não frustração de suas expectativas”, mormente porque o prazo de entrega somente começa a ser contado para a empresa após a confirmação bancária de que houve o efetivo pagamento.

Ora, nas vendas efetuadas por sítios eletrônicos de comércio de bens de consumo não é crível desconsiderar a teoria da aparência na solução da presente

questão, pois, em se tratando de contratos coligados (venda e financiamento), como bem leciona NELSON ROSENVALD, em razão de sua indissociável conexão, “a validade e a eficácia de um contrato dependerão da validade e da eficácia do outro, pois cada um é a causa do outro”, de modo que “o destino de ambos os contratos está ligado não só na sua formação, como também no desenvolvimento e no funcionamento das respectivas relações” (Obra: **Manual de Direito Civil**, volume único. Salvador: Editora JusPodivm, p. 946).

Idêntica conceituação e consideração, inclusive, é reproduzida pela jurisprudência desta Corte Superior, no sentido de que “os contratos coligados são aqueles que, apesar de sua autonomia, se reúnem por nexo econômico funcional, em que as vicissitudes de um podem influir no outro, dentro da malha contratual na qual estão inseridos” (*REsp 1.141.985/PR*, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, *Quarta Turma*, julgado em 11/02/2014, DJe 07/04/2014).

Confira-se, ainda, sobre o tema, o elucidativo precedente desta Colenda Quarta Turma, a seguir transcrito:

Recurso especial. Ação de rescisão contratual de compra e venda para fabricação e instalação de cozinhas planejadas cumulada com repetição de indébito. Instâncias ordinárias que julgaram procedente a ação para declarar rescindidos os contratos e condenar os réus (lojista, fabricante e banco), solidariamente, a devolver aos autores as quantias despendidas, com acréscimo de correção monetária e juros moratórios. Insurgência da casa bancária. Contrato coligado amparado em cessão de crédito operada entre o banco e o fornecedor dos bens em virtude de financiamento, por meio da qual passou a casa bancária a figurar como efetiva credora dos valores remanescentes a serem pagos pelos consumidores (prestações), deduzido o valor da entrada/sinal. Recurso especial conhecido em parte e na extensão, parcialmente provido para afastar a responsabilidade solidária da casa bancária no tocante à integralidade dos valores desembolsados pelos autores, remanescendo o dever de restituir os importes recebidos mediante boleto bancário devidamente corrigidos e acrescidos de juros de mora a contar da citação por se tratar de responsabilidade contratual.

[...]

3.1 *O contrato coligado não constitui um único negócio jurídico com diversos instrumentos, mas sim uma pluralidade de negócios jurídicos, ainda que celebrados em um único documento, pois é a substância do negócio jurídico que lhe dá amparo, não a forma.*

3.2 *Em razão da força da conexão contratual e dos preceitos consumeristas incidentes na espécie - tanto na relação jurídica firmada com o fornecedor das cozinhas quanto no vínculo mantido com a casa bancária -, o vício determinante*

do desfazimento da compra e venda atinge igualmente o financiamento, por se tratar de relações jurídicas trianguladas, cada uma estipulada com o fim precípuo de garantir a relação jurídica antecedente da qual é inteiramente dependente, motivo pelo qual possível a arguição da exceção de contrato não cumprido, uma vez que a posição jurídica ativa conferida ao consumidor de um produto financiado/parcelado relativamente à oponibilidade do inadimplemento do lojista perante o agente financiador constitui efeito não de um ou outro negócio isoladamente considerado, mas da vinculação jurídica entre a compra e venda e o mútuo/parcelamento.

3.3 Entretanto, a ineficácia superveniente de um dos negócios, não tem o condão de unificar os efeitos da responsabilização civil, porquanto, ainda que interdependentes entre si, parcial ou totalmente, os ajustes coligados constituem negócios jurídicos com características próprias, a ensejar interpretação e análise singular, sem contudo, deixar à margem o vínculo unitário dos limites da coligação.

3.4 Assim, a interpretação contratual constitui premissa necessária para o reconhecimento da existência e para a determinação da intensidade da coligação contratual, o que no caso concreto se dá mediante a verificação do *animus* da casa bancária na construção da coligação e o proveito econômico por ela obtido, pois não obstante o nexo funcional característico da coligação contratual, cada um dos negócios jurídicos entabulados produz efeitos que lhe são típicos nos estritos limites dos intentos dos participantes.

3.5 Inviável responsabilizar solidariamente a financeira pelos valores despendidos pelos consumidores, uma vez que, ao manter o contrato coligado, não se comprometeu a fornecer garantia irrestrita para a transação, mas sim balizada pelos benefícios dela advindos, ou seja, no caso, nos termos da cessão de crédito operada, que não abarca os valores pagos à título de entrada diretamente ao lojista.

3.6 A circunstância de o contrato de financiamento sucumbir diante do inadimplemento do lojista não transforma a casa bancária em garante universal de todos os valores despendidos pelos autores, principalmente porque a repetição do indébito limita-se àquilo que efetivamente foi desembolsado - seja dos consumidores para com a financeira, seja desta para com a lojista. A responsabilidade do banco fica limitada, portanto, à devolução das quantias que percebeu, pois a solidariedade não se presume, decorre da lei ou da vontade das partes.

4. Recurso especial conhecido em parte e, na extensão, parcialmente provido, para afastar a responsabilidade solidária da casa bancária pela repetição integral dos valores despendidos pelos consumidores, abrangendo aquele pago a título de entrada no negócio de compra das cozinhas planejadas, remanescendo a responsabilidade do banco na devolução atualizada dos valores recebidos por meio dos boletos bancários, em razão da cessão do crédito restante (crédito cedido pela lojista não abrangendo o valor recebido por esta última a título de

entrada no negócio), pois as vicissitudes de um contrato repercutiram no outro, condicionando-lhe a validade e a eficácia.

(REsp 1.127.403/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 04/02/2014, DJe 15/08/2014)

Com efeito, as condições de pagamento, nesse tipo de negociação, são estipuladas e repassadas nos termos da fornecedora do produto, diretamente em sua plataforma, contendo elementos fáticos suficientes, portanto, para induzir o consumidor na crença de que a avença é celebrada diretamente com a loja varejista.

Assim, no mínimo, os contratos de compra e venda ofertados pela loja varejista e de seu financiamento, por serem coligados, revelam a existência de uma relação obrigacional que, sob o olhar do consumidor vulnerável, pode ser perfeitamente entendida como um único ato negocial, razão pela qual, no ponto, é imperioso trazer ao conhecimento a lição do professor LUCIANO DE CAMARGO PENTEADO, saudoso mestre e doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo, no sentido que “os contratos coligados de dependência unilateral caracterizam-se pela acessoriedade de um em relação ao outro. Ou seja, um contrato só tem sentido se um primeiro contrato existir” (Obra: **Redes contratuais e contratos coligados**. In: *Direito Contratual Temas Atuais*. Coordenação de Flávio Tartuce. São Paulo: Editora Método, 2007, p. 477).

2. Na hipótese, ademais, como ressaltou o Ministro Luís Felipe Salomão, há um desequilíbrio contratual que deve ser tutelado pela legislação consumerista, ante a integração sistêmica do *princípio da vulnerabilidade* (art. 4º, I, do CDC), porquanto este, como é sabido, decorre de duas premissas que, no caso, encontram-se perceptíveis: *a*) a primeira, de ordem técnica, é nítida a sobreposição do fornecedor varejista ao consumidor, em razão de deter exclusivamente as informações dos serviços prestados e não repassá-las de forma clara e adequadamente; e, *b*) a segunda, de ordem econômica, é díspar a capacidade econômica entre os contratantes.

A vulnerabilidade jurídica, portanto, emana das dificuldades que os consumidores encontram para defender os seus direitos junto aos fornecedores, de forma que compete à lei suprir o desequilíbrio contratual gerado indevidamente no caso, haja vista a previsão exclusiva ou unilateral de obrigações para a parte hipossuficiente da relação, nos termos do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, constatada a desigualdade entre as partes contratantes, no âmbito do direito do consumidor, não há como preterir a participação judicial mais incisiva no cerne da relação negocial com o objetivo de diminuir a discrepância existente entre os envolvidos, equilibrando, de conseguinte, a relação contratual estabelecida.

Deste modo, o estabelecimento equânime de multa moratória à recorrente, por atraso no envio do produto ou na restituição do valor pelo arrependimento do consumidor, como deliberou a instância ordinária, não é descabida.

3. Concluindo, com amparo nos fundamentos acima alinhavados, em concordância com a posição firmada pelo relator e, ainda, pedindo vênua à divergência, entende-se que não prospera a alegação da empresa varejista no sentido da inviabilidade de imposição de multa em seu desfavor, ao argumento de a penalidade é arbitrada, na impontualidade do consumidor, não por ela, mas pela instituição financeira.

4. Ante o exposto, *nego provimento* ao recurso especial.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região): Trata-se de recurso especial manejado por *Kalunga Comércio e Indústria Gráfica Ltda*, com arrimo na alínea “a” do permissivo constitucional, contra v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deu parcial provimento a recurso de apelação para julgar procedente, em ação civil pública, pedido aviado pelo *Ministério Público do Estado de São Paulo*, aqui recorrido, impondo à ora recorrente a previsão, em seus contratos de adesão, de cláusula penal, genérica e abstrata, para pagamento de multa em decorrência de eventuais atrasos na entrega de mercadoria vendida através da rede mundial de computadores e na devolução de quantia paga pelo comprador na hipótese de arrependimento prevista no art. 49 do CDC.

O julgamento do apelo nobre foi iniciado na sessão de julgamento ocorrida em 27 de junho de 2017, oportunidade na qual o ilustre relator *Min. Luis Felipe Salomão* votou no sentido de conhecer e negar provimento ao apelo nobre. O julgamento foi suspenso em razão de pedido de vista formulado pela douta *Min. Maria Isabel Gallotti*, que inaugurou a divergência para dar provimento ao recurso especial, julgando improcedente o pedido. Os doutos *Ministros Antonio*

Carlos Ferreira e Marco Buzzzi também pediram vista dos autos. O primeiro acompanhou o voto divergente; o segundo, por sua vez, seguiu o relator.

Com a votação empatada, pedi vista dos autos para uma melhor análise das questões discutidas.

O ponto nodal da discussão devolvida a esta Corte Superior reside na necessidade de impor em desfavor da recorrente, em seus contratos de adesão, previsão de sanção pecuniária por eventual atraso na entrega de mercadorias vendidas a distância, pela *internet*, bem como por demora no reembolso na hipótese de arrependimento do comprador, na forma prevista no art. 49 do Código Defesa do Consumidor, em nome do princípio do equilíbrio contratual, consagrado no art. 4º, III, do mesmo diploma legal.

O eg. Tribunal local considerou a existência de duas premissas, quais sejam: (I) a previsão de cobrança de encargos moratórios em favor do fornecedor para o caso de impontualidade do consumidor quanto ao pagamento do preço; e (II) a impossibilidade de sanções, em caso de atraso ou descumprimento da obrigação, apenas em desfavor do consumidor, para concluir que a recorrente deveria ser forçada a incluir, em seus contratos de adesão, cláusula penal em seu desfavor para o caso de atrasos na entrega de produtos e na restituição do preço na hipótese do art. 49 do Código de Defesa do Consumidor, que versa sobre o direito de arrependimento nas compras feitas a distância.

A propósito, transcrevo as seguintes passagens do v. acórdão recorrido:

Da leitura da petição inicial, é de se observar que o ilustre Promotor de Justiça do Consumidor menciona a Portaria n. 04, de 13.03.1998, da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, que prevê serem nulas de pleno direito as cláusulas que “estabeleçam sanções em caso de atraso ou descumprimento da obrigação somente em desfavor do consumidor” (fls. 08).

Discorre o eminente Promotor de Justiça acerca do desequilíbrio contratual entre os consumidores lé a fornecedora Kalunga, tendo em vista a multa moratória cobrada pelo atraso no pagamento das prestações, afirmando que “não se conhece contrato de consumo em que a mora do consumidor não seja evento, sujeito a multa moratória - que, nos termos do art. 52, § 2º, do CDC, não pode superar 2% do valor da obrigação em atraso” (fls. 07).

Aduziu a ré na contestação, que a empresa não impõe aos consumidores cláusula penal porquanto inexistente risco de mora, uma vez que as vendas pela internet são feitas por transferência eletrônica, boleto bancário ou cartão de crédito, de modo que somente após a confirmação do pagamento é que começa a correr o prazo para a entrega do produto.

Entretanto, com a devida vênia, na hipótese em testilha, vislumbra-se a cobrança de multa moratória em caso de atraso no pagamento do preço do produto por parte do consumidor, eis que há financiamento oferecido pela ré em seu site, para compra das mercadorias em parcelas, como se vê dos documentos de fls. 94/105.

Ora, como bem asseverou o ilustre Promotor de Justiça por ocasião da réplica, “irrelevante que a multa moratória devida pelo consumidor reverta em benefício da financeira. A ré fala do financiamento - no caso de pagamento parcelado - como se absolutamente nada tivesse com o negócio.

Mas o financiamento do preço, ainda que realizado por instituição financeira, é (...) negócio conexo umbilicalmente ligado à venda da mercadoria. O financiamento é oferecido por ela própria, notadamente em seu sítio de *Internet*, como demonstram os documentos que acompanham a contestação” (fls. 119).

Logo, existindo a previsão de aplicação de multa moratória para o consumidor, cabível também aplicar tal penalidade à fornecedora, sob pena de desigualdade é rompimento do equilíbrio contratual. (fls. 285/286)

Sem embargo de entendimentos contrários, percebe-se que o contrato de compra e venda, na relação consumerista sob exame, somente se perfectibiliza mediante a confirmação do pagamento pelo comprador, seja em quaisquer das três hipóteses previstas (transferência eletrônica, boleto bancário ou cartão de crédito), iniciando-se, a partir daí, a obrigação da fornecedora de entregar o produto na forma e tempo contratados, de modo que não há previsão de sanção ao consumidor por atraso ou descumprimento da obrigação.

Com efeito, a multa moratória a que o Ministério Público se refere na ação civil pública, bem como mencionada pelo v. acórdão recorrido, diz respeito à sanção prevista no contrato de concessão de crédito entabulado pelo consumidor com a instituição financeira operadora do cartão de crédito, que é cobrada por esta em seu benefício, contrato esse, aliás, sujeito a regras próprias, especialmente, como cediço, no tocante à política de cobrança de juros, sem guardar relação com as vendas realizadas, a distância, pela recorrente.

Logo, ante a ausência de estipulação de cláusula penal em desfavor do comprador/consumidor, em contratos dessa natureza, a inexistência de previsão contratual, genérica e abstrata, para pagamento de multa por inobservância dos prazos de entrega de mercadoria e de restituição do preço não ofende o multicitado princípio do equilíbrio contratual. Não há falar, portanto, em “inversão” de cláusula penal ou em reciprocidade de cláusulas contratuais disciplinadas na legislação consumerista, revelando a insubsistência, *data*

maxima venia, do fundamento utilizado para justificar a condenação imposta à recorrente.

Diante do exposto, peço *venia* ao relator para acompanhar a divergência, no sentido de dar provimento ao recurso especial, julgando improcedente o pedido inicial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.481.888-SP (2014/0223395-7)

Relator: Ministro Marco Buzzi

Recorrente: S R S

Advogado: Gustavo Tourrucoo Alves e outro(s) - SP297775

Recorrido: M A T J

Advogado: Joaquim Moreira Ferreira - SP052015

EMENTA

Recurso especial. Ação de reconhecimento e dissolução de união estável. Escritura pública de união estável elegendo o regime de separação de bens. Manifestação de vontade expressa das partes que deve prevalecer. Partilha do imóvel de titularidade exclusiva da recorrente. Impossibilidade. Insurgência da demandada. Recurso especial provido.

Hipótese: Cinge-se a controvérsia a definir se o companheiro tem direito a partilha de bem imóvel adquirido durante a união estável pelo outro, diante da expressa manifestação de vontade dos conviventes optando pelo regime de separação de bens, realizada por meio de escritura pública.

1. No tocante aos direitos patrimoniais decorrentes da união estável, aplica-se como regra geral o regime da comunhão parcial de bens, ressalvando os casos em que houver disposição expressa em contrário.

2. Na hipótese dos autos, os conviventes firmaram escritura pública elegendo o regime da separação absoluta de bens, a fim de regulamentar a relação patrimonial do casal na constância da união.

2.1. A referida manifestação de vontade deve prevalecer à regra geral, em atendimento ao que dispõe os artigos 1.725 do Código Civil e 5º da Lei 9.278/1996.

2.2. O pacto realizado entre as partes, adotando o regime da separação de bens, possui efeito imediato aos negócios jurídicos a ele posteriores, havidos na relação patrimonial entre os conviventes, tal qual a aquisição do imóvel objeto do litígio, razão pela qual este não deve integrar a partilha.

3. Inaplicabilidade, *in casu*, da Súmula 377 do STF, pois esta se refere à comunicabilidade dos bens no regime de separação legal de bens (prevista no art. 1.641, CC), que não é caso dos autos.

3.1. O aludido verbete sumular não tem aplicação quando as partes livremente convencionam a separação absoluta dos bens, por meio de contrato antenupcial. Precedente.

4. Recurso especial provido para afastar a partilha do bem imóvel adquirido exclusivamente pela recorrente na constância da união estável.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, *dar* provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Luis Felipe Salomão e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira.

Brasília (DF), 10 de abril de 2018 (data do julgamento).

Ministro Marco Buzzi, Presidente e Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Cuida-se de recurso especial interposto por *S. R. S.*, com fulcro no artigo 105, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, com o escopo de ver reformado acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Na origem, *M. A. T. J.* ajuizou ação de reconhecimento e dissolução de união estável em face da companheira, ora recorrente, visando a constatação da convivência no período de 2003 a 2011 e a partilha de um imóvel e dos bens móveis que guarneciam a residência.

Em sentença (fls. 370-373, e-STJ), o magistrado singular julgou procedente a ação para declarar a união estável iniciada em 2003 e extinta no ano de 2011, com a partilha dos direitos relativos ao imóvel adquirido durante o período de convivência, julgando extinto o processo sem resolução do mérito no tocante aos demais bens.

Inconformada, a recorrente interpôs recurso de apelação (fls. 396-402, e-STJ), o qual fora desprovido pelo Tribunal de piso, nos termos da seguinte ementa (fl. 424, e-STJ):

União estável. Reconhecimento e dissolução. Partilha, em frações iguais, do imóvel adquirido na constância da convivência. Admissibilidade. Contribuição dos conviventes, em maior ou menor proporção, para o pagamento dos compromissos do casal. Esforço comum para a formação do patrimônio. Inteligência da Súmula n. 377 do STF. Sentença de parcial procedência mantida, ratificando-se seus fundamentos, a teor do art. 252 do RJTJSP. Recurso improvido.

Os embargos de declaração opostos (fls. 429-431, e-STJ) foram rejeitados na origem (fls. 438-440, e-STJ).

Nas razões do apelo extremo (fls. 443-453, e-STJ), a insurgente aponta violação ao artigo 1.725 do Código Civil de 2002 e ao artigo 5º da Lei 9.278/1996.

Sustenta, em síntese, a necessidade de prevalecer a manifestação de vontade declarada em escritura pública de união estável pelas partes, optando pelo regime da separação absoluta de bens adquiridos durante o período de convivência. Pugna, ao final, o provimento do recurso para o fim de reformar o acórdão recorrido.

Contrarrazões apresentadas às fls. 468-470, e-STJ.

Admitido o processamento do recurso na origem (fls. 472-473, e-STJ), ascenderam os autos a esta Corte.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 488-495, e-STJ, pelo conhecimento e provimento do recurso, ante a negativa de vigência aos artigos 1.725 do Código Civil e 5º da Lei 9.278/1996, a fim de ser reconhecida a titularidade exclusiva da recorrente sobre o imóvel objeto da controvérsia.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Buzzi (Relator): A insurgência recursal veiculada no apelo extremo merece acolhimento, nos termos das razões a seguir expostas:

1. Cinge-se a controvérsia a definir se o companheiro tem direito a partilha de bem imóvel adquirido durante a união estável exclusivamente pelo outro, havendo expressa manifestação de vontade dos conviventes optando pelo regime de separação de bens, realizada - inclusive - por meio de escritura pública, a qual fora firmada no ano de 2006, momento anterior à aquisição do aludido bem.

De início, destaca-se que as instâncias ordinárias tomaram por base, como razão de decidir para determinar a partilha do imóvel em litígio, o fato de ambos os companheiros terem auferido renda durante a vigência da união estável e a presunção de esforço comum para a formação do patrimônio, bem assim o disposto na Súmula 377 do STF, *in verbis*: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

Depreende-se dos autos que o juízo de primeiro grau (fls. 370-373, e-STJ), mesmo *reconhecendo a existência de escritura pública por meio da qual os conviventes adotaram o regime de separação de bens*, entendeu ser devida a partilha do imóvel adquirido pela demandada, ora recorrente, na constância da união, ante a presunção de esforço comum de ambos os conviventes.

Nesse particular, o Tribunal local, adotando os fundamentos da sentença, assim concluiu:

Consigna-se que, corretamente, a r. sentença assentou o reconhecimento e a dissolução da união estável, determinando a partilha, em frações iguais, do imóvel situado na Rua Princesa Isabel n. 36, adquirido na constância do relacionamento.

Transcreva-se, por oportuno, “*Aqui, ambos auferiram renda durante a vigência da união estável, que foi destinada em maior ou menor porção aos pagamentos dos*

compromissos do casal, fossem eles vinculados às prestações do contrato relativo à aquisição do imóvel, ou às despesas do cotidiano, igualmente importantes e de valor expressivo (alimentação, água, luz, impostos, lazer, etc)".

De acordo com a Súmula n. 377 do Supremo Tribunal Federal, "**No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento**". A contribuição dos cônjuges estende-se aos companheiros da sociedade de fato, quando houver esforço comum para a formação do patrimônio do casal.

E outros fundamentos são dispensáveis, diante da adoção integral dos que foram deduzidos na r. sentença, e aqui expressamente adotados para evitar inútil e desnecessária repetição, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça. (fls. 426, e-STJ) [grifou-se]

Por oportuno, transcreve-se trecho da sentença:

No que tange ao *bem imóvel, não obstante a declaração das partes em escritura a respeito da adoção do regime de separação de bens, datada de 2006, o negócio foi celebrado em 2008*, portanto, dois anos após a declaração e cinco depois de iniciada a entidade familiar.

Parece-me, pois, irrefutável a aplicação da presunção de esforço comum, à medida que, a partir das provas constantes nos autos, a aquisição não derivou da alienação de bem particular, produto de doação ou herança, dentre outras hipóteses legais, 1.659 do Código Civil.

Incide ao caso a Súmula 377 do STF, cujo desiderato consiste no reconhecimento da contribuição dos cônjuges, estendendo-se aos companheiros, à formação do patrimônio do casal, ainda que não possa ser aferida no aspecto, financeiro. (fls. 371-372, e-STJ) [grifou-se]

Analisadas as peculiaridades e as circunstâncias delineadas pelas instâncias ordinárias, denota-se que o referido julgado merece reforma, porquanto é *nítida a ofensa ao teor dos artigos 1.725 do Código Civil e 5º da Lei 9.278/1996*, que assim dispõe:

Art. 1.725. Na união estável, **salvo contrato escrito entre os companheiros**, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

Art. 5º Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, **salvo estipulação contrária em contrato escrito**. [...]

1.1. No tocante aos direitos patrimoniais decorrentes da união estável, aplica-se como *regra geral* o regime da *comunhão parcial de bens*, *ressalvando os casos em que houver disposição expressa em contrário*. O legislador, ao fazer tal ressalva, conferiu aos conviventes em união estável a opção de eleger regime patrimonial diverso da comunhão parcial de bens, se assim quiserem, desde que por meio de contrato escrito.

A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que, *não havendo contrato de convivência entre companheiros*, aplica-se à união estável o regime da comunhão parcial de bens. Nesse sentido, precedentes: REsp 1.171.488/RS, Rel. Ministro *Raul Araújo*, *Quarta Turma*, julgado em 04/04/2017, DJe 11/05/2017; REsp 1.597.675/SP, Rel. Ministro *Paulo de Tarso Sanseverino*, *Terceira Turma*, julgado em 25/10/2016, DJe 16/11/2016.

Todavia, na hipótese *sub judice*, depreende-se dos autos que os companheiros estabeleceram, por meio de *escritura pública de declaração* (fls. 17-18, e-STJ), *a eleição do regime de separação absoluta dos bens que viessem a adquirir na constância da união*.

A propósito, o referido regime patrimonial, previsto no artigo 1.687 do Código Civil, assim determina: “*Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real*”.

Esta, portanto, foi a opção dos conviventes, à época, ao firmarem a escritura pública de fls. 17-18, e-STJ, cuja vontade ali externada deve prevalecer, em atendimento ao que dispõe os artigos 1.725 do Código Civil e 5º da Lei 9.278/1996, supratranscritos.

Ao tratar do assunto, Flávio Tartuce destaca:

No que concerne aos direitos patrimoniais decorrentes da união estável, o art. 1.725 do mesmo Código Civil enuncia que, salvo *contrato escrito entre os companheiros*, aplica-se à união estável, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens. O contrato mencionado nesse artigo é o *contrato de convivência*, conforme conceito muito bem exposto por Francisco José Cahali em sua tese de doutorado (*Contrato...*, 2003).

Esse contrato serve para determinar qual será o regime da união estável, afastando a comunhão parcial, não tendo o condão de interferir nas normas de cunho pessoal ou de ordem pública, como é o caso da própria caracterização da união estável. [...]

Para ter validade e eficácia entre as partes, basta que o contrato de convivência tenha sido feito por instrumento particular. Aliás, a forma do ato é livre, nos termos do princípio da liberdade das formas, estabelecido pelo art. 107 do Código Civil de 2002.

(TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. v. 5. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 363-365) [grifou-se]

Não há qualquer justificativa para se aplicar à hipótese dos autos o *regime da comunhão parcial de bens*, como fizeram as instâncias ordinárias ao determinar a partilha, visto que *há pactuação expressa dos conviventes adotando regime diverso* daquele estipulado como regra geral para a união estável. Além disso, destaca-se o fato de a escritura pública - *na qual os conviventes optaram pelo regime da separação de bens - fora firmada em momento anterior à aquisição do imóvel*, circunstância esta que reforça a impossibilidade de partilha.

O documento público firmado entre as partes, adotando o *regime da separação de bens*, possui efeito imediato aos atos e negócios jurídicos a ele posteriores, havidos na relação patrimonial entre os conviventes, tal qual a aquisição do imóvel objeto do litígio.

A egrégia Terceira Turma desta Corte, por ocasião do REsp 1.459.597/SC, de relatoria da e. Ministra Nancy Andrighi, considerou válido o pacto de convivência formulado entre o casal, ainda que de forma particular, para regulamentar as relações patrimoniais durante o período de convivência. Eis a ementa do referido julgado:

Processual Civil. Civil. Contrato de convivência particular. Regulação das relações patrimoniais de forma similar à comunhão universal de bens. Possibilidade.

1. O texto de Lei que regula a possibilidade de contrato de convivência, quando aponta para ressalva de que contrato escrito pode ser entabulado entre os futuros conviventes para regular as relações patrimoniais, fixou uma dilatada liberdade às partes para disporem sobre seu patrimônio.

2. A liberdade outorgada aos conviventes deve se pautar, como outra qualquer, apenas nos requisitos de validade de um negócio jurídico, regulados pelo art. 104 do Código Civil.

3. Em que pese a válida preocupação de se acautelar, via escritura pública, tanto a própria manifestação de vontade dos conviventes quanto possíveis interesses de terceiros, é certo que o julgador não pode criar condições onde a lei estabeleceu o singelo rito do contrato escrito.

4. Assim, o pacto de convivência formulado em particular, pelo casal, na qual se opta pela adoção da regulação patrimonial da futura relação como *similar ao regime de comunhão universal*, é válido, desde que escrito.

5. Ainda que assim não fosse, vulnera o princípio da boa-fé (venire contra factum proprium), não sendo dado àquele que, sem amarras, pactuou a forma como se regularia as relações patrimoniais na união estável, posteriormente buscar enjeitar a própria manifestação de vontade, escudando-se em uma possível tecnicidade não observada por ele mesmo. 5. Recurso provido. (REsp 1.459.597/SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 1º/12/2016, DJe 15/12/2016) [grifou-se]

Deve prevalecer, portanto, a manifestação expressa de vontade do casal, por meio de escritura pública, adotando o regime de separação de bens, em detrimento de *mera presunção* de colaboração de ambos para a aquisição do imóvel em razão da união/convivência.

A propósito, concluiu o juízo de primeiro grau ser “*irrefutável a aplicação da presunção de esforço comum, à medida que, a partir das provas constantes nos autos, a aquisição não derivou da alienação de bem particular, produto de doação ou herança*” (fl. 372, e-STJ). Ora, se o julgador pautou-se na *presunção de esforço comum* para firmar suas conclusões, *evidencia-se que não há nos autos provas de que o autor/recorrido tenha - de fato - contribuído financeiramente para a aquisição do imóvel*, permitindo concluir que a compra do imóvel se deu exclusivamente pela recorrente.

Não bastasse isso, a recorrente alega, tanto na contestação (fls. 108-109, e-STJ) quanto nas razões do apelo extremo, ter adquirido o imóvel com recursos próprios e que as parcelas do financiamento foram pagas exclusivamente por ela, sustentando, ainda, ter demonstrado nos autos tais alegações por meio dos documentos 15/18 e 19/58 (fls. 134-184, e-STJ).

Corroboram referida afirmativa as conclusões exaradas pelo excelentíssimo Subprocurador-Geral da República, no parecer exarado à fls. 488-495, e-STJ, no sentido de que “*Ao contrário do pretendido pelo recorrido, a documentação carreada aos autos logra comprovar que o contrato de financiamento do imóvel e todos os comprovantes de pagamento das parcelas dele se reportam sempre e unicamente à recorrida*”.

Na hipótese *sub judice*, portanto a manifestação de vontade expressa na escritura pública firmada pelo casal, na qual se optou pela regulamentação patrimonial durante o período de convivência pelo regime de separação de bens, é a que deve prevalecer, em atenção ao disposto nos artigos 1.725 do Código Civil e 5º da Lei 9.278/1996.

1.2. Ademais, razão assiste à recorrente quanto à *inaplicabilidade da Súmula 377 do STF* (No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos

na constância do casamento) à hipótese dos autos, visto que não se está diante daquelas situações arroladas nos incisos do artigo 1.641 do Código Civil, o qual elenca os casos sujeitos ao regime da separação legal de bens.

Ao apreciar o alcance do referido enunciado sumular, esta egrégia Quarta Turma concluiu pela sua inaplicabilidade nos casos em que as partes convencionam livremente a separação absoluta de bens por meio de pacto antenupcial, consoante se extrai dos seguintes precedentes:

Casamento. Regime da completa separação de bens. Pacto antenupcial. Comunicação dos aqüestos. - Pretensão de interpretar-se o alcance de cláusula inserta no pacto antenupcial. Inadmissibilidade no apelo especial (Súmula n. 05-STJ). - **Estipulado expressamente, no contrato antenupcial, a separação absoluta, não se comunicam os bens adquiridos depois do casamento.** A separação pura é incompatível com a superveniência de uma sociedade de fato entre marido e mulher dentro do lar. Precedentes (REsp's n. 2.541-0/SP e 15.636-RJ) - Incidência, ademais, do verbete sumular n. 07-STJ. Recurso especial não conhecido. (REsp 83.750/RS, Rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 19/08/1999, DJ 29/11/1999, p. 165) [grifou-se]

Direito de Família. Regime dos bens. Aquestos. A irrevogabilidade da separação de bens absoluta resultante do pacto antenupcial e obice ao reconhecimento de sociedade de fato entre os conjugues. Recurso especial não atendido. Unanime. (REsp 15.636/RJ, Rel. Ministro Fontes de Alencar, Quarta Turma, julgado em 16/02/1993, DJ 12/04/1993, p. 6.071)

No voto proferido no REsp 15.636/RJ, destacou o e. Ministro Relator que: “*É verdade que a Súmula n. 377 do Supremo Tribunal Federal estabelece que no regime de separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento, mas é indiscutível que tal verbete não tem aplicação, quando as partes livremente convencionam a separação absoluta dos bens presentes e futuros, através do pacto. Por outro lado, a Súmula não pode ser interpretada ampliativamente, mas, sim, dentro dos limites exatos do que nela se contém.*”

Desta forma, considerando que na hipótese *sub judice*, há disposição expressa de vontade dos conviventes por meio de escritura pública em adotar o regime da separação de bens; bem assim que não se trata dos casos arrolados nos incisos do artigo 1.641 do Código Civil; revela-se *inaplicável o teor da Súmula 377 do STF.*

Portanto, a reforma do acórdão recorrido é medida que se impõe, a fim de que seja *afastada a partilha do imóvel adquirido exclusivamente pela recorrente na*

constância da união estável, em razão da adoção expressa do regime de separação de bens por meio de escritura pública firmada entre as partes.

2. Do exposto, *dou provimento* ao recurso especial, para afastar a partilha do bem imóvel adquirido pela recorrente na constância da união estável.

A despeito do provimento do apelo extremo, considerando a sucumbência recíproca das partes, mantém-se a distribuição dos ônus na forma como fixada na sentença, observado o disposto no artigo 98 do NCPC.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.602.170-MT (2016/0137183-3)

Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira

Recorrente: Antônio Carlos de Almeida - Espólio

Repr. por: Leila Maria Assumpcao de Almeida

Advogado: Paula Assumpção de Almeida Teibel e outro(s)

Recorrido: Petrobrás Distribuidora S/A

Advogado: Maria Lúcia Ferreira Teixeira e outro(s) - MT003662

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Agravo de instrumento. Ação de rescisão de contrato cumulada com pedidos indenizatório e de reintegração de posse. Corréus: empresa, espólio e sócia/inventariante. Intimação do advogado do espólio. Ausência de nulidade. Erro material no substabelecimento. Prejuízo à defesa descaracterizado. Nulidade de algibeira.

1. Ação proposta contra uma empresa, o espólio de um dos sócios e a sócia remanescente, esta representante da pessoa jurídica (por ser sócia) e do espólio (por ser inventariante).

2. Elementos processuais que conduzem à existência de simples erro material em substabelecimento. Ao invés de constar o nome do

espólio como outorgante dos poderes substabelecidos, foi inserido o nome da própria inventariante, como pessoa física, que nunca foi representada processualmente pelo advogado substabelecido.

3. Validade das intimações do espólio, realizadas em nome do advogado substabelecido, tendo em vista que o substabelecimento transferiu os poderes conferidos pelo mencionado espólio, não pela inventariante.

4. O forte liame entre todos os corrêus, que converge na figura da sócia/inventariante, por si, descaracteriza a verossimilhança da alegação de ausência de efetiva ciência dos atos processuais praticados nos autos. Prejuízo à defesa não caracterizado, o que impede o acolhimento de eventual nulidade. Precedentes do STJ.

5. Vícios nas intimações alegados quase 10 (dez) anos depois do trânsito em julgado da sentença. Inadmissibilidade de nulidade de algibeira. Precedentes do STJ.

6. Incidência da vedação da Súmula n. 83 do STJ.

7. Recurso especial desprovido.

ACÓRDÃO

A Quarta Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Buzzi, Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Luis Felipe Salomão e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr(a). Paula Assumpção de Almeida Teibel, pela parte recorrente: Antônio Carlos de Almeida.

Brasília (DF), 15 de maio de 2018 (data do julgamento).

Ministro Antonio Carlos Ferreira, Relator

DJe 29.5.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Trata-se de recurso especial interposto por *Antônio Carlos de Almeida - Espólio* contra acórdão do TJMT que recebeu a seguinte ementa:

Recurso de agravo regimental. Agravo de instrumento. Seguimento negado. Rescisão contratual. Atos processuais. Falta de intimação do patrono do espólio. Nulidade. Inocorrência. *Pas de nullite sans grief*. Intimação pessoal do inventariante. Suficiência. Precedentes. Decisão do relator mantida. Recurso conhecido e improvido.

Como cediço, o entendimento jurisprudencial é pacífico no sentido de que, o magistrado não decretará a nulidade, ou mandará repetir ato quando não houver prejuízo para a parte. Sem que tenha o agravante convencido o relator do desacerto da decisão - tanto que não exercida a retratação e apresentado o processo em mesa - permanece incólume a decisão agravada, a não ser que, em outro sentido, alguém inaugure a divergência. (e-STJ fl. 701.)

Na origem, foi ajuizada ação de rescisão de contrato proposta por *Petrobrás Distribuidora S.A.* em face de *Postop Produtos e Serviços S.A.* e seus sócios, *Leila Maria Assumpção de Almeida* e *Espólio de Antônio Carlos de Almeida*. Os requeridos apresentaram reconvenção alegando que a empresa teria dado causa à rescisão do contrato. Constituíram advogados distintos. Afirma não ter sido o espólio intimado dos atos processuais, nem sequer da sentença, ocorrendo nulidade. O julgador monocrático indeferiu o pedido, decisão que foi agravada, sendo proferido o acórdão ora recorrido.

Os embargos de declaração foram rejeitados (e-STJ fls. 731/739).

Nas razões do recurso especial (e-STJ fls. 745/770), interposto com fundamento no art. 105, III, “a” e “c”, da CF, o recorrente alega ofensa aos arts. 236, § 1º, 242 e 247 do CPC/1973 pela ausência de intimação do advogado de todos os atos processuais, a partir da audiência de instrução e julgamento, não sendo suprida pela intimação da inventariante. Menciona dissídio.

Foram apresentadas as contrarrazões (e-STJ fls. 797/823).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira (Relator): O *Espólio de Antonio Carlos de Almeida*, representado pela inventariante e corré *Leila Maria Assumpção de Almeida*, interpôs o presente recurso especial com o objetivo de anular todo o processo, atualmente em fase de execução, tendo em vista que o Dr. *Antônio Checchin Júnior*, suposto advogado do recorrente, deixou de ser intimado a partir da designação de audiência de instrução.

Inicialmente, cumpre destacar que o recurso especial e o agravo foram interpostos com fundamento no Código de Processo Civil de 1973, motivo por que devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma nele prevista, com as interpretações dadas pela jurisprudência desta Corte (Enunciado Administrativo n. 2/STJ).

No presente caso, os atos processuais e as procurações/substabelecimentos se sucederam na forma que passo a expor a seguir.

Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga propôs “ação de rescisão de contrato cumulada com indenização por perdas e danos e reintegração de posse de equipamentos” contra *Postop Produtos e Serviços Automotivos Ltda.*, *Espólio de Antônio Carlos de Almeida* e *Leila Maria de Assumpção Almeida* (e-STJ fls. 46/55).

Foram citados todos os réus, sendo certo que o *Espólio de Antônio* e a *Postop* citados na pessoa da corré *Leila*, inventariante do espólio e sócia na empresa (e-STJ fls. 89/91 e 107).

A empresa, representada por *Leila*, nomeou como advogado o Dr. *Antônio Checchin Júnior* (e-STJ fls. 95/96).

O *Espólio de Antônio*, por sua vez, também representado por *Leila*, constituiu como advogados os Drs. *Maurício Aude*, *Alessandro Tarcísio Almeida da Silva* e *Samuel Richard Decker Neto* (e-STJ fls. 102/103).

Consta dos autos certidão expedida em 26.5.2000 no sentido de que foram juntadas “duas procurações, sendo uma do Espólio de Antonio Carlos de Almeida (Advogado: Dr. Maurício Aude) e a outra do Postop Produtos e Serviços Automotivos Ltda. (Advogado: Dr. Antonio Checchin Júnior)”. Em tal certidão, também foi informado que “somente Postop e o Espólio ofereceram contestação (fls. 55/96 e 97/104) no prazo legal” (cf. e-STJ fl. 208).

O Juiz de Direito, então, decretou a revelia da corré *Leila* que, embora citada pessoalmente, não constituía advogado para representá-la como pessoa física nem apresentara contestação própria (e-STJ fls. 208/209).

Em 1º.6.2000, os Drs. *Maurício Aude* e *Samuel Richard Decker Neto*, em relação aos supostos poderes conferidos por *Leila*, juntaram aos autos substabelecimento *sem reservas* passado ao Dr. advogado *Antônio Checchin Júnior* (e-STJ fls. 210/211). Porém, no dia seguinte, em 2.6.2000, os mesmos advogados protocolaram petição informando haver incorreção na petição do dia anterior, de 1º.6.2000. Esclareceram que foram substabelecidos “os poderes conferidos, na verdade, pelo *Espólio de Antônio Carlos de Almeida* e não por *Leila Maria Assumpção de Almeida*” (e-STJ fl. 212).

A partir de 1º e 2.6.2000, portanto, a Postop e o Espólio de Antônio passaram a ser representados pelo mesmo advogado, Dr. Antônio Checchin Júnior.

Na data de 26/4/2002, o advogado *Sérgio Harry Magalhães* protocolizou substabelecimento passado pelo Dr. *Antônio Checchin Júnior*, sem reserva, datado de 19.4.2002, relativo aos poderes supostamente “outorgados por *Postop – Produtos e Serviços Ltda* e *Leila Maria de Assumpção Almeida*” (e-STJ fl. 298 – grifei).

Destaco, apenas, que, pelos elementos constantes destes autos, o Dr. *Antônio Checchin Júnior* nunca representou a Sra. *Leila*, mas apenas a *Postop* (cf. e-STJ fl. 96) e o *Espólio de Antônio* (cf. e-STJ fls. 210/212), ambos representados pela sócia e inventariante *Leila*. Assim, tal substabelecimento não produziu nenhum efeito em relação à referida corrê, cuja revelia foi decretada.

A sentença, julgando procedente o pedido, foi proferida em 30.9.2004 (e-STJ fls. 369/377), e o trânsito em julgado se deu em 23.11.2004 conforme certidão exarada em 29.11.2004 (e-STJ fl. 379).

Em 14/3/2014, o advogado *Sérgio Harry Magalhães* informou não mais patrocinar a causa, indicando a Dra. *Paula Assumpção de Almeida* como nova advogada (e-STJ fl. 551). A procuração respectiva não constava dos autos na referida data.

Posteriormente, em 26.9.2014, a Dra. *Paula*, em nome exclusivo do *Espólio de Antônio*, requereu a nulidade dos atos processuais a partir do despacho que determinou a especificação de provas, por não haver intimações em nome do Dr. *Antônio Checchin Júnior*, que seria seu advogado à época (e-STJ fls. 564/570). Nesse momento, juntou procuração em que os três corrêus nomeavam-na como advogada (e-STJ fl. 571)

Certidão do TJMT destacou:

Certifico e dou fé, em atenção ao Despacho de fl. 470 - verso, que de fato a procuração de fl. 239 substabelece ao Dr. Sérgio Harry Magalhães os poderes outorgados pelas partes Postop Produtos e Serviços Automotivos e Leila Maria Assumpção de Almeida, mantendo-se inalterada a representação do Espólio de Antônio Carlos de Almeida, contudo, conforme se verifica nas petições de fls. 242/248 e 276, o advogado Sérgio Harry Magalhães, peticionou como se fosse advogado também da parte executada Espólio de Antônio Carlos de Almeida, juntando inclusive Termo de Compromisso, no qual a co-executada Leila Maria de Assumpção é nomeada inventariante de Antônio Carlos de Almeida. Certifico ainda, que à fl. 444 consta petição deste mesmo advogado informando que não

patrocina mais a causa, no entanto, sem juntar novo substabelecimento e nem mencionar quais as partes estava deixando de patrocinar. Certifico por fim, que no sistema Apoio o causídico em epígrafe continua cadastrado como patrono das três partes executadas. Nada mais. (e-STJ fl. 582.)

O julgador monocrático indeferiu o pedido de anulação dos atos (e-STJ fls. 584/590), decisão que foi agravada.

No Tribunal, a questão foi assim analisada pela Turma julgadora:

Pois bem, como cediço, o entendimento jurisprudencial é pacífico no sentido de que, o magistrado não decretará a nulidade, ou mandará repetir ato quando não houver prejuízo para a parte.

Tal afirmativa parte da leitura clara do texto do artigo 259, § 1º do Código de Processo Civil, que em outras palavras, consagra o princípio da *pas de nullité sans grief* onde, não há nulidade sem prejuízo.

Nesse particular, não há qualquer demonstração de que a falta de intimação do patrono da agravante tenha lhe causado efetivo prejuízo, e que de outra forma, não tenha sido dada a oportunidade de atuar no feito, mesmo sem obediência à forma legal.

Pelo que se constata dos Autos do presente recurso, a representante do Espólio agravante, Sra. Leila Maria Assumpção de Almeida, também compõe o polo passivo da execução, tendo sido devidamente intimada dos atos processuais, agora reclamados, depois de passados longos 11 anos da Sentença transitada em julgado. (e-STJ fl. 705.)

Passo a decidir o recurso especial, cabendo adiantar que três são os fundamentos que adoto para desprovê-lo, conforme exponho a seguir.

I. Regularidade nas intimações efetuadas em nome do Dr. Sérgio Harry Magalhães

Em verdade, a suposta nulidade nunca existiu, verificando-se tão somente um simples defeito material na redação do substabelecimento passado em 19.4.2002 (e-STJ fl. 298).

Conforme narrado acima, desde 1º e 2.6.2000, a *Postop* e o *Espólio de Antônio* passaram a ser representados pelo mesmo advogado, Dr. *Antônio Checchin Júnior*, que nunca representou a Sra. *Leila*, corré revel, sócia na empresa e inventariante do espólio.

No entanto, na data de 26.4.2002, o referido advogado, Dr. *Antônio Checchin Júnior*, protocolizou substabelecimento, datado de 19.4.2002, do qual extraio o seguinte trecho:

Eu, **Antonio Checchin Junior**, [...] **s u b s t a b e l e ç o**, sem reservas, ressaltando o não recebimento de honorários, todos os poderes que me foram outorgados por *Postop – Produtos e Serviços Ltda* e *Leila Maria de Assumpção Almeida*, nos autos dos Processos abaixo especificados: Ação de Rescisão de Contrato, Processo n. 1.314/99, promovida por Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga em trâmite pela 20ª Vara Cível da Comarca de Cuiabá – MT; [...] na pessoa do **Dr. Sérgio Harry Magalhães**, brasileiro, advogado, inscrito na OAB/MT, sob n. 4.960. (e-STJ fl. 298.)

De plano, verifica-se que o nome da Sra. *Leila*, como pessoa física, foi inserido por equívoco. Sendo advogado apenas da *Postop* (e-STJ fl. 96) e do *Espólio de Antônio* (e-STJ fls. 210/212) – conforme elementos dos autos –, exclusivamente em relação a eles é que o Dr. *Antônio Checchin Júnior* poderia assinar tal substabelecimento. Note-se que a Sra. *Leila* não constituiu advogado em nome próprio e nem apresentou defesa, sofrendo os efeitos da revelia.

As peças juntadas aos autos e as petições subscritas pelo Dr. *Sérgio Harry Magalhães*, por outro lado, *posteriores ao substabelecimento de 19.4.2002*, demonstram claramente que, em realidade, o advogado substabelecido, Dr. *Antônio Checchin Júnior*, transferiu os poderes recebidos também pelo *Espólio de Antônio*. No presente caso, então, ao invés de indicar corretamente como mandatário o “*Espólio de Antônio Carlos de Almeida*, representado pela inventariante *Leila Maria Assumpção de Almeida*”, mencionou exclusivamente o nome da Sra. *Leila*, como pessoa física.

Confirmam tal defeito material as seguintes petições assinadas pelo Dr. *Sérgio Harry Magalhães*:

- (i) petição de fls. 303/308 (e-STJ), na qual consta “*Postop Produtos e Serviços Automotivos Ltda. e Espólio de Antônio Carlos de Almeida*” (grifei);
- (ii) petições de fls. 315, 317 e 335 (e-STJ), nas quais consta “*Postop Produtos e Serviços Automotivos e outros*”;
- (iii) petição de fls. 352/353 (e-STJ), na qual consta “*Espólio de Antônio Carlos de Almeida*, represento [*sic*] pela sua inventariante”.

Das petições relacionadas acima, é importante destacar, inicialmente, a de fls. 303/308 (e-STJ). Ao receber o substabelecimento, sem reservas, passado pelo Dr. *Antônio Checchin Júnior*, o Dr. *Sérgio* requereu vista dos autos pelo prazo

de 5 (cinco) dias (e-STJ fls. 297/298 – numeração originária: fls. 238/239), o que foi deferido (e-STJ fls. 299), realizada a respectiva publicação (e-STJ fl. 300). *Tal publicação, no entanto, ocorreu em nome do advogado substabelecete – Dr. Antônio Checchin Júnior (e-STJ fl. 309), sendo esta a razão, segundo consta da mencionada petição de fls. 303/308 (e-STJ), que impediu o Dr. Sérgio, como advogado de “Postop Produtos e Serviços Automotivos Ltda. e Espólio de Antônio Carlos de Almeida”, de “fazer carga dentro do prazo determinado”.*

Sob outro enfoque, efetuada a intimação concedendo vista em nome do Dr. Antônio Checchin Júnior (e-STJ fl. 309), ele nada fez, exatamente por não mais ser advogado constituído nos autos.

Quem se manifestou foi o Dr. Sérgio, na condição de advogado, também do *Espólio de Antônio*, insurgindo-se contra a publicação realizada em nome do advogado substabelecete, Dr. Antônio Checchin Júnior.

Outra petição que merece ser ressaltada é a de fls. 352/353 (e-STJ), de 1º.9.2003, igualmente assinada pelo Dr. Sérgio, como advogado do *Espólio de Antônio*, na qual junta o termo de inventariante, com o seguinte teor:

Espólio de Antônio Carlos de Almeida represento [sic] pela sua inventariante, vem presença de Vossa Excelência, para requerer o que segue:

- 1 – Juntada do termo de inventariante;
- 2 – Requer ainda seja leva ao Ministério Público, obedecendo as formalidades legais;

Diante do exposto, requer seja o pedido acatado em sua integralidade, nos seus legais e jurídicos fundamentos. [sic] (e-STJ fl. 352 – grifei.)

Inexiste dúvida de que o Dr. Sérgio somente requereu a juntada do termo de inventariante por ser advogado do *Espólio de Antônio*, em nome de quem postulou.

Na própria audiência de instrução, compareceu como advogado de todos os corréus o Dr. Sérgio Harry Magalhães, conforme respectivo termo (e-STJ fls. 337/338).

Enfim, após o substabelecimento de fls. 297/298, de 19.4.2002, o Dr. Antônio Checchin Júnior não mais peticionou nos autos, passando a atuar em nome de todos os corréus o Dr. Sérgio.

É claro, portanto, o defeito material constante do substabelecimento de fls. 297/298 (e-STJ), no qual deveria constar “*Espólio de Antônio Carlos de Almeida*, representado por *Leila Maria de Assumpção Almeida*”.

Finalmente, transitada em julgado a sentença em 23.11.2004 (e-STJ fl. 379), o Dr. *Sérgio Harry Magalhães* peticionou tão somente em 14.3.2014, exclusivamente para “informar que não mais patrocina a presente causa, mas sim a Dra. Paula Assumpção de Almeida”, permanecendo silente a respeito de eventual nulidade por vício nas intimações anteriores.

Com efeito, corretas se afiguram todas as intimações realizadas em nome do efetivo advogado das partes, Dr. *Sérgio Harry Magalhães*, ausente a nulidade pretendida.

O presente entendimento está fundamentado no exame das procurações, dos substabelecimentos e de outras peças processuais formadas nestes autos, não alcançadas pela vedação contida na Súmula n. 7 do STJ.

II. Ciência das intimações – Ausência de prejuízo

Os corréus nesta demanda são: (i) *Postop Produtos e Serviços Automotivos Ltda.*, (ii) *Espólio de Antônio Carlos de Almeida* e (iii) *Leila Maria de Assumpção Almeida*, cabendo destacar que esta última ré, como sócia e inventariante, representa os dois primeiros réus, tendo nomeado todos os advogados constituídos nos autos no polo passivo. Esse forte liame entre todos os réus, que converge na figura da Sra. *Leila*, por si, é capaz de descaracterizar como razoável a alegação de ausência de efetiva ciência dos atos processuais praticados nos autos e de eventual prejuízo à defesa.

Com efeito, quando o Dr. *Sérgio Harry Magalhães* passou a ser intimado em nome de todos os réus e a defendê-los conjuntamente, peticionando e comparecendo na audiência de instrução também como advogado dos três réus, o direito à ampla defesa foi assegurado.

Em tais circunstâncias, inexistindo demonstração de efetivo prejuízo à defesa, não há como reconhecer a nulidade processual, na linha dos seguintes precedentes:

Agravo interno no recurso especial. Ação declaratória. Citação por edital. Ausência de nomeação de curador especial a alguns réus revéis. Julgamento de improcedência do pedido. Reconhecimento de nulidade dos atos processuais. Prejuízo não demonstrado. Impossibilidade.

1. O reconhecimento da nulidade de atos processuais exige efetiva demonstração de prejuízo suportado pela parte interessada, em respeito ao princípio da instrumentalidade das formas (*pas de nullité sans grief*).

2. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt nos EDcl no REsp n. 1.669.058/TO, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe de 11.4.2018.)

Agravo interno no recurso especial. Ação de reintegração de posse. Audiência de justificação prévia não realizada. Ausência de dano à parte ré. Prejuízo não demonstrado. Alegação de nulidade. Preclusão. Nulidade de algibeira. Impossibilidade de manejo. Agravo desprovido.

[...]

2. Ainda que se pudesse vislumbrar a possibilidade de dano à parte ré no caso concreto, a jurisprudência desta Corte Superior é firme no sentido de que a decretação de nulidade processual não prescinde da efetiva demonstração do prejuízo, ônus do qual a parte não se desincumbiu.

[...]

5. Agravo interno desprovido. (AgInt no REsp n. 1.699.980/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJe de 2.4.2018.)

Agravo interno no recurso especial. Alegação de violação à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Impossibilidade de exame em sede de recurso especial. Princípios de contornos constitucionais. Nulidade. Ausência de citação. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Incidência do Enunciado n. 7/STJ. Declaração de nulidade. Necessidade de demonstração do efetivo prejuízo. Não ocorrência. Embargos de declaração protelatórios. Multa. Incidência.

[...]

3. A declaração da nulidade dos atos processuais depende da demonstração da existência de prejuízo à parte interessada (*pas de nullité sans grief*).

[...]

6. **Agravo interno desprovido.** (AgInt no REsp n. 1.694.390/SC, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe de 20.3.2018.)

Agravo interno no agravo (art. 544 do CPC/1973). Ação revisional. Decisão monocrática que conheceu do agravo para negar provimento ao recurso especial. Insurgência da parte autora.

[...]

2. O Tribunal local decidiu em conformidade com a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, no sentido de que só se declara a nulidade de atos processuais caso verificada a ocorrência de efetivo prejuízo a uma das partes. Incidência da Súmula 83 do STJ. Por outro prisma, para verificar a ocorrência ou não de prejuízo na espécie, seria imprescindível o revolvimento dos elementos fático-probatórios acostados aos autos, o que é vedado em sede de recurso especial (Súmula 7 do STJ).

3. Agravo interno desprovido. (AglInt no AREsp n. 863.102/MG, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe de 7.3.2018.)

III. Nulidade de algibeira

Ainda que o Dr. *Antônio Checchin Júnior* tivesse permanecido como advogado do *Espólio de Antônio*, estar-se-ia diante da hipótese da chamada “nulidade de algibeira”.

A sentença de procedência foi proferida em 30.9.2004 (e-STJ fls. 369/377) e transitou em julgado em 23.11.2004, conforme certidão de 29.11.2004 (e-STJ fl. 379).

O Dr. *Sérgio Harry Magalhães*, em 14.3.2014, informou que não patrocinava mais a causa e que a Dra. *Paula Assumpção de Almeida Teibel* seria a nova advogada (e-STJ fl. 551), não existindo nos autos, na referida data, a necessária procuração ou substabelecimento.

Somente em 26.9.2014, a Dra. *Paula* requereu em nome do *Espólio de Antônio* a nulidade dos atos processuais desde a especificação de provas, por não haver intimações em nome do Dr. *Antônio Checchin Júnior* (e-STJ fls. 564/570). Juntou na referida data procuração outorgada pelos três corréus (e-STJ fl. 571)

Sem dúvida, passados quase 10 (dez) anos do trânsito em julgado da sentença, sem que a suposta nulidade tivesse sido arguida no curso do processo, não haveria razão para, agora, no âmbito da execução, acolher tal pedido. De fato, eventual defeito nas intimações do *Espólio de Antônio*, se existente, era de conhecimento de todos os corréus, sendo certo que a corré *Leila* representava, simultaneamente, a empresa e o referido espólio.

A jurisprudência tem repellido a chamada “nulidade de algibeira”, por ser incompatível com o princípio da boa fé que deve pautar as relações jurídicas. Nesse sentido:

Civil. Processual Civil. Ação anulatória de atos executivos. Omissão e negativa de prestação jurisdicional. Inocorrência. Penhora ocorrida durante a suspensão do processo decorrente do falecimento do devedor. Ato processual. Reenquadramento fático-normativo como medida consertiva destinada a salvaguardar a utilidade e satisfatividade da execução. Possibilidade. Nulidade por ausência de intimação da cônjuge do herdeiro do executado. Desnecessidade. Nulidade de algibeira reconhecida.

[...]

8- A não arguição da alegada nulidade por ausência de intimação imediatamente após a efetivação do ato de penhora, que veio a ser manifestada apenas em ulterior ação anulatória, bem como a presunção não elidida de que houve ciência inequívoca do ato constitutivo pela cônica do herdeiro do executado, demonstram ter havido, na hipótese, a denominada nulidade de algibeira, estratégia absolutamente incompatível com o princípio da boa-fé que deve nortear todas as relações jurídicas.

9- Recurso especial conhecido e desprovido. (REsp n. 1.643.012/RS, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, DJe de 26.3.2018.)

Agravo interno no recurso especial. Ação de reintegração de posse. Audiência de justificação prévia não realizada. Ausência de dano à parte ré. Prejuízo não demonstrado. Alegação de nulidade. Preclusão. Nulidade de algibeira. Impossibilidade de manejo. Agravo desprovido.

[...]

4. Em atenção aos princípios da efetividade, da razoabilidade e da boa-fé processual, não é dado à parte apontar nulidade processual em outra oportunidade que não a primeira, logo após ter pleno conhecimento do suposto vício, utilizando-se do processo como instrumento hábil a coordenar suas alegações, trazendo a lume determinada insurgência somente e se a anterior não tiver sido bem sucedida.

5. Agravo interno desprovido. (AgInt no REsp n. 1.699.980/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe de 2.4.2018.)

Agravo interno no agravo em recurso especial. Usucapião extraordinário. Requisitos preenchidos. Nulidade. Questão de ordem pública. Necessidade de prequestionamento. Inovação recursal. Processo utilizado como difusor de estratégias. Impossibilidade do manejo da chamada “nulidade de algibeira”. Alegada confissão judicial. Ausência de prequestionamento. Incidência das Súmulas 282/STJ e 356/STJ. Revisão das conclusões do Tribunal estadual. Impossibilidade. Necessidade de reexame do conjunto fático-probatório dos autos. Incidência da Súmula 7 do STJ. Recurso não provido.

[...]

4. “A jurisprudência do STJ, atenta à efetividade e à razoabilidade, tem repudiado o uso do processo como instrumento difusor de estratégias, vedando, assim, a utilização da chamada ‘nulidade de algibeira ou de bolso’” (EDcl no REsp 1.424.304/SP, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 12/08/2014, DJe 26/08/2014).

[...]

7. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no AREsp n. 1.181.699/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 9.3.2018.)

Agravo interno. Agravo em recurso especial. Processual Civil. Alegação de nulidade. Ausência de prejuízo. Nulidade de algibeira. Conduta protelatória. Má-fé processual.

[...]

2. Não há nulidade sem efetivo prejuízo, devendo-se acrescentar que o recorrente tinha plenas condições de apontar o fato a que imputa causar nulidade desde seu implemento, valendo-se agora da alegação na tentativa de protelar a solução definitiva da demanda da qual saiu vencido.

3. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação de multa do art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil. (AgInt nos EDcl no AREsp n. 506.013/SC, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe de 9.2.2018.)

Agravo interno no agravo em recurso especial. Morte de qualquer das partes. Suspensão do processo. Art. 265, I, do CPC. Não observância. Nulidade relativa.

1. A falta de observância da suspensão do processo em razão de morte de qualquer das partes, na forma do art. 265, I, do CPC, enseja nulidade relativa, não se configurando caso não haja prejuízo aos interessados. Hipótese em que um dos litisconsortes falecera após a interposição do recurso no Tribunal de origem, mas aproximadamente três anos antes de seu julgamento, tendo-se aguardado, portanto, pronunciamento desfavorável para só então invocar a suspensão do processo e a nulidade do ato, o que demonstra a utilização inequívoca da chamada nulidade de algibeira, carente, ainda, de qualquer indicação de prejuízo.

2. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no AREsp n. 1.047.272/SC, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 27/10/2017.)

Agravo regimental no recurso especial. Processual Civil. Agravo de instrumento. Documento facultativo. Intimação publicada em nome do antigo patrono. Omissão inexistente.

[...]

2 - Intimação publicada em nome do antigo patrono da parte, que peticionou nos autos durante quatorze (14) anos sem se insurgir com a intimação errônea. Ausência de prejuízo. Súmulas 07 e 83/STJ.

[...]

4 - Precedentes do STJ, obstaculizando o acolhimento da chamada “nulidade de algibeira”.

5 - *Agravo regimental desprovido*. (AgRg no REsp n. 1.391.006/DF, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe 19/11/2015.)

Por todas estas razões, e considerando que o ora recorrente jamais ficou sem defesa técnica no curso do processo, a nulidade apontada não merece acolhimento.

Quanto à alegada divergência jurisprudencial, à vista do exposto, incide o enunciado n. 83 da Súmula do STJ.

Diante do exposto, *nego provimento* ao recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.628.854-RJ (2016/0254610-9)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Relatora para o acórdão: Ministra Maria Isabel Gallotti

Recorrente: Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil

Advogado: José Francisco de Oliveira Santos e outro(s) - RJ174051

Recorrido: Sonia Solange de Almeida Lemos Torreao - Espólio

Repr. por: Pamela Maria Lemos Torreao de Souza - Inventariante

Advogado: Mauro Luís do Nascimento e outro(s) - RJ059467

Interes.: Federação Nacional de Saúde Suplementar - “Amicus Curiae”

Advogados: Gustavo Binenbojm - RJ083152

Rafael Lorenzo Fernandez Koatz - RJ122128

André Rodrigues Cyrino - RJ123111

Alice Bernardo Voronoff - RJ139858

Interes.: Associação Brasileira de Medicina de Grupo - ABRAMGE -
“Amicus Curiae”

Advogados: Simone Parré e outro(s) - SP154645

José Roberto Neves Amorim - SP065981

Interes.: Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - “Amicus Curiae”

Advogados: Cláudia de Moraes Pontes Almeida - SP261291

Ana Carolina Navarrete M. F. da Cunha - SP310337

Christian Tarik Printes e outro(s) - SP316680

Interes.: Agência Nacional de Saúde Suplementar - “Amicus Curiae”

Interes.: Instituto Brasileiro de Atuaria - “Amicus Curiae”

Advogada: Ana Rita dos Reis Petraroli e outro(s) - SP130291

EMENTA

Recurso especial. Plano de saúde. Medicamento. Registro na ANVISA. Ausência. Fornecimento. Tratamento experimental. Não obrigatoriedade. Licenciamento posterior ao ajuizamento da ação. Óbito. Ausência de ilegalidade.

1. É legítima a recusa da operadora de plano de saúde ao custeio de medicamento não registrado na ANVISA (art. 10, inc. V, da Lei n. 9.656/1998).

2. O registro do medicamento ocorrido em data posterior ao ajuizamento da ação, ao cumprimento da antecipação da tutela e mesmo ao óbito do usuário, não torna ilegal a negativa anterior de seu fornecimento.

3. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Ministro Antonio Carlos Ferreira dando provimento ao recurso especial, acompanhando a divergência, a Quarta Turma, por maioria, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto divergente da Ministra Maria Isabel Gallotti, que lavrará o acórdão.

Vencido, em parte, o relator, que dava parcial provimento ao recurso especial. Votaram com a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira (Presidente), Marco Buzzi e Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região).

Brasília (DF), 1º de março de 2018 (data do julgamento).

Ministra Maria Isabel Gallotti, Relatora p/ acórdão

DJe 26.4.2018

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Sonia Solange de Almeida Lemos Torreão ajuizou, em 16 de abril de 2014, ação cominatória de obrigação de fazer cumulada com pedido de reparação de danos morais em face da Caixa de

Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil. Narra que, como dependente de seu falecido marido, se mantém vinculada ao plano de saúde da ré.

Afirma que tem 62 anos de idade e que foi “diagnosticada com adenocarcinoma de reto (Kras selvagem), neoplasia de cólon estágio IV, com lesões hepáticas e pulmonares”.

Expõe que já se submeteu a diversos tratamentos na tentativa de controlar a progressão da doença, inclusive a procedimento cirúrgico em setembro de 2010, e que, não obstante os tratamentos ministrados com capecitabina e radioterapia, consoante exames realizados em julho de 2012, houve notória progressão pulmonar, tendo sido, então, submetida a ciclos de Folfex e Bevacizumabe e, posteriormente, tratada “com esquema FLOX/Avastin”.

Afirma que, buscando tratamentos capazes de conter a doença e um menor efeito colateral, seu oncologista iniciou um novo protocolo de tratamento, sem êxito, com Irinotecano e Cetuximabe (Cetiri).

Aduz que realiza tratamento com Capacitabina e Mitomicina desde outubro de 2013 e que, em vista da ineficácia destes, seu oncologista “a orientou no sentido da possibilidade de um novo tratamento, que pode retardar a progressão da doença, promovendo mais tempo de vida a Autora, indicando o tratamento com medicamento Regorafenibe”.

Pondera que a prescrição médica consiste no tratamento quimioterápico a base da droga - de alto custo, fora de suas condições financeiras -, Regorafenibe, na dosagem de 120 mg, com 3 comprimidos de 40 mg por dia, durante 21 dias consecutivos, devendo repetir o ciclo de tratamento de forma contínua até a progressão ou a toxicidade inaceitável.

Assegura que a ré afirmou que o plano de saúde não fornecerá o tratamento indicado, pois trata-se de medicamento não registrado na Anvisa, não albergado pelo contrato.

Obtempera que a conduta da ré viola frontalmente o CDC e que há de se convir que seu oncologista é habilitado a indicar a melhor droga para o tratamento médico - o que fica “ao talante tão somente da equipe médica que acompanha o caso” -, não cabendo à operadora do plano de saúde impor restrição.

Argumenta que a doença está contratualmente coberta, e que vem recebendo tratamento custeado pela ré há aproximadamente 4 anos.

O Juízo da 6ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro julgou procedentes os pedidos formulados na inicial.

Interpôs a ré apelação para o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Em decisão monocrática, o relator negou provimento ao recurso, decisão confirmada, em sede de agravo interno, assim ementada:

Agravo interno na apelação cível. Relação de consumo. Plano de saúde. Pleito de obrigação de fazer c/c indenização a título de danos morais. Tratamento quimioterápico denominado Regorafenibe. Ausência de registro. ANVISA. Sentença de procedência. Manutenção do julgado.

1. De início, a argumentação de que a questão sub judice não se submete aos ditames da legislação consumerista não encontra acolhida.

2. *In casu*, examinando as peças que instruíram o feito, verifica-se que o apelado propôs ação judicial objetivando lhe fosse garantida a cobertura do medicamento quimioterápico denominado Regorafenibe. Como se vê da declaração médica acostada à fl. 27 (indexador 00026), a apelada necessitava do início do tratamento em caráter de urgência, pelo risco de progressão da doença.

3. Diante desse cenário, nota-se que a solicitação do específico medicamento, em tese, fora dos contornos do contrato não decorreu de mera opção da autora, mas sim de situação comprovadamente excepcional e emergencial prescrita por médico assistente e que, como já acentuado pela jurisprudência, autoriza a pretensão veiculada.

4. Mostra-se relevante aqui avaliar que, se por um lado, existindo tratamento convencional com perspectiva de resposta satisfatória, é certo que não poderá o paciente às custas da seguradora ou operadora de plano de saúde, optar por tratamento específico não constante do rol estabelecido pela legislação de regência. Por outro lado, é razoável ponderar que, nas situações em que os tratamentos convencionais não forem recomendáveis, em razão da especificidade e gravidade do quadro clínico verificado - fato este devidamente atestado pelo médico que acompanha o caso -, deve a seguradora arcar com os custos do tratamento, na medida em que este passa a ser o único de real interesse para o contratante.

5. Acentue-se ainda que, em análise de demandas similares, esta Câmara já determinou, a disponibilização e custeio de tratamento com medicamento sem registro junto a Anvisa por uma operadora de plano de saúde, sendo certo que até o momento nenhuma modificação no cenário fático ou jurisprudencial ocorreu de forma que pudesse implicar na mudança de entendimento.

6. Sobre este prisma, se ponderou que o fato de o medicamento não ter registro na ANVISA não poderia, em casos específicos como o destes autos, servir de escusa para o cumprimento da obrigação. Isto porque, a uma, a ausência de registro do medicamento na ANVISA, em análise perfunctória, não implica óbice intransponível ao seu fornecimento, pois quem deve determinar o tratamento adequado não são as organizações administrativas ou o plano

de saúde, mas sim o médico responsável; a duas, a necessidade do tratamento com o dito medicamento e a impossibilidade de sucesso com os medicamentos disponíveis no Brasil restaram devidamente esclarecidas no laudo médico adrede mencionado.

7. Quanto aos demais argumentos alinhavados nas razões recursais, cumpre observar que, embora não haja vedação legal à inserção de cláusulas restritivas em contratos de consumo, a restrição não pode ser tal que descumpra obrigações fundamentais inerentes à própria natureza da avença, já que faz parte das legítimas expectativas do cidadão, que mantém contrato de prestação de serviços de plano de assistência médica, que o mesmo venha a receber toda a assistência necessária à recuperação de sua saúde.

8. Dano moral configurado e devidamente arbitrado.

9. *Negado provimento ao agravo interposto.*

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados.

Sobreveio recurso especial da demandada, com fulcro na alíneas *a* do permissivo constitucional, suscitando violação aos arts. 535 do CPC/1973; 1.022 do CPC/2015; 10º da Lei n. 9.656/1998; e 188, I, do CC.

Alega a recorrente que: a) há omissão; b) o acórdão recorrido viola o art. 10º da Lei n. 9.656/1998, que estabelece que o tratamento experimental não é de cobertura obrigatória; c) o acórdão recorrido está fundamentado no raciocínio simplista de que a indicação do médico da autora prepondera sobre a exclusão de cobertura contratual e legal; d) o art. 10º da Lei n. 9.656/1998 é complementado pela Resolução Normativa n. 211/2010 da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, alterada pela RN 262/2011, que, em seu art. 16, conceitua tratamento clínico ou cirúrgico experimental e corrobora a possibilidade de negativa de cobertura; e) o medicamento Regorafenibe não possui indicação registrada junto à Anvisa para o tratamento da moléstia adenocarcinoma de reto (krasselvagem), neoplasia de colón estágio IV, com lesões hepáticas e pulmonares; f) o comando judicial que determina que arque com o medicamento de utilização *off label* (não indicada pela bula) viola lei federal, além de desrespeitar os limites contratuais e o princípio da reserva legal; g) agiu no exercício regular de direito, não havendo falar em reparação de danos morais.

Em contrarrazões, afirma o Espólio recorrido que: a) propôs ação cominatória, a fim de que o seu plano de saúde fornecesse o medicamento Regorafenibe, indicado por seu médico, para o tratamento de câncer, em vista que as demais medicações utilizadas não foram capazes de deter a progressão

da doença; b) a recorrente descumpriu sua obrigação, ao argumento de que se trata de medicamento que não fora registrado pela Anvisa, além de não estar abrangido pelo contrato existente entre as partes; c) a decisão proferida pelo Juízo de primeira instância está embasada nas provas juntadas aos autos; d) a relação é de consumo, devendo ser observada a boa-fé objetiva, a transparência, a confiança, devendo a recorrente responder pelos vícios que tornem o serviço prestado impróprio ou inadequado para o fim que se espera; e) a parte recorrida pretende fazer crer que existem inúmeras dificuldades para a aquisição do medicamento, todavia a afirmação não procede, pois ela mantém o Programa de Assistência Farmacêutica, em que, mediante convênio com grandes laboratórios e instituições privadas, fornece medicamentos a titulares do plano de saúde e dependentes acometidos por doenças crônicas; f) o tratamento de que necessitou a autora é quimioterápico, “portanto no rol de cobertura contratual, notadamente quando solicitado pelo médico que assiste o paciente; g) a utilização do Regorafenibe não pode ser obstada, pois as limitações legais e contratuais são voltadas para tratamentos desnecessários ou de efetividade duvidosa; h) é possível a importação do medicamento; i) a negativa de assistência médica à pessoa portadora de grave doença oncológica resulta em exposição desnecessária a risco e contribui para causar angústia e desânimo, caracterizando dano moral; j) a Corte local proferiu decisão clara e suficiente sobre as questões debatidas; k) no recurso especial, não se examina as particularidades probatórias.

O recurso especial foi admitido.

Em vista da relevância social da matéria e da multiplicidade de recursos a envolver o tema, à luz do que preceitua o art. 138 do CPC, oportuneizei a participação, na qualidade de *amicus curiae*, de entidades com representatividade adequada.

Dessarte, determinei fosse dada ciência, facultando-se-lhes manifestação no prazo de quinze dias úteis (art. 138, Lei n. 13.105/2015), às seguintes entidades: Ministério da Saúde; Anvisa - Agência Nacional de Vigilância Sanitária; ANS - Agência Nacional de Saúde Suplementar; ADUSEPS - Associação de Defesa dos Usuários de Seguros, Planos e Sistemas de Saúde; CNSEG - Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização; ABRAMGE - Associação Brasileira de Planos de Saúde; CFM - Conselho Federal de Medicina; AMB - Associação Médica Brasileira; CFF - Conselho Federal de Farmácia; Fenasaúde - Federação

Nacional de Saúde Suplementar; IBA - Instituto Brasileiro de Atuária; e ao IDEC - Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor.

O Instituto Brasileiro de Atuária - IBA, como *amicus curiae*, opina no seguinte sentido, *in verbis*:

c) quanto a questão fático-jurídica a ser elucidada como disposto ao final do texto do Recurso e abaixo transcrita, temos a informar que, em geral, os planos de saúde não computam, nos cálculos atuariais de determinação do custeio de Planos de Assistência Médica, a cobertura de tratamentos experimentais, não só por serem de rara ocorrência e de difícil mensuração por falta de dados e informações estatísticas suficientes para quantificar os riscos envolvidos, mas principalmente pelos elevados custos que onerariam em demasia o financiamento do plano e, conseqüentemente, as coberturas contratadas, para que exista sustentabilidade financeiro-actuarial no seu custeio, devem, como princípio de solvência, se enquadrar dentro do estabelecido no contrato por serem atuarialmente avaliadas dessa forma.

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária, como *amicus curiae*, opina no seguinte sentido, *in verbis*:

Cada medicamento registrado no Brasil recebe aprovação da Anvisa para uma ou mais indicações, as quais passam a constar na sua bula, e que são respaldadas pela Agência. O registro de medicamentos novos é concedido desde que sejam comprovadas a qualidade, a eficácia e a segurança do medicamento, sendo as duas últimas baseadas na avaliação de estudos clínicos realizados para testá-lo para essas indicações.

Quando um medicamento é aprovado para determinada indicação isso não implica que seja a única possível, e que o medicamento só possa ser usado para ela. *Outras indicações podem estar sendo, ou vir a ser estudadas, as quais, submetidas à Anvisa quando terminados os estudos, poderão vir ser aprovadas e passar a constar da bula.* Estudos concluídos ou realizados após a aprovação inicial podem, por exemplo, ampliar o uso do medicamento para outra faixa etária, para uma fase diferente da mesma doença para a qual a indicação foi aprovada, ou para uma outra doença, assim como o uso pode se tornar mais restrito do que inicialmente se aprovou.

Uma vez comercializado o medicamento, enquanto as novas indicações não são aprovadas, seja porque as evidências para tal ainda não estão completas, ou porque a agência reguladora ainda as está avaliando, é possível que um médico já queira prescrever o medicamento para um seu paciente que tenha uma delas. Podem também ocorrer situações de um médico querer tratar pacientes que tenham uma certa condição que, por analogia com outra semelhante, ou por base fisiopatológica, ele acredite possam vir a se beneficiar de um determinado medicamento não aprovado para ela.

Quando o medicamento é empregado nas situações descritas acima está caracterizado o uso *off label* do medicamento, ou seja, o uso não aprovado, que não consta da bula. O uso *off label* de um medicamento é feito por conta e risco do médico que o prescreve, e pode eventualmente vir a caracterizar um erro médico, mas em grande parte das vezes trata-se de uso essencialmente correto, apenas ainda não aprovado. Há casos mesmo em que esta indicação nunca será aprovada por uma agência reguladora, como em doenças raras cujo tratamento medicamentoso só é respaldado por séries de casos. Tais indicações possivelmente nunca constarão da bula do medicamento porque jamais serão estudadas por ensaios clínicos.

O que é uso *off label* hoje pode vir a ser uso aprovado amanhã, mas nem sempre isso ocorrerá. O que é *off label* hoje, no Brasil, pode já ser uso aprovado em outro país. Não necessariamente o medicamento virá a ser aprovado aqui, embora freqüentemente isso vá ocorrer, já que os critérios de aprovação estão cada vez mais harmonizados internacionalmente.

A aprovação no Brasil, porém, pode demorar, por vários motivos, entre os quais o de que o pedido de registro pode ser feito muito mais tarde aqui do que em outros países. Também pode ocorrer que o medicamento receba aprovação acelerada em outro país, baseada na apresentação de estudos preliminares ou incompletos, o que, via de regra, não é aceito pela Anvisa. Por fim, um uso autorizado no Brasil pode ser uso *off label* em outros países.

A classificação de uma indicação como *off label* pode, pois, variar temporalmente e de lugar para lugar. O uso *off label* é, por definição, não autorizado por uma agência reguladora, mas isso não implica que seja incorreto.

2. Em que pese as informações acima elencadas, cabe salientar, por oportuno, que segundo informações obtidas em nossos bancos de dados oficiais, o medicamento *Stivarga*, cujo princípio ativo é exatamente o Regorafenibe, encontra-se registrado neste órgão regulador pela empresa **Bayer S/A**. Sua publicação deu-se em 28/12/2015, com registro previsto até 12/2020.

3. Por todo o exposto, informamos ainda que a prescrição de medicamento *off label* é de estrita responsabilidade do profissional habilitado.

A Federação Nacional de Saúde Suplementar - FENASAÚDE, como *amicus curiae*, opina no seguinte sentido, *in verbis*:

12. No caso, como se verá, há uma racionalidade para que a Lei n. 9.656/1998 tenha excluído, em seu art. 10, I, a obrigatoriedade de cobertura de tratamentos e cirurgias experimentais, que deve ser considerada por esse E. Superior Tribunal de Justiça no julgamento deste Recurso Especial.

[...]

35. Na verdade, há na Constituição um conjunto sistemático de dispositivos que busca claramente equacionar e racionalizar a gestão da saúde no País.

De um lado, o art. 198 previu que as ações e serviços públicos de saúde, financiados com recursos do orçamento da seguridade social e de outras fontes (cf. § 1º), integram uma rede regionalizada e hierarquizada, e constituem um sistema único, organizado segundo as diretrizes previstas nos incisos do mesmo dispositivo. De outro, o constituinte reconheceu que o Estado, sozinho, não é capaz de assumir toda a atividade de assistência à saúde.

[...]

39. A ANS foi criada com a missão de regular, normatizar, controlar e fiscalizar as atividades que garantam a assistência suplementar à saúde (cf. art. 1º da Lei n. 9.961/2000). Diferentemente de outras agências, como a ANATEL e a ANEEL, instituídas para regular setores antes explorados pelo Poder Público e então desestatizados, a ANS surgiu para disciplinar um mercado já existente, com práticas consolidadas num ambiente relativamente livre.

[...]

45. Ou seja: está claro que, à luz da Constituição e da Lei, a “defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde” (finalidade institucional da ANS, cf. o art. 3º da Lei n. 9.961/2000) abrange uma atuação multifacetada por parte da Administração Pública, que tem o desafio de mitigar as diversas falhas desse mercado mediante a promoção equilibrada dos interesses dos atores que dele participam. Deve-se, nesse arranjo, zelar pela sustentabilidade e operacionalidade do setor como um todo, definindo-se regras (notadamente a ANS) capazes de atrair e de manter os agentes econômicos que nele atuam, além de assegurar qualidade nos serviços prestados aos beneficiários.

[...]

49. O cerne da hipótese dos autos envolve a aplicabilidade (e a própria validade, perante a Constituição) do art. 10, I, da Lei n. 9.656/1998, cuja dicção atual é a seguinte:

[...]

50. Referido dispositivo, como narrado, anuncia o sentido do denominado “plano-referência de assistência à saúde”, o qual corresponde à cobertura mínima exigida pelo marco regulatório em vigor, na forma detalhada no art. 12 da mesma Lei.

51. Como é intuitivo, a definição de uma cobertura mínima indica uma decisão legislativa-regulatória sobre limites à autonomia contratual. Trata-se de um comando aos agentes de mercado, no sentido de que não será possível negociar menos que a cesta básica de serviços de que tratam os artigos 10 e 12 citados. A ideia subjacente é equacionar a mencionada assimetria de informações que existe no setor, com o telos imediato de proteger o consumidor.

[...]

58. Em linha com o que se expôs acima, essa exceção, longe de arbitrária, atende a razões da maior importância. Para consumidores e operadoras. Na verdade, para o equilíbrio e a própria manutenção do sistema regulado.

[...]

66. Demais disso, em terceiro lugar, a exceção do art. 10, I, da Lei n. 9.656/1998 visa a compor, ao lado da regulação da ANS, a base de segurança e previsibilidade mínimas para a definição de custos pelas operadoras. Se há escolhas trágicas e inevitáveis a serem feitas, o legislador entendeu que as menos gravosas dizem respeito à exclusão de tratamentos experimentais – sobre os quais, como se disse, não se conhecem ao certo os riscos, os efeitos e os custos. Essa definição é decisiva para o equilíbrio atuarial do setor, em benefício, frise-se, dos interesses de todos os envolvidos. Inclusive do Poder Público, já sobremaneira onerado com os gastos do SUS, e, principalmente, da população assistida.

[...]

68. Nesta mesma ordem de ideias, este E. STJ tem prolatado decisões recentíssimas desobrigando OPSs a fornecer medicamentos não registrados na ANVISA, na medida em que “o registro dos medicamentos importados na ANVISA, e autorização para seu fornecimento, são garantias à saúde pública” [...]

76. Voltando-se os olhos para o presente recurso especial, tem-se, no art. 10, I, e § 1º da Lei n. 9.656/1998, uma escolha feita, em primeiro lugar, pelo legislador democrático, que transferiu à ANS a competência para regulamentar a exceção criada no aludido inciso. A agência o fez ao editar a Resolução Normativa n. 387/2015, cujo art. 20 assim estabelece:

[...]

81. Há, repise-se, justificativa para a escolha legislativa examinada neste ponto (i.e. atribuir à ANS e à ANVISA a competência para regulamentar e definir o que pode ser tido por tratamento aprovado e não experimental). Essas entidades estão em melhores condições técnicas para um exame sistêmico e integrado da saúde pública brasileira. Decisões casuísticas (sejam legislativas ou judiciais) tenderão, naturalmente, a criar distorções e comprometer o equilíbrio do sistema.

[...]

84. Nesse sentido, salta aos olhos como o acórdão recorrido causa danos ao modelo adotado. Ele ignora as consequências, desconsidera o papel da ANS e da ANVISA enquanto entidades dotadas de capacidade institucional da maior relevância, bem como deixa de lado os custos e equilíbrio atuarial do modelo, com o que coloca em risco o próprio direito à saúde.

[...]

90. Em suma, eventual chancela por este E. STJ quanto à imposição às operadoras da obrigação de suportar o custeio de tratamentos experimentais e medicamentos *off label* agravaria enormemente o quadro de insegurança

e de falhas de mercado sistemáticas presentes no segmento de saúde suplementar (com destaque para as assimetrias informacionais). A ponto, frise-se, de comprometer a própria prestação dos serviços e funcionamento dessas entidades, cujo quantitativo de segurados, bem se sabe, tem se reduzido de modo avassalador.

91. Não bastasse isso, ainda haveria os riscos associados à eventual responsabilização das operadoras de planos de saúde e seus prepostos. Realmente, embora a regulação da ANVISA e o Conselho Federal de Medicina entendam que, nesses casos, a responsabilidade é primariamente do médico responsável pela prescrição do medicamento, não há como afastar nessa cadeia econômica de consumo, a possível responsabilização do plano de saúde. É dizer: em uma seara em que a responsabilidade, como se sabe, é objetiva, e que os médicos responsáveis podem não ter recursos para arcar com eventuais danos (inclusive a morte) de pacientes submetidos a tratamentos experimentais, o risco é real de que agentes econômicos envolvidos nessa atividade sofram com algum tipo de responsabilização – a despeito de terem agido segundo a lei.

92. Ressalte-se, ainda, que, dada a insegurança enorme que gravita em torno de tratamentos experimentais, a possibilidade de realização de perícias médico-técnicas pelas operadoras de planos de saúde com vista ao apontamento de tratamentos confiáveis, ou mais recomendáveis, é, realmente, um fator a ser considerado na tentativa de minimização de impactos. Ocorre que aqui, também, um conjunto de dificuldades se coloca. Isso não apenas criaria custos significativos para as operadoras – afinal, tratamentos experimentais diversos surgem a todo tempo, inclusive, e sobretudo, estimulados pela indústria e laboratórios –, como sequer poderia assegurar resultados práticos úteis – a dúvida sempre persistirá.

A Associação Brasileira de Medicina de Grupo - ABRAMGE, como *amicus curiae*, opina no seguinte sentido, *in verbis*:

A dignidade da pessoa humana como princípio a ser perseguido pelo Estado brasileiro também deve ser observada na recomendação médica para utilização de medicamento *off label*, pois ao submete-se uma pessoa a tratamento através de medicamento de uso diverso do previsto em bula, o médico está agindo sem quaisquer parâmetros confiáveis de eficácia e segurança, expondo, inevitavelmente, a saúde e a integridade física do paciente a risco, submetendo o mesmo a um tratamento sem qualquer embasamento científico.

[...]

A prescrição de medicamentos *off label* suscita questões de natureza científica, ética e jurídica. Trata-se da prescrição de um medicamento fora do âmbito das indicações terapêuticas aprovadas na respectiva autorização de introdução no mercado, ou seja, para uma indicação terapêutica diferente daquelas aprovadas pela ANVISA.

Nesse sentido, a ANVISA em 2005 ao falar sobre o uso *off label* de medicamentos manifestou o entendimento de que a prescrição terapêutica nesses casos passa a ser de inteira responsabilidade do médico assistente, em comum acordo com o paciente, ou responsável pelo mesmo. De qualquer forma, a prescrição de medicamentos *off label* poderá dar origem a responsabilidade civil e até criminal dos agentes envolvidos.

Desta forma, a decisão judicial que obriga o plano de saúde a financiar o uso de medicamento prescrito para uso *off label* além de expor em risco a vida da pessoa, poderá trazer-lhes outras implicações de ordem jurídica e social.

[...]

Cada medicamento registrado no País recebe a aprovação da ANVISA para uma ou mais indicações as quais precisam ser comprovadas por meio da apresentação de estudos clínicos robustos e confiáveis. A partir de sua aprovação pelo órgão sanitário, a indicação passa a constar em bula, sendo aquela respaldada pela agência.

[...]

Tendo em consideração que não há medicamentos isentos de risco, a autorização de medicamentos pressupõe que a relação benefício/risco seja favorável para o fim a que o medicamento se destina e nas condições de utilização aprovadas. Deste modo, a utilização *off label* não se insere na proteção dada pelos instrumentos legais ao medicamento.

[...]

Em 2005, a ANVISA definiu o que considera uso *off label* de um medicamento: *"As indicações constantes em bula são aquelas reconhecidas e regulamentadas pela ANVISA, e qualquer uso fora dessas condições é considerado como uso off-label. Quando não existe aprovação de uso para determinadas indicações é porque faltam informações sobre sua segurança e eficácia. Nesse caso, a prescrição do medicamento passa a ser de inteira responsabilidade do médico assistente, em comum acordo com o paciente, ou um representante desse"*.

O uso *off label* de medicação aprovada para outro fim, é por definição não autorizado pela agência reguladora. O uso é feito por conta e risco do médico que o prescreve, e pode eventualmente vir a caracterizar um erro médico, trazendo-lhe responsabilizações. É importante destacar nesta oportunidade que a ANVISA não aceita resultados de estudos preliminares, incompletos ou ensaios clínicos feitos em outro país.

O crescente uso de medicamentos *off label* segundo pesquisas é reflexo de manobras mercadológicas da indústria farmacêutica com a única finalidade de ampliar o consumo de seus produtos, sem observar os direitos fundamentais do paciente, tais como, o princípio da proteção e defesa da saúde e da dignidade da pessoa humana. Tais empresas aproveitam-se do fato dos prescritores não serem

obrigados a receitarem medicamentos apenas para os fins aos quais foram aprovados, e adotam estratégias que induzem o médico a prescrever para outros fins, onde a segurança e eficácia não foram confirmadas (CAIADO, 2005). Muitas vezes desenvolvem pesquisas que ficam aquém do padrão necessário para a aprovação dos órgãos regulatórios, e em seguida informam os médicos estes resultados estimulando desta forma a prescrição. Burlam a lei sob a justificativa de que somente divulgam resultados de pesquisas sem a recomendação da indicação, ou seja, praticam *marketing* disfarçado de pesquisa.

Prova disso é que em janeiro de 2009, a Pfizer, gigante da indústria farmacêutica, foi condenada a pagar multa recorde nos Estados Unidos no valor de US\$ 2,3 bilhões para pôr fim a uma demanda judicial. Conforme a reportagem do jornal "Folha de São Paulo" do dia 03 de setembro de 2009, *a maior fabricante de remédios do mundo aceitou pagar multa milionária em ação que era acusada de fazer promoção ilegal de 13 remédios, onde promoviam medicamentos para usos não aprovados pela FDA* (agência reguladora de remédios e alimentos nos EUA).

[...]

No mesmo ano de 2009, em janeiro, outra gigante da indústria farmacêutica, a Eli Lilly, foi multada em US\$ 1,4 bilhão por promoção ilegal do antipsicótico Zyprexa (olanzapina). Segundo reportagem durante o processo ficou comprovado que entre 1999 a 2003 a empresa treinou sua equipe de vendas para desconsiderar a legislação e promover o medicamento para usos não previstos em bula. A Lilly declarou-se culpada admitindo que sua estratégia de *marketing* foi ilegal.

[...]

Nesse mesmo sentido o Conselho Federal de Medicina suscitado a se manifestar sobre o tema firmou entendimento pelo Despacho SEJUR n. 482/2013, considerando que o uso *off label* de medicamento é de responsabilidade do médico, devendo arcar ética, criminal e civilmente pelas consequências de suas ações, já que ciente de que a utilização do fármaco é indicada para outras finalidades. Concluíram que o uso de um medicamento com pouca ou nenhuma evidência de eficácia e segurança e em dose não apropriada, pode expor o paciente a terapias não efetivas e a riscos desconhecidos de eventos adversos.

[...]

Especificamente sobre o fornecimento de medicamentos existem duas limitações previstas na legislação (art. 10, incisos V e VI da Lei n. 9.656/1998): "*medicamentos importados não nacionalizados*" e "*medicamentos para tratamento domiciliar*".

Não obstante, em 28 de outubro de 2015, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) editou a Resolução Normativa n. 387, contendo o seguinte preceito normativo:

[...]

Dessa forma, por explícita disposição regulamentar, constata-se que a ANS considera o uso *off label* de medicamento como espécie de tratamento clínico experimental, portanto, passível de exclusão assistencial. E a Lei n. 9.656/1998, por sua vez, expressamente exclui o tratamento experimental da cobertura dos contratos de planos de saúde. Logo, se o consumidor fizesse uma denúncia baseada no não fornecimento de um medicamento indicado *off label* pelo médico responsável, a resposta da ANS certamente seria desfavorável ao seu pleito. Para todos os efeitos, a agência reguladora não teria como punir uma operadora de plano de saúde que se negasse a fornecer um medicamento prescrito de forma *off label*, pois essa conduta estaria respaldada pelo artigo 20, inciso I, alínea “c”, da Resolução Normativa n. 387/2015.

[...]

Poder-se-ia entender que a noção de “uso *off label*” enquadrar-se-ia na noção de “tratamento experimental” e, portanto, a ANS nada mais teria feito do que regulamentar a Lei, sem extrapolar os limites de sua competência, preservando dessa forma, a segurança e a integridade física do paciente ora beneficiário do plano de saúde.

[...]

Da mesma forma, o Judiciário ao permitir a utilização de medicamentos *off label* não somente nega vigência ao artigo 12 da Lei 6.360/1976, como também, ao artigo 10, inciso I, da Lei 9.656/1998.

É inegável que a prática do uso *off label* de medicamentos é prejudicial a saúde, tendo em vista os danos imprevisíveis àquele que é prescrito.

[...]

5. Impacto econômico financeiro do uso *off label* de medicamentos:

Nos dias atuais não se é possível conceber ideias jurídicas como as que se discutem nesses autos, sem se levar em consideração os custos, vale dizer, o impacto econômico-financeiro de tudo aquilo que pode refletir nas pessoas envolvidas na área da saúde.

Nunca é demais lembrar, que em todas as situações, quer de medicamentos de uso *off label*, quer de produtos importados não nacionalizados, quando inseridas num contexto, porém sem respaldo contratual, inevitavelmente haverá impacto a todos aqueles que não estejam envolvidos nessas hipóteses.

[...]

Assim, se impusermos aos gerentes da saúde privada custos de monta insuportáveis, correremos o risco de não ter nem saúde pública, nem privada, dada a elevação dos custos impostos de forma inconsequente, ou na pior das hipóteses, por quem não tem a exata noção dos seus impactos econômico-financeiro.

O uso *off label*, por sua vez, é caracterizado quando a indicação médica diverge daquela prevista no registro do medicamento, seja por discordância em relação ao perfil do paciente (idade, sexo, diagnóstico), a dosagem indicada, o tempo de duração do tratamento ou método de dispersão.

[...]

Ressalta-se que não se trata apenas de discussão sobre cobertura e financiamento, mas também da segurança do tratamento.

Estudo publicado em 2008 nos Estados Unidos associou o aumento da taxa de mortalidade em idosos (acima de 65 anos) ao uso *off label* do medicamento Olanzapine (Zyprexa).

O Conselho Federal de Farmácia, como *amicus curiae*, opina no seguinte sentido, *in verbis*:

Em atenção ao solicitado, segue o parecer da Coordenação Técnico Científica do Conselho Federal de Farmácia.

[...]

O câncer colorretal abrange tumores que acometem o cólon e o reto. É tratável e, na maioria dos casos, curável, ao ser detectado precocemente, antes de propagar-se para outros órgãos (INCA, 2017).

[...]

Análises sobre eficácia e segurança do regorafenibe no tratamento de pacientes com câncer colorretal.

O regorafenibe (Stivarga; Bayer) é um fármaco novo, aprovado pela Anvisa, em 28 de dezembro de 2015, "para o tratamento de pacientes adultos com tumores estromais gastrintestinais (GIST) metastáticos ou não ressecáveis, que tenham progredido ou experimentaram intolerância ao tratamento prévio com imatinibe e sunitinibe." (I-Helps, 2017; Bayer, 2017)

Em análise realizada pela organização independente alemão *Institut für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen - IQWiG* (Instituto para a Qualidade e Eficiência em Atenção à Saúde), com base em estudos apresentados pelo próprio fabricante do regorafenibe (Bayer), concluiu-se que, apesar do efeito positivo sobre o indicador "mortalidade global", ocorreram eventos adversos graves, com resultados negativos para o desfecho qualidade de vida relacionada à saúde (**HRQoL - health-related quality of life**). Segundo o parecer, ainda não foi comprovado o benefício adicional do regorafenibe, em comparação com o melhor cuidado de suporte (cuidado paliativo), para pacientes com câncer colorretal metastático (IQWiG, 2016).

Em parecer técnico do *All Wales medicines Strategy Group (AWMSG)*, País de Gales (AWMSG, 2015), concluiu-se que não há tratamento efetivo disponível para

os casos de progressão da doença refratária ao uso de imatinibe e sunitinibe, embora este pequeno grupo de pacientes possa estar clinicamente bem, com boa qualidade de vida.

[...]

Segundo análise da evidência disponível, publicada em revista técnico-científica independente francesa (Prescrire International, 2015), o uso do regorafenibe não apresenta impacto para a sobrevida global dos pacientes; por outro lado, os efeitos adversos foram frequentes e graves. A mediana de sobrevida, cerca de 17 meses, foi similar nos dois grupos comparados, regorafenibe e placebo. O tempo mediano para ocorrência de morte ou progressão radiológica foi de 4,8 meses no grupo regorafenibe e 0,9 mês no grupo placebo [...]. Os conhecidos efeitos adversos do regorafenibe são frequentemente graves e algumas vezes fatais, incluindo: dano hepático, sangramento, hipertensão, doença cardíaca isquêmica, arritmia cardíaca, lesão mucocutânea (eritrodisaestesia palmoplantar e mucosite), perfuração e fístula gastrointestinal, infecções, hipotireodismo, reações de hipersensibilidade sistêmica (DRESS) e leucoencefalopatia. Efeitos adversos graves ocorreram em 61% dos pacientes tratados com regorafenibe e em 14% no grupo submetido a placebo.

[...]

Na prática, em pacientes com tumores estromais gastrointestinais não ressecáveis ou metastáticos, nos quais o imatinibe e o sunitinibe tenham falhado, a única vantagem comprovada para o regorafenibe é que ele retarda a progressão radiológica por cerca de quatro meses. A conduta mais razoável nesses casos é propor melhor cuidado de suporte ao invés de expor pacientes aos efeitos adversos do regorafenibe.

Parecer técnico científico, do Centro Colaborador do SUS: Avaliação de Tecnologias e Excelência em Saúde (CCATES) (CCATES, 2016 (também analisou a evidência científica que sustenta o uso de regorafenibe em pacientes com câncer colorretal metastático, chegando a resultados similares aos de organizações internacionais. Ou seja, *o regorafenibe proporcionou uma melhora muito modesta na sobrevida global e na sobrevida livre de progressão, à custa de mais eventos adversos.*

[...]

No dia 15 de março de 2017, em reunião do Comitê Permanente de Regulação da Atenção à Saúde (COSAÚDE) (ANS, 2017), da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) [...]. Nessa mesma linha, segundo a ANS, há importantes fragilidades do estudo que avaliou o regorafenibe e ponderou que, das agências internacionais de avaliação e incorporação de tecnologias, apenas o Canadá incorporou este fármaco. No *National Institute for Health and Care Excellence (NICE)*, do Reino Unido, o medicamento ainda está sendo avaliado, com elaboração de parecer prevista para novembro de 2017. Na Austrália foi elaborado um parecer negativo. Os resultados dos estudos demonstram muitos efeitos adversos e o benefício, em contrapartida, de pequena magnitude.

[...]

Em seguida, passamos a responder aos quesitos para os quais nos julgamos capazes de contribuir:

[...]

Uma vez comercializado o medicamento, enquanto as novas indicações não são aprovadas, seja porque as evidências para tal ainda não estão completas, ou porque a agência reguladora ainda as está avaliando, é possível que um médico já queira prescrever o medicamento para um paciente que tenha uma delas. Podem também ocorrer situações de um médico querer tratar pacientes que tenham certa condição que, por analogia com outra semelhante, ou por base fisiopatológica, ele acredite possam vir a se beneficiar de um determinado medicamento não aprovado para ela (Anvisa, 2005).

Quando o medicamento é empregado nas situações descritas acima está caracterizado o *uso off label do medicamento*, ou seja, o uso não aprovado, que não consta da bula. O uso *off label* de um medicamento é feito por conta e risco do médico que o prescreve, e pode eventualmente vir a caracterizar um erro médico, mas em grande parte das vezes trata-se de uso essencialmente correto, apenas ainda não aprovado.

[...]

O que é uso *off label* hoje pode vir a ser uso aprovado amanhã, mas nem sempre isso ocorrerá. O que é *off label* hoje, no Brasil, pode já ser uso aprovado em outro país. Não necessariamente o medicamento virá a ser aprovado aqui, embora frequentemente isso vá ocorrer, já que os critérios de aprovação estão cada vez mais harmonizados internacionalmente (Anvisa, 2005).

[...]

O uso *off label* é, por definição, não autorizado por uma agência reguladora, mas isso não implica que seja incorreto (Anvisa, 2005).

Vale salientar que não há unanimidade quanto à afirmativa de que uso *off label* é equivalente a tratamento experimental, pois que um tratamento experimental pressupõe o uso apenas em contexto de pesquisa clínica, com protocolo devidamente aprovado e execução acompanhada por Comitê de Ética em Pesquisa (CEP), e com a devida anuência do sujeito da pesquisa, ou seu responsável legal, por meio de assinatura de termo de consentimento livre e esclarecido (TCLE) (CNS, 2012).

[...]

O regorafenibe é um fármaco novo, aprovado pela Anvisa, em 28 de dezembro de 2015, "para o tratamento de pacientes adultos com tumores estromais gastrintestinais (GIST) metastáticos ou não ressecáveis que tenham progredido ou experimentaram intolerância ao tratamento prévio com imatinibe e sunitinibe." portanto, não se trata de tratamento experimental, porém, as evidências

científicas disponíveis para justificar sua utilização na prática clínica são limitadas, podendo eventualmente ser justificado seu emprego no tratamento de terceira linha dessa doença, embora ainda não esteja clara sua superioridade em comparação ao cuidado paliativo.

Para se afirmar que o regorafenibe não era o medicamento mais recomendável tecnicamente, recomendamos posicionamento de médico oncologista, com base na história clínica completa da paciente.

O IDEC - Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, como *amicus curiae*, opina no seguinte sentido, *in verbis*:

Os contratos de assistência à saúde são espécies de contratos de prestação de serviços, de trato sucessivo, nos quais o consumidor, no intuito de preservar eventuais tratamentos ligados à sua saúde, transfere ao fornecedor, mediante pagamento, os eventuais riscos derivados de sua saúde, de modo que este arque com os custos de assistência médica quando assim se fizer necessário.

Em outras palavras, o objeto do contrato em questão consiste na obrigação de a operadora garantir o tratamento à saúde. Decisões acerca destas contratações envolvem pontos sensíveis em decorrência de seu objeto, corolário do direito à vida e garantidor da dignidade da pessoa humana, nos termos do artigo 5º, 6º e 196 e seguintes da Constituição Federal.

O art. 196 estabelece que a saúde é direito de todos e dever do Estado, havendo a autorização constitucional expressa para a atuação do setor privado na assistência à saúde, nos termos do art. 199. Contudo, é importante frisar que essas atividades, mesmo quando desempenhadas por particulares em regime privado de exploração econômica, são revestidas do caráter de relevância pública, nos termos do art. 197 da Constituição Federal.

Assim, ainda que prestada pela iniciativa privada, a saúde não perde seu caráter de relevância pública, o que impõe restrições e cuidados a todos aqueles que decidem prestar serviços de saúde, seja na elaboração ou execução dos contratos com os consumidores contratantes.

[...]

Feitos estes esclarecimentos sobre a incidência, ao caso, do CDC e dos princípios da boa-fé objetiva e função social do contrato, bem como reconhecendo-se a assimetria técnica e informacional que grassa a relação entre consumidor e fornecedor, é importante trabalharmos as noções de tratamento experimental e uso *off label* de medicamentos.

O tratamento experimental é aquele cuja eficácia ou segurança ainda estão em fase de avaliação pelos órgãos competentes. Não se caracteriza como experimental o tratamento não previsto no rol de cobertura obrigatória, ou o tratamento mais moderno disponível.

Essa diferenciação precisa ser feita, porque na atuação do Idec, tem se verificado recorrente a recusa de tratamento, em especial os oncológicos, sob o argumento de o tratamento prescrito não estar previsto no rol da ANS, ou ainda, por ser uma técnica recentemente aprovada pela ANVISA ou CFM.

A negativa de cobertura sob estas justificativas é ilegal e abusiva, nos termos do art. 39, I, V e art. 51, IV, seja porque o rol não é taxativo, mas exemplificativo, seja porque tendo sua segurança e eficácia asseguradas pelos órgãos competentes, o tratamento é convencional e deve ser coberto pela operadora. Nesse mesmo sentido vemos julgado da Quarta Turma deste C. Tribunal.

[...]

O entendimento delineado deste C. Tribunal, ao qual este Instituto se alinha, é o de que a negativa de tratamento a determinada doença listada na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde (OMS), sob o argumento de ser experimental é abusiva quando esgotadas outras alternativas menos custosas, ou de eficácia comprovada.

Esse entendimento está respaldado pela interpretação conjunta dos art. 10 e 12 da Lei 9.656/1998, na linha de, frustrada a utilização de outras espécies de tratamento, é possível a oferta de tratamento experimental, que, no caso do paciente em análise, passa a ser o único possível.

De fato, o art. 10 da Lei 9.656/1998 só autoriza a exclusão de determinado tratamento em confronto com as coberturas mínimas que são garantidas no art. 12. Tanto é assim que o art. 10 lhe faz menção expressa.

Portanto, a restrição contida no art. 10, I, da Lei 9.656/1998 somente deve ter aplicação nas hipóteses em que os tratamentos convencionais mínimos garantidos pelo art. 12 da mesma Lei são úteis e eficazes para o contratante segurado.

Em situações em que os tratamentos convencionais se mostram ineficientes, deve a operadora se responsabilizar pelo tratamento experimental, desde que haja indicação médica do profissional que acompanha o caso, e seja realizado em instituição de saúde reconhecida, isto é, cientificamente bem reputada.

[...]

No caso dos autos, analisa-se a pertinência do uso *off label* de medicamento para tratamento de câncer em estágio IV, após o insucesso de (i) procedimento cirúrgico, (ii) tratamento com capecitabina e radioterapia, (iii) ciclos de Folfox e Bevacizumabe e (iv) esquema FLOX/Avastin.

Após esgotadas quatro alternativas terapêuticas convencionais, o médico assistente que acompanha o caso prescreveu o medicamento Regorafenibe, registrado pela ANVISA e comercializado no Brasil, mas para indicações oncológicas diversas da que hoje porta a consumidora. Acionada a operadora de

planos de saúde, esta recusou a cobertura, sob o argumento de uso *off label* da medicação.

O presente caso é de subsunção completa à interpretação feita acima. Ou seja, esgotadas as vias ordinárias e de eficácia comprovada para o controle da doença, o tratamento experimental passa a ser o único possível ao paciente, que contratou o plano no intuito mesmo de transferir para a operadora o risco de adoecimento grave e dos eventos catastróficos em saúde.

[...]

De fato, a lei dos planos de saúde não define, em seu art. 10, o que seja tratamento experimental. Coube à ANS fazê-lo, através da RN n. 387/2015, para fins de exclusão de cobertura:

Art. 20. A cobertura assistencial de que trata o plano-referência compreende todos os procedimentos clínicos, cirúrgicos, obstétricos e os atendimentos de urgência e emergência, na forma estabelecida no artigo 10 da Lei n. 9.656, de 1998.

§ 1º São permitidas as seguintes exclusões assistenciais:

I - tratamento clínico ou cirúrgico experimental, isto é, aquele que:

- a) emprega medicamentos, produtos para a saúde ou técnicas não registrados/não regularizados no país;
- b) é considerado experimental pelo Conselho Federal de Medicina - CFM ou pelo Conselho Federal de Odontologia - CFO; ou c) não possui as indicações descritas na bula/manual registrado na ANVISA (uso *off-label*).

[...]

Isto, porque a RDC n. 38/2013 da ANVISA permite a prescrição desses procedimentos fora das pesquisas clínicas em três modalidades: situações de acesso expandido, uso compassivo e fornecimento pós-estudo. Segundo seu artigo 11, o uso expandido se destina aos pacientes que não participaram do estudo, e sua aplicação só ocorre por solicitação do médico assistente.

O uso compassivo é uma autorização pessoal e intransferível dada pela ANVISA, destinado a pacientes portadores de doenças debilitantes graves ou que ameacem a vida, sem alternativa terapêutica satisfatória com produtos registrados no país. Por fim, o art. 15 da RDC dá as regras de prescrição nos casos de uso pós-pesquisa para aqueles que dela participaram, em que a avaliação do benefício do paciente em relação ao risco e uso do produto fica sob responsabilidade do médico incumbido do programa de acesso ou da própria pesquisa clínica.

Em razão desses usos paralelos, especialmente no caso de não participantes da pesquisa (uso expandido e compassivo) entendemos, nos termos do tópico anterior, que esgotadas todas as alternativas de tratamento, a operadora

deve cobrir custos com tratamento cuja eficácia e segurança ainda estejam sob avaliação dos órgãos competentes, desde que este tratamento tenha sido prescrito pelo médico assistente que acompanha o caso.

[...]

A lei brasileira não define uso *off label*, mas existem pareceres do CFM e posicionamento da ANVISA no sentido deste uso decorrer da prerrogativa do médico em prescrever medicamento (liberdade de prescrição prevista no art. 21 do Código de Ética Médica).

[...]

Diferente é tratar essa matéria no âmbito da pesquisa clínica, o que também poderá ocorrer.

[...]

Como se pode notar, o uso *off label* se refere às prescrições de medicamento com finalidades terapêuticas distintas das que tiveram aprovação na Anvisa. Assim, trata-se de medicamento cuja segurança e eficácia foram comprovadas, mas não para o uso que se quer dar. Ainda assim, o medicamento é comercializado sob a regulação da ANVISA e está dentro do sistema de Farmacovigilância (notificação obrigatória de efeitos adversos).

Feita essa diferenciação, entendemos que a ANS tem competência para definir exclusões de cobertura, em obediência aos ditames da Lei 9.656/1998. Contudo, a definição de tratamento experimental feita na RN n. 385/2016 extrapola seu escopo de ação, uma vez que essa definição não leva em consideração as disposições da ANVISA e do CFM, bem como de outros colegiados sobre a temática do tratamento experimental.

[...]

De forma hipotética, em havendo a negativa de cobertura do medicamento *off label* pelo plano de saúde, sem sombra de dúvidas haverá violações ao CDC, mais precisamente ao consagrado direito à vida e saúde (art. 6º, I, CDC), a vedação a práticas e cláusulas abusivas (art. 6º, IV, CDC) e a efetiva prevenção à reparação de danos (artigo 6º, VI, CDC).

[...]

Por fim, sob a perspectiva do custeio do tratamento experimental, no caso das pesquisas clínicas pode haver distribuição entre operadora de planos e entidade pesquisadora responsável no caso dos participantes da pesquisa. Nos casos de uso paralelo (expandido e compassivo), é possível que o patrocinador ou pesquisador assuma, mas em nosso entendimento, ele é dever da operadora de plano de saúde, já que referido custeio não pode, em hipótese alguma, ser assumido pelo paciente.

[...]

A prescrição de tratamento fora dos protocolos tradicionais não é uma leviandade, havendo regras explícitas que, se de um lado, garantem ao médico assistente a liberdade de prescrição, de outro, cobram a responsabilidade pelo risco. Assim, se o médico assistente prescreve tratamento experimental, ele o faz sabendo dos riscos em que não apenas seu paciente, mas ele próprio incorre.

[...]

Em segundo lugar, o profissional mais indicado para consideração dos riscos e potenciais benefícios de um tratamento escolhido num caso concreto é precisamente o médico que acompanha o paciente e detém seu prontuário. O médico de confiança (ou médico assistente) é a maior autoridade sanitária na escolha da terapêutica a ser empregada, e quem apresenta as melhores condições de determinar o tratamento para o caso.

[...]

Explicitada esta assimetria, é necessário interpretar a distribuição da oportunidade de prova sob os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato. Pergunta-se, com vistas ao atendimento destes princípios, quem pode mais se beneficiar desse tipo de prova técnica?

Em resposta da Instituição, crê-se que a prova pericial nesses casos tem mais chances de beneficiar empresas sem a correspondente possibilidade de benefício ao consumidor, o que ao invés de balizar a relação de assimetria informacional e técnica, apenas a aprofundará.

Ainda assim, se admitida, ela deve levar em consideração todos os exames, diagnósticos e tratamentos pelos quais o consumidor se submeteu antes de vir a tentar o tratamento experimental.

[...]

Logo, a depender da casuística, a produção de prova pericial para aferir procedimento diverso daquele repassado pelo médico do paciente poderá tornar inócuo o tratamento a que o consumidor foi precipuamente submetido, sob pena de o bem jurídico tutelado se esvair sem que haja uma prestação jurisdicional definitiva do Poder Judiciário sobre a questão, a tempo de socorrer a parte que mais precisa dela, *in casu*, o consumidor.

[...]

Além disso, o Instituto recomenda que o uso "off label" não seja considerado tratamento experimental nos mesmos termos em que o são as pesquisas clínicas, em especial para exclusão de cobertura, uma vez que a prática médica nesses casos é baseada na prescrição de medicamento registrado, com comercialização liberada, limitação de preços fixada pela CMED e uso consagrado, feita apenas com finalidade terapêutica diversa da constante no registro e ocorrendo por conta e risco do prescritor. Tal medida visa alinhar o tratamento dado pela ANS com as disposições da ANVISA e do CFM sobre a matéria.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, como *amicus curiae*, opina no seguinte sentido, *in verbis*:

Nos termos do art. 4º, inciso III, da Lei n. 9.961, de 2000, compete à Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS elaborar o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que constitui referência básica para os fins do disposto na Lei n. 9.656, de 1998, e suas excepcionalidades.

Trata-se das coberturas mínimas obrigatórias a serem asseguradas pelos chamados “planos novos” (planos privados de assistência à saúde comercializados a partir de 2/1/1999), e pelos “planos antigos” adaptados (planos adquiridos antes de 2/1/1999, mas que foram ajustados aos regramentos legais, conforme o art. 35, da Lei n. 9.656, de 1998), respeitando-se, em todos os casos, as segmentações assistenciais contratadas.

Considerando tal competência, a ANS, desde sua criação, editou normativos, instituindo e atualizando o Rol em questão, cujas regras encontram-se atualmente estabelecidas pela Resolução Normativa - RN n. 387, de 2015, em vigor desde 2/1/2016.

Vale esclarecer que a Lei n. 9.656, de 1998, deixa explícito que, nos casos de terapia medicamentosa, o fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar não está contemplado dentre as coberturas obrigatórias (art. 10, inciso VI), exceção feita apenas para os medicamentos antineoplásicos orais e para o controle de efeitos colaterais e adversos dos medicamentos antineoplásicos (art. 12, inciso I, alínea “c”, e inciso II, alínea “g”) [...].

Segundo informações cadastradas na bula, o medicamento *Regorafenibe* (*Stivarga*) está registrado na ANVISA sob o n. 1705601080018, sendo apresentado na forma de comprimidos revestidos de 40 mg. Este medicamento é indicado para o tratamento de pacientes adultos com tumores estromais gastrintestinais (GIST) metastáticos ou não ressecáveis, que tenham progredido ou experimentaram intolerância ao tratamento prévio com imatinibe e sunitinibe.

Uma vez que o medicamento *Regorafenibe* (*Stivarga*) não se encontra listado no Anexo II da RN 387, **sua cobertura não é obrigatória por parte da operadora**. Todavia, frise-se, não existe nenhum óbice a que a operadora ofereça cobertura maior do que a mínima estabelecida pela ANS.

É relevante salientar que, no caso de “planos antigos” não adaptados (planos contratados até 1/1/1999 e não ajustados à Lei n. 9.656, de 1998, nos termos do seu art. 35), a cobertura ao procedimento em análise somente será devido caso haja previsão nesse sentido no respectivo instrumento contratual.

Lembramos que o Rol de Procedimentos é, periodicamente, submetido a atualizações. Neste sentido, convém ressaltar que as revisões periódicas são antecedidas por amplos debates no Comitê Permanente de Regulação da Atenção à Saúde - COSAÚDE. Esse fórum de discussão conta com a participação de representantes de consumidores, de prestadores de serviços, de operadoras

de planos privados de assistência à saúde, de conselhos profissionais de saúde, de sociedades médicas e do corpo técnico da ANS.

Após o debate no âmbito do COSAÚDE, todas as propostas consideradas pertinentes são consolidadas pela ANS em uma minuta de RN para atualização do Rol. Tal documento é então submetido a Consulta Pública, ocasião em que toda a sociedade tem a oportunidade de colaborar com o aprimoramento das regras de cobertura.

Todas as contribuições advindas da participação social são analisadas por técnicos da Agência, que, quando cabíveis, podem promover alterações na minuta do normativo. Após tais adequações, a minuta da norma de atualização do Rol é encaminhada à Diretoria Colegiada da ANS para deliberação, que, entendendo necessário, pode indicar novos ajustes, encaminhando em seguida, para publicação no Diário Oficial da União DOU.

Vale enfatizar que, para incluir ou excluir itens do Rol, ou para alterar os critérios de utilização (Diretrizes de Utilização - DUT) dos procedimentos listados, a ANS leva em consideração estudos com evidências científicas atuais de segurança, de eficácia, de efetividade, de acurácia e de custo-efetividade das intervenções. Deste modo, os procedimentos incorporados são aqueles nos quais os ganhos e os resultados clínicos são mais relevantes para os pacientes, segundo a melhor literatura disponível e os conceitos de Avaliação de Tecnologias em Saúde - ATS.

No processo de atualização do Rol, são ponderados, ainda, outros critérios, tais como a disponibilidade de rede prestadora para a realização dos procedimentos e a aprovação pelos conselhos profissionais quanto ao uso do procedimento.

O Ministério da Saúde, como *amicus curiae*, opina no seguinte sentido, *in verbis*:

O registro de medicamento é o ato exclusivo da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), por meio do qual a mesma autoriza a comercialização do produto em todo o território nacional para uma ou mais indicações, mediante avaliação do cumprimento de requisitos de caráter jurídico-administrativo e técnico-científico relacionados com a eficácia, segurança e qualidade. Como regra geral, nenhum produto sujeito às normas da vigilância sanitária, entre os quais se incluem os medicamentos, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado na ANVISA.

A concessão do registro pressupõe que uma série de exigências sejam cumpridas e abrange aspectos da pesquisa, desenvolvimento, produção e comercialização de medicamentos. Importante ressaltar que o processo para concessão de registro não se restringe à avaliação da eficácia, efetividade e segurança de um medicamento para determinada indicação, mas constitui análise mais ampla de todos os processos que possam interferir na qualidade desses produtos e que sejam considerados críticos à saúde da população.

Quando o fármaco não se encontra registrado na ANVISA, torna-se impossível ao País fiscalizar os requisitos mínimos que credenciam a utilização da medicação para uso humano, como a segurança, a eficácia e a qualidade da mesma. Assim, o uso e as consequências clínicas de utilização de medicação não registrada é de responsabilidade, em tese, única e exclusiva do médico que o prescreve. Em suma, não há uso aprovado para esse medicamento no Brasil.

[...]

Assim, o registro de uma medicação pela ANVISA tem por objetivos: analisar sua segurança, sua eficácia, sua qualidade, e analisar e monitorar o seu preço.

Nesse contexto, vale diferenciar o que se entende, na temática, por segurança, eficácia e qualidade de medicamentos (cf. Parecer n. 000649/2017/CONJUR-MS/CGU/AGU, anexo) Medicamentos seguros são aqueles cujos efeitos terapêuticos advindos de sua utilização superam os seus efeitos colaterais, isto é, o medicamento traz mais benefícios do que malefícios.

Medicamento eficaz é aquele que, em um ambiente ideal, comprova atuar sobre a enfermidade que se propõe tratar, isto é, o medicamento comprova, em ambiente de laboratório (ideal), que realmente atua sobre a doença.

Medicamento de qualidade é aquele que comprova obedecer as regras das Boas Práticas de Fabricação (BPF) expedidas pela ANVISA, consistente em um conjunto de exigências necessárias à fabricação e controle de qualidade de produtos farmacêuticos a fim de que o resultado seja: a produção de lotes iguais de medicamentos; o controle de qualidade dos insumos; a validação dos processos de fabricação; as instalações e os equipamentos adequados e treinamento de pessoal.

Dadas tais definições, em sentido contrário, portanto, é possível concluir que a ausência de registro de um medicamento na ANVISA implicará em não se saber se o produto trará mais prejuízos que benefícios, se realmente atuará sobre a doença para a qual está sendo indicado, se está sendo produzido em conformidade com a legislação sanitária.

Implicará, ainda, na impossibilidade de controle dos seus lotes de produção, já que eles não estarão previamente registrados, impossibilitando, com isso, a atuação das autoridades sanitárias caso haja necessidade de sua retirada do mercado para proteger a saúde da população, bem como na impossibilidade de controle quanto ao seu preço.

Em outras palavras, quanto ao risco sanitário, vale concluir que o risco na utilização de um medicamento não é só no caso do mesmo poder levar a um efeito colateral ou efeito adverso, mas também pela sua inefetividade, sendo que ambas reações só podem ser minimizadas a partir da análise técnica que antecede a concessão de registro para o medicamento. Portanto, a análise técnica da ANVISA, que antecede a concessão de registro, visa a minimizar os riscos relacionados com a produção, circulação e consumo de produtos e serviços sujeitos à vigilância sanitária.

[...]

Além dos objetivos acima transcritos, todo esse controle a respeito de registro de medicamentos e outras substâncias de interesse à saúde visa, outrossim, a possibilitar que as autoridades sanitárias do Estado brasileiro tenham o controle sanitário das substâncias de interesse à saúde, inclusive medicamentos, que estão sendo disponibilizadas aos cidadãos do país, permitindo a ação do Poder Público em casos de emergência, como lhe é imposto por previsão legal, nos termos do art. 7º, 70 e 75 da Lei 6.360/1976, pelos quais se estabelecem verdadeiros deveres da Administração em agir permanentemente no que concerne à vigilância sanitária.

Impende destacar que a necessidade do registro só pode ser dispensada na hipótese de medicamentos adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, para uso de programas em saúde pública, pelo *Ministério da Saúde*, nos termos do § 5º do art. 8º da Lei n. 9.782, de 26/01/999, o que claramente *não* é o caso ora em análise:

[...]

É possível, nesse contexto, que, mediante solicitação da CONITEC, art. 21 do Decreto n. 8.077, de 14/08/2013, a ANVISA emita autorização de uso para fornecimento, pelo SUS, de medicamentos ou de produtos registrados nos casos em que a indicação de uso pretendida seja distinta daquela aprovada no registro, desde que demonstradas pela CONITEC as evidências científicas sobre a eficácia, acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento ou do produto para o uso pretendido na solicitação.

A CONITEC não solicita à ANVISA alteração do registro, mas sim a autorização de uso *off-label* no âmbito do SUS, para viabilizar o fornecimento do medicamento, com base no art. 21 do Decreto n. 8.077, de 14/08/2013, que estabelece:

[...]

Essa hipótese, entretanto, é exceção à regra fundamentada na exigência do registro para uma determinada indicação terapêutica como requisito indispensável à instauração de processo administrativo para a avaliação pela CONITEC da incorporação de medicamentos ao SUS.

[...]

Assim, compreendida a distinção, é de se concluir que, em relação aos medicamentos não registrados pela ANVISA, há vedação legal a sua comercialização e fornecimento no país. Quanto aos medicamentos registrados, mas para uso *off label*, há necessidade de iniciativa da CONITEC no tema e, ainda assim, seu uso ocorrerá de modo excepcional, para atendimento de situação específica de saúde pública.

[...]

No ponto, vale citar trecho do voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio na análise da Medida cautelar na ADI 5501/DF, apresentada em face da Lei 13.269/16, que havia autorizado o fornecimento da fosfoetilonamina, a famosa “pílula do câncer”:

A esperança depositada pela sociedade nos medicamentos, especialmente naqueles destinados ao tratamento de doenças como o câncer, não pode se distanciar da ciência. Foi-se o tempo da busca desenfreada pela cura sem o correspondente cuidado com a segurança e eficácia das substâncias. O direito à saúde não será plenamente concretizado sem que o Estado cumpra a obrigação de assegurar a qualidade das drogas distribuídas aos indivíduos mediante rigoroso crivo científico, apto a afastar desenganos, charlatanismos e efeitos prejudiciais ao ser humano.

(...)

A aprovação do produto no órgão do Ministério da Saúde é condição para industrialização, comercialização e importação com fins comerciais, segundo o artigo 12 da Lei n. 6.360/1976. O registro ou cadastro mostra-se condição para o monitoramento, pela Agência fiscalizadora, da segurança, eficácia e qualidade terapêutica do produto. Ante a ausência do registro, a inadequação é presumida.

(...)

O controle dos medicamentos fornecidos à população é efetuado, tendo em conta a imprescindibilidade de aparato técnico especializado, por agência reguladora supervisionada pelo Poder Executivo. A atividade fiscalizatória – artigo 174 da Constituição Federal – dá-se mediante atos administrativos concretos de liberação das substâncias, devidamente precedidos dos estudos técnicos – científicos e experimentais.

(...)

É no mínimo temerária – e potencialmente danosa – a liberação genérica do medicamento sem a realização dos estudos clínicos correspondentes, em razão da ausência, até o momento, de elementos técnicos assertivos da viabilidade da substância para o bem-estar do organismo humano. Salta aos olhos, portanto, a presença dos requisitos para o implemento da medida acauteladora.

No caso, a prioridade do direito à segurança diz respeito à necessidade de apenas serem fornecidos medicamentos seguros à população, ou seja, medicamentos cujos efeitos terapêuticos advindos de sua utilização superem os seus efeitos colaterais, trazendo mais benefícios do que malefícios.

Foi nessa linha que andou o legislador ordinário, portanto, ao restringir o direito fundamental à saúde ao prever a vedação de fornecimento de medicamentos não

registrados na ANVISA no art. 19-T da Lei 8.080/1990, a qual, embora direcionada às esferas de gestão do SUS, guarda aplicabilidade lógica também em relação às pessoas jurídicas de direito privado.

[...]

Data vênia, por mais que o direito à saúde seja uma prioridade constitucional, não se pode pretender que o Poder Judiciário, de modo abstrato, determine o fornecimento de uma medicação ou a realização de um tratamento médico sem que tenha sido ele avaliado concreta e exaustivamente pelo órgão competente, que deverá estabelecer os medicamentos ou produtos necessários nas diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde de que tratam, bem como aqueles indicados em casos de perda de eficácia e de surgimento de intolerância ou reação adversa relevante, provocadas pelo medicamento, produto ou procedimento de primeira escolha.

[...]

Além disso, na prática, o que se constata é que a maior parte dos valores foram destinados ao atendimento de demandas individuais, representando pouquíssimos beneficiários se comparados com o total de atendimentos prestados pelo SUS:

[...]

Embora se saiba que, em relação aos planos de saúde, o impacto não será de tal monta em virtude do próprio quantitativo de ações relacionadas à saúde em face do Poder Público, os elementos apresentados destinam-se a auxiliar eventual juízo acerca dos riscos ao equilíbrio econômico dessas operadoras, considerando que, como dito acima, a ausência de registro na ANVISA implica ainda na impossibilidade de controle de preços dessas medicações.

4. *Do fato superveniente específico do caso concreto: registro do medicamento Regorafenibe (Stivarga), pela ANVISA, a partir de dezembro de 2015.*

Por fim, vale registrar que o processo em questão se originou de ação voltada a garantir a obtenção do medicamento *Regorafenibe* ajuizada em 2014, para o tratamento de adenocarcinoma de reto.

[...]

O regorafenibe foi aprovado pela Agência Europeia de Medicina com uma série de advertências alertando pacientes e profissionais de saúde que a toxicidade hepática grave e fatal ocorreu em pacientes tratados com esta medicação durante os estudos clínicos.

[...]

Atualmente, referida medicação, consoante Resolução RE n. 3.535, de 23 de dezembro de 2015, passou a ser devidamente registrada pela ANVISA sob a titularidade da empresa *Bayer S.A.*, conforme publicação no Diário Oficial da União

n. 247, de 28 de dezembro de 2015 1, estando seu registro vigente até 12/2020, com preço registrado na CMED.

Assim, apresenta a União tal dado para fins de subsidiar o posicionamento a ser adotado por essa Corte Especial no caso concreto.

O Ministério Público Federal assim se manifestou:

A discussão posta nos autos reside em saber se a operadora do plano de saúde, ora recorrente, está obrigada a fornecer ou custear tratamento que envolve medicamento sem registro na ANVISA.

Cumpra ressaltar, em proêmio, quanto à pretensa ofensa ao artigo 535 do CPC/1973, que irrepreensível a decisão do tribunal local no sentido de que o acórdão impugnado não possuiu omissão, contradição ou obscuridade a legitimar o manejo dos embargos de declaração. Na verdade, a embargante realizou abordagem acerca do mérito da causa, demonstrando insurgência mormente no que tange à determinação de fornecer tratamento com medicamento sem registro.

Veja-se que tal ato configurou apenas desejo de mera reapreciação da matéria, não condizente com a qualificação dos embargos. Demais disso, não se pode confundir julgamento desfavorável aos interesses da parte com negativa de prestação jurisdicional ou falta de fundamentação, estando esclarecida a inocorrência de infringência ao artigo 535 do CPC/1973.

No mais, assiste razão à recorrente.

Quanto à questão de fundo, verifica-se que, em vários casos, os tribunais superiores decidiram pela obrigatoriedade do Estado ou da operadora de plano de saúde fornecer o tratamento ou o medicamento pleiteado pelo requerente, ao argumento de que cabe ao poder público, por meio do sistema único, e às entidades de saúde suplementar a efetividade do artigo 196 da Constituição da República.

Nesse sentido, a título exemplificativo, merece transcrição acórdão paradigmático proferido pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar a STA 175 AgR/CE, assim ementado:

[...]

Ainda nessa linha de raciocínio, registra-se que a Corte Superior de Justiça, ao exarar decisões relacionadas ao âmbito sanitário, amiúde, toma como norte a orientação de que cabe ao médico, em razão de sua formação específica, indicar o melhor e mais adequado tratamento ao paciente. Por conseguinte, não é permitido às seguradoras e operadoras do plano de saúde restringir o tratamento ou o medicamento prescrito pelo profissional habilitado, sendo-lhe autorizado dispor sobre a cobertura de doenças. Ilustrativamente, corroboram essa lição, dentre inúmeros julgados, o AgRg no REsp 1.547.168/SP (relator o Ministro Moura

Ribeiro, Terceira Turma, DJe 3.5.2016) e o AgInt no AREsp 1.057.609/CE (relator o Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, DJe 26.6.2017).

Demais disso, compreendem os referidos tribunais que aludida restrição das entidades de saúde suplementar ao melhor tratamento para o paciente consubstancia-se em abusividade de cláusula contratual, que, por seu turno, está relacionada com a “legítima expectativa do autor de receber a prestação adequada para sua convalescença, causando-lhe profundo sofrimento, que extrapola o mero aborrecimento cotidiano (...)” (AgRg no AREsp 775.115/RJ, relator o Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 14.12.2016).

A despeito dos entendimentos acima, entende-se que eles não têm aplicabilidade no caso em tela, principalmente porque, aqui, a discussão engloba fornecimento de medicamentos não registrados pela ANVISA, circunstância não abarcada pelo contrato firmado entre as partes.

Como sabido, a regularização de produtos pela autoridade sanitária oferece garantia e segurança à saúde, procedimento posto pelas Lei n. 5.991/1973 e Lei n. 9.782/1999. Além disso, a Lei n. 6.360/1976 disciplina, em seu artigo 12, a imprescindibilidade do registro do produto para ser industrializado. Vale dizer, ainda, que este diploma legal, em seu artigo 66, dispõe sobre a configuração de infração de qualificação sanitária, em caso de desrespeito de suas normas. Anota-se também que a Lei n. 9.656/1998 autoriza a exclusão, no contrato, de tratamento clínico ou cirúrgico experimental (artigo 10, I).

Dessa forma, a que tudo indica, não se revela coerente que provimentos judiciais desconsiderem o trâmite essencial para o fornecimento seguro de fármacos.

Nessa esteira, porque repisa tal lição, destaca-se a decisão proferida no REsp 874.976/MT, resumida com os dizeres subsecutivos:

[...]

Além dos citados aspectos administrativos, pontua-se, com mais afinco, que, dentro de um sistema jurídico demasiadamente aberto, como o dos direitos sociais, é indispensável que as decisões judiciais sejam proferidas com esmero nos princípios e com viés econômico, realizando-se a necessária ponderação principiológica, objetivando minimizar o impacto na coletividade, sob pena de o magistrado exarar pronunciamento dentro de uma realidade insulada (metodologia fuzzy).

De mais a mais, vale rememorar que a efetivação de direitos tem custos e que, devido à crescente quantidade de demandas judiciais relacionadas à saúde, é dever do órgão julgador, por meio de decisões alocativas e disjuntivas, considerar os recursos finitos (escassez). A propósito, ainda nesse palmilhar, tem-se também que, dentro da análise econômica do direito, não cabe o exame de litígios individualmente, pois, com o intuito de se evitar a nominada “tragédia dos comuns”, as escolhas e os estudos devem se apoiar na coletividade.

Nesse tom, imperioso ressaltar que, caso essas condutas sejam desconsideradas, pode-se dar ensejo ao abalo das estruturas distributivas ou, considerando o presente litígio, ao colapso do sistema de saúde.

Nessa esteira, unindo-se a tal entendimento, diz o artigo 25 do Código de Ética da Magistratura Nacional que “Especialmente ao proferir decisões, incumbe ao magistrado atuar de forma cautelosa, atento às consequências que pode provocar”. E, no que tange ao fornecimento de medicamentos, tem-se a Recomendação n. 31 do Conselho Nacional de Justiça, que, em seu artigo I, b.2, recomenda aos tribunais de justiça estaduais e aos tribunais regionais federais que “evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei”.

Nesse exato sentido, confira-se a recente decisão prolatada quando do julgamento do REsp 1.685.936/SP, que analisou caso semelhante ao dos presentes autos.

Naquele recurso especial, houve questionamento da operadora do plano de saúde sobre sua obrigação de custear medicamento importado não registrado na ANVISA. Segue a ementa:

[...]

Em linhas gerais, aludido contexto demonstra que a falta de registro na ANVISA do fármaco requerido pela parte adversa não pode ser considerado mero óbice.

Demais disso, sob o aspecto econômico do direito, deve o órgão julgador atentar-se para as consequências de suas decisões, sob pena de pôr em risco os recursos do próprio sistema sanitário e onerar a coletividade.

Por todo o exposto, o Ministério Público Federal manifesta-se pelo provimento parcial do recurso especial.

É o relatório.

2. Como é sabido, não se 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 de 1973, pois o Tribunal de origem dirimiu as questões pertinentes ao litígio, não cabendo confundir omissão e contradição com entendimento diverso do perfilhado pela parte.

Note-se:

Processual Civil. Recurso especial. Art. 535 do CPC. Violação. Inocorrência. Prequestionamento implícito. Fato novo. Matéria fática. Súmula 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 1.039.457/RS, 3ª Turma, Min. Sindeci Beneti, DJe de 23/09/2008).

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 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)

3. A primeira questão controvertida consiste em saber se é possível ao plano de saúde fornecer medicamento que, por ocasião da negativa, nem sequer tinha registro na Anvisa.

A sentença anotou:

Deferida a gratuidade de justiça às fls. 269/270, além da tutela antecipada pretendida nos autos.

[...]

Relatou, em segundo momento, a indicação clínica para utilização do medicamento Regorafenibe no dia 08/04/2014 por sua médica oncologista.

[...]

A tutela antecipada foi deferida no dia 6 de maio de 2014, com mandado cumprido em 9 de maio de 2014 e juntado aos autos em 23 de maio de 2015.

Às fls. 281/282 a ré informou ter requerido a importação do medicamento em questão. E, às fls. 396/397, a paciente informou o fornecimento de uma caixa do medicamento pela ré, bem como que esta se comprometeu a custear o tratamento da autora em uma das clínicas conveniadas.

Às fls. 418/419 a ré informou que a Autora foi inscrita no programa de pesquisa realizado pelo laboratório Bayer, de forma que receberia a medicação como doação do laboratório por tempo indeterminado. Por essa razão, requereu a extinção do feito ante a perda superveniente do interesse de agir.

Informado o falecimento da parte autora no dia 5 de novembro de 2014, com o pedido de retificação do polo ativo, além de postular a desistência em relação ao pedido relativo à obrigação de fazer (fl. 457). Tal pedido, contudo, foi impugnado pela ré que requereu o julgamento do mérito.

[...]

Salienta que o medicamento pretendido nos autos encontra-se em caráter experimental de utilização, razão pela qual sequer apresenta autorização para utilização e comercialização junto à ANVISA. Sustenta, pois, a recusa no fornecimento do fármaco, tendo em vista que não comprovada cientificamente a sua atuação.

[...]

Ressalto que a relação jurídica objeto da presente demanda é de consumo, pois presentes os requisitos subjetivos (consumidor e fornecedor - artigos 2º e 3º da Lei n. 8.078/1990 - CDC) e objetivos (produto e serviço - §§ 1º e 2º do artigo 3º da mesma lei).

[...]

Dito isso, incontroverso o fato de que a autora demandou administrativamente pelo fornecimento do medicamento, o que não foi atendido pela parte ré.

[...]

Em que pese não haver comprovação sistemática detalhada dos seus benefícios, é obvio que não se enquadra em mero experimento empírico.

Ao reverso, revela-se fruto de intensa e dedicada atividade de pesquisa, o que é comumente realizado pelos acadêmicos nos centros de pesquisas existentes ao redor do mundo.

Vale observar o estímulo à pesquisa científica no mundo contemporâneo face à diversidade de doenças hoje conhecidas. Neste ponto, vê-se o fomento da atividade intelectual pela iniciativa privada, mas também pelos governos, o que demanda a conjugação de esforços na tentativa de proporcionar a todos o acesso à saúde, com tratamentos eficazes.

[...]

Certo é que a questão ainda se revela tormentosa.

A uma, porque traz à baila questionamentos acerca da conduta profissional e ética do responsável pelo tratamento médico, *na medida em que recomenda terapia ou remédio que carecem de suficiente e convincente confirmação quanto aos seus efeitos.*

Neste ponto, há de ser ressaltada, inclusive, a possibilidade de comprometimento da relação médico e paciente, se considerarmos a inocuidade de efeitos de eventual tratamento adotado diante da recomendação médica.

A duas, tem-se o artigo 10 da Lei n. 9.656/1998, que regula as disposições pertinentes aos planos de saúde, o qual dispõe que:

[...]

Evidente a análise acurada da pertinência deste requerimento, que deverá se coadunar com os fins pretendidos. Frise-se que eventual utilização deve ser reconhecida por centro de referência laboratorial internacional, além de ser necessário receituário médico, que comprove a adequação do produto.

[...]

Ressalte-se, mais uma vez, que a adoção desta técnica obedece a critério médico. Logo, não se revela razoável que o plano de saúde ou a ANVISA contrariem o plano de atuação da autoridade médica no combate à doença, sob pena de usurpar atribuição que não cabe aos operadores dos planos ou, ainda, aos técnicos da ANVISA.

[...]

Idêntico raciocínio adotou o Tribunal de Justiça de São Paulo ao editar a Súmula n. 102, que prestigia a programação médica e o uso do remédio experimental, de forma a atender as necessidades do paciente, neste sentido:

Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS.

A jurisprudência também tem consagrado a obrigatoriedade de fornecimento do medicamento, ainda que experimental, pelas operadoras de plano de saúde, conforme pode se ver do aresto abaixo transcrito:

[...]

Vale dizer que houve o falecimento da paciente no curso da demanda.

Contudo, o óbito não pode ser causa de majoração da indenização, haja vista que não comprovado que eventual retardo na utilização do Regorafenibe 40 mg tenha agravado a situação da paciente, até mesmo porque a tutela foi cumprida e o medicamento utilizado pela usuária.

Os documentos acostados aos autos, além do fato de a autora já ter se submetido a diversos procedimentos e intervenções médicas, sem ter surtido efeito, demonstram o seu delicado estado de saúde.

Deste modo, não se pode afirmar, com a certeza necessária, que o comprometimento da saúde da paciente e seu posterior óbito decorreu do atraso no fornecimento do medicamento.

Acrescente-se, contudo, que o comportamento da ré revelou-se temeroso, na medida em que negou assistência médica à portadora de grave doença oncológica e carecedora de inquestionáveis cuidados médicos. Evidente que a paciente foi exposta a risco desnecessário, o que contribuiu para lhe causar angústia e desânimo, além e frustrar as suas expectativas de consumidora.

O acórdão recorrido, por seu turno, dispôs:

A relação contratual mantida entre a apelante e a parte autora, independente da denominação que a ela se dê, não dista da situação dos demais consumidores de planos de saúde, e por isso não afasta a incidência da Lei n. 8.078/1990.

No mais, é cediço que aplicável o Código de Defesa do Consumidor ao contrato de prestação de serviços de saúde, nos termos do enunciado n. 469 da súmula do Superior Tribunal de Justiça: Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde.

[...]

In casu, examinando as peças que instruíram o feito, verifica-se que o apelado propôs ação judicial objetivando lhe fosse garantida a cobertura do medicamento quimioterápico denominado Regorafenibe. Como se vê da declaração médica acostada à fl. 27 (indexador 00026), a apelada necessitava do início do tratamento em caráter de urgência, pelo risco de progressão da doença.

Diante desse cenário, nota-se que a solicitação do específico medicamento, em tese, fora dos contornos do contrato não decorreu de mera opção da autora, mas sim de situação comprovadamente excepcional e emergencial prescrita por médico assistente e que, como já acentuado pela jurisprudência, autoriza a pretensão veiculada.

Mostra-se relevante aqui avaliar que, se por um lado, existindo tratamento convencional com perspectiva de resposta satisfatória, é certo que não poderá o paciente às custas da seguradora ou operadora de plano de saúde, optar por tratamento específico não constante do rol estabelecido pela legislação de regência.

Por outro lado, é razoável ponderar que, nas situações em que os tratamentos convencionais não forem recomendáveis, em razão da especificidade e gravidade do quadro clínico verificado - fato este devidamente atestado pelo médico que acompanha o caso -, deve a seguradora arcar com os custos do tratamento, na medida em que este passa a ser o único de real interesse para o contratante.

Acentue-se ainda que, em análise de demandas similares, esta Câmara já determinou, a disponibilização e custeio de tratamento com medicamento sem registro junto a Anvisa por uma operadora de plano de saúde, sendo certo que até o momento nenhuma modificação no cenário fático ou jurisprudencial ocorreu de forma que pudesse implicar na mudança de entendimento.

Sobre este prisma, se ponderou que o fato de o medicamento não ter registro na ANVISA não poderia, em casos específicos como o destes autos, servir de escusa para o cumprimento da obrigação. Isto porque, a uma, a ausência de registro do medicamento na ANVISA, em análise perfunctória, não implica óbice intransponível ao seu fornecimento, pois quem deve determinar o tratamento adequado não são as organizações administrativas ou o plano de saúde, mas sim o médico responsável; a duas, a necessidade do tratamento

com o dito medicamento e a impossibilidade de sucesso com os medicamentos disponíveis no Brasil restaram devidamente esclarecidas no laudo médico adrede mencionado.

Quanto aos demais argumentos alinhavados nas razões recursais, cumpre observar que as cláusulas contratuais que limitam ou impeçam as obrigações assumidas pelas operadoras de plano de saúde, em especial as que o consumidor adere sem a possibilidade de a elas se opor, constantes nos contratos de adesão, devem ser interpretadas em conformidade com os princípios da boa-fé e da equidade, nos termos do artigo 51 do CDC, ou seja, da forma mais favorável e de modo a não colocar em risco a finalidade do contrato.

Significa dizer que, embora não haja vedação legal à inserção de cláusulas restritivas em contratos de consumo, a restrição não pode ser tal que descumpra obrigações fundamentais inerentes à própria natureza da avença, já que faz parte das legítimas expectativas do cidadão, que mantém contrato de prestação de serviços de plano de assistência médica, que o mesmo venha a receber toda a assistência necessária à recuperação de sua saúde.

Sobreleva também o fato de que qualquer contrato de plano de saúde que, por exclusão ou por omissão, não inclua cobertura para os modernos procedimentos médicos-cirúrgicos surgidos a partir dos estudos e avanços científicos na área médica, vai de encontro com o princípio da boa-fé objetiva e fere o direito à saúde.

[...]

Nesse contexto, as teses defensivas, ao meu sentir, não merecem acolhida, uma vez que não se está aqui a desmerecer o trabalho da equipe médica na avaliação das solicitações feitas à operadora dos planos de saúde, mas é de conclusão lógica que tal análise deve considerar a urgência da situação e as novas práticas da Medicina. Assim, a partir do momento que uma entidade se propõe a prestar um serviço de tal magnitude, como é o caso das operadoras de plano de saúde, deve se pautar de todos os meios capazes de velar pelo atendimento da norma substancial deste tipo de contrato, qual seja, a preservação da vida. E, não por outra razão, inviável o acolhimento da pretensão recursal de limitação do objeto da lide em razão da cobertura contratual.

Diante dos elementos de prova carreados, notadamente, da urgência da medida, entendo que a postura do réu na vertente hipótese se afastou da boa-fé objetiva, descumpriu a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e frustrou a legítima expectativa do paciente em ver-se protegido pelo plano de saúde contratado.

Cabe aqui enfatizar que, consoante iterativa jurisprudência, é inaceitável a recusa da ré em autorizar o procedimento e o material reclamado, sendo certo que, cabe ao médico a escolha do tratamento mais adequado a seu paciente. Esta é, inclusive, a orientação firmada por este E. Tribunal de Justiça no enunciado n. 24, que preconiza:

Havendo divergência entre o seguro saúde contratado e o profissional responsável pelo procedimento cirúrgico, quanto à técnica e ao material a serem empregados, a escolha cabe ao médico incumbido de sua realização.

O acórdão dos embargos de declaração, por seu turno, dispôs:

Examinando as peças que instruíram o feito, verifica-se que o apelado propôs ação judicial objetivando lhe fosse garantida a cobertura do medicamento quimioterápico denominado Regorafenibe. Como se vê da declaração médica acostada à fl. 27 (indexador 00026), a apelada necessitava do início do tratamento em caráter de urgência, pelo risco de progressão da doença.

Diante desse cenário, nota-se que a solicitação do específico medicamento, em tese, fora dos contornos do contrato não decorreu de mera opção da autora, mas sim de situação comprovadamente excepcional e emergencial prescrita por médico assistente e que, como já acentuado pela jurisprudência, autoriza a pretensão veiculada.

Mostra-se relevante aqui avaliar que, se por um lado, existindo tratamento convencional com perspectiva de resposta satisfatória, é certo que não poderá o paciente às custas da seguradora ou operadora de plano de saúde, optar por tratamento específico não constante do rol estabelecido pela legislação de regência. Por outro lado, é razoável ponderar que, nas situações em que os tratamentos convencionais não forem recomendáveis, em razão da especificidade e gravidade do quadro clínico verificado - fato este devidamente atestado pelo médico que acompanha o caso -, deve a seguradora arcar com os custos do tratamento, na medida em que este passa a ser o único de real interesse para o contratante.

[...]

Sobre este prisma, se ponderou que o fato de o medicamento não ter registro na ANVISA não poderia, em casos específicos como o destes autos, servir de escusa para o cumprimento da obrigação. Isto porque, a uma, a ausência de registro do medicamento na ANVISA, em análise perfunctória, não implica óbice intransponível ao seu fornecimento, pois quem deve determinar o tratamento adequado não são as organizações administrativas ou o plano de saúde, mas sim o médico responsável; a duas, a necessidade do tratamento com o dito medicamento e a impossibilidade de sucesso com os medicamentos disponíveis no Brasil *restaram devidamente esclarecidas no laudo médico adrede mencionado*.

Quanto aos demais argumentos alinhavados nas razões recursais, cumpre observar que as cláusulas contratuais que limitam ou impeçam as obrigações assumidas pelas operadoras de plano de saúde, em especial as que o consumidor adere sem a possibilidade de a elas se opor, constantes nos contratos de adesão, devem ser interpretadas em conformidade com os princípios da boa-fé e da equidade, nos termos do artigo 51 do CDC, ou seja, da forma mais favorável e de modo a não colocar em risco a finalidade do contrato.

[...]

Sobreleva também o fato de que qualquer contrato de plano de saúde que, por exclusão ou por omissão, não inclua cobertura para os modernos procedimentos médicos-cirúrgicos surgidos a partir dos estudos e avanços científicos na área médica, vai de encontro ao princípio da boa-fé objetiva e fere o direito à saúde.

[...]

Nesse contexto, as teses defensivas, ao meu sentir, não merecem acolhida, uma vez que não se está aqui a desmerecer o trabalho da equipe médica na avaliação das solicitações feitas à operadora dos planos de saúde, mas é de conclusão lógica que tal análise deve considerar a urgência da situação e as novas práticas da Medicina.

[...]

Cabe aqui enfatizar que, consoante iterativa jurisprudência, é inaceitável a recusa da ré em autorizar o procedimento e o material reclamado, sendo certo que, cabe ao médico a escolha do tratamento mais adequado a seu paciente. Esta é, inclusive, a orientação firmada por este E. Tribunal de Justiça no enunciado n. 24, que preconiza:

Havendo divergência entre o seguro saúde contratado e o profissional responsável pelo procedimento cirúrgico, quanto à técnica e ao material a serem empregados, a escolha cabe ao médico incumbido de sua realização.

[...]

Diante dos argumentos aventados pelo embargante, cumpre esclarecer que, diferentemente do que ocorre com as relações jurídicas regidas unicamente pelas normas constantes no Código Civil (no qual ainda permanecem bastante intensos os princípios da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda*), quando se fala de relações de consumo, deve-se reconhecer que há certa atenuação destes princípios. Isto porque, as disposições que regulam as relações consumeristas, notadamente aquelas previstas no Código de Defesa do Consumidor, além de possuírem natureza jurídica de ordem pública, buscam, ainda, eliminar ou, pelo menos, reduzir a discrepância existente entre o fornecedor do produto ou serviço, de um lado, e o consumidor hipossuficiente, de outro.

[...]

A duas, a interpretação do disposto em Resoluções e na Lei 9.656/1998 deve ocorrer em cotejo com o CDC, norma de ordem pública e específica sobre o tema. Ademais, a busca pela cura da enfermidade do segurado, por meio de métodos indicados pelo profissional médico que assiste o paciente, deve, *in casu*, sobrepor-se as considerações realizadas pelo embargante.

Como visto, o juízo de primeira instância, embora faça apenas referência à Lei n. 9.656/1998, perfilhou o entendimento de ser possível impor ao plano de saúde que arcasse com os custos de tratamento, ponderando a necessidade do “estímulo à pesquisa científica no mundo contemporâneo face à diversidade de doenças hoje conhecidas”, “o que demanda a conjugação de esforços na tentativa de proporcionar a todos o acesso à saúde, com tratamentos eficazes”.

A Corte local, por seu turno, limitou-se a invocar dispositivos do CDC, afirmar genericamente a eficácia do direito fundamental à saúde nas relações privadas, assentando que, independentemente nas normas sanitárias, é “razoável ponderar que, nas situações em que os tratamentos convencionais não forem recomendáveis, em razão da especificidade e gravidade do quadro clínico verificado - fato este devidamente atestado pelo médico que acompanha o caso -, deve a seguradora arcar com os custos do tratamento”.

4. O direito à saúde, de segunda geração ou dimensão, é um direito humano fundamental, e a Constituição de 1988 foi a primeira Carta Política nacional que formalmente declarou a saúde como direito fundamental, conforme se extrai da leitura dos arts. 6º, 196 e 200.

Ingo Wolfgang Sarlet leciona que o texto constitucional não define expressamente o conteúdo do direito à proteção e promoção da saúde, indicando “a relevância de uma adequada concretização por parte do legislador e, no que for cabível, por parte da administração pública”. É dizer, no tocante às possibilidades e limites da exigibilidade do direito constitucional à saúde na condição de direito subjetivo, a pretensão de prestações materiais “demanda uma solução sobre o conteúdo dessas prestações, principalmente em face da ausência de previsão constitucional mais precisa”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; SARLET, Lenio Luiz (Coords.). *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1.932-1.935)

Com efeito, resguardado, evidentemente, o núcleo essencial do direito fundamental, no tocante à saúde suplementar, são, sobretudo, as Leis n. 9.656/1998, 9.961/2000, 10.185/2001 e os atos regulamentares infralegais da ANS e do Conselho de Saúde Suplementar (Consu), que, representando inequivocamente forte intervenção estatal na relação contratual de direito privado (planos e seguros de saúde), conferem densidade normativa ao direito constitucional à saúde.

Cabe menção também ao art. 35-G da Lei n. 9.656/1998, incluído pela MP n. 2.177-44/2001, que estabelece que se aplicam subsidiariamente aos contratos entre usuários e operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o parágrafo 1º do art. 1º desta Lei, as disposições do CDC.

Canotilho pondera:

*À pergunta formulada, ou seja, a de saber se os direitos fundamentais têm eficácia nas relações jurídicas civis como **direitos privados** ou como **direitos subjectivos públicos**, responde-se geralmente no primeiro sentido. Esta conclusão parece ser lógica se partirmos das premissas da doutrina da *eficácia mediata*: o conteúdo jurídico dos direitos fundamentais como normas objectivas efetiva-se no direito privado através dos meios jurídicos desenvolvidos neste ramo do direito (invalidade, subordinação à cláusula de ordem pública, ponderação dos princípios da boa-fé e da confiança). Mas também a doutrina da *eficácia imediata* parece lidar com o *instrumentarium* típico do direito civil.*

[...]

Na falta de instrumentos jurídicos concretizadores adequados, podem transferir-se para aqui os instrumentos do direito civil, sem que isso signifique, neste ponto, a transposição da velha máxima referente às relações entre direito constitucional e direito administrativo, dizendo-se agora que o direito constitucional passa e o direito civil fica. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1998, ps. 1.213-1.214.)

É bem verdade que o vetor dignidade da pessoa humana, “como valor constitucional supremo, é o próprio núcleo axiológico da Constituição, em torno do qual gravitam os direitos fundamentais”, auxilia na interpretação e aplicação de outras normas. (RMS 33.620/MG, Rel. Ministro *Castro Meira*, *Segunda Turma*, julgado em 6/12/2011, DJe 19/12/2011)

Nessa toada, Claus-Wihelm Canaris observa que, pelo fato de os direitos fundamentais, enquanto integrantes da Constituição, terem um grau mais elevado na hierarquia das normas que o direito privado, na verdade o influenciam. No entanto, a Constituição não é, em princípio, o lugar correto, tampouco habitual, para regulamentar as relações entre cidadãos individuais e entre esses e pessoas jurídicas. (SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 225).

Mutatis mutandis, cumpre trazer à baila o entendimento sufragado pela Segunda Turma do STF, por ocasião do julgamento do multicitado RE 201.819,

em que se alerta ser necessária cautela por parte do magistrado, já que, em linha de princípio, “a vinculação direta dos entes privados aos direitos fundamentais não poderia jamais ser tão profunda, pois, ao contrário da relação Estado-cidadão, os direitos fundamentais operariam a favor e contra os dois partícipes da relação de Direito Privado”. Por isso, “compete, em primeira linha, ao legislador a tarefa de realizar ou concretizar os direitos fundamentais no âmbito das relações privadas. Cabe a este garantir as diversas posições fundamentais relevantes mediante fixação de limitações diversas”.

Ademais, é sempre preciso ter em mira, mormente nas relações privadas, que o art. 5º, II, da Lei Maior dispõe que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

5. Ademais, cumpre observar que, por ocasião do recente julgamento do REsp 1.285.483/PB, a Segunda Seção pacificou o entendimento que a relação contratual a envolver planos de saúde de autogestão não são de consumo, pois, nessa modalidade, a operadora de planos privados de assistência à saúde não tem finalidades lucrativas, e não são relações de mercado, pois o plano destina-se a um público restrito de beneficiários.

O precedente tem a seguinte ementa:

Recurso especial. Assistência privada à saúde. Planos de saúde de autogestão. Forma peculiar de constituição e administração. Produto não oferecido ao mercado de consumo. Inexistência de finalidade lucrativa. Relação de consumo não configurada. Não incidência do CDC.

1. A operadora de planos privados de assistência à saúde, na modalidade de autogestão, é pessoa jurídica de direito privado sem finalidades lucrativas que, vinculada ou não à entidade pública ou privada, opera plano de assistência à saúde com exclusividade para um público determinado de beneficiários.

2. A constituição dos planos sob a modalidade de autogestão diferencia, sensivelmente, essas pessoas jurídicas quanto à administração, forma de associação, obtenção e repartição de receitas, diverso dos contratos firmados com empresas que exploram essa atividade no mercado e visam ao lucro.

[...]

4. Recurso especial não provido.

(REsp 1.285.483/PB, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 22/06/2016, DJe 16/08/2016)

De todo modo, cumpre mencionar que o art. 35-G da Lei n. 9.656/1998, incluído pela MP n. 2.177-44/2001, estabelece que se aplicam subsidiariamente

aos contratos entre usuários e operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o parágrafo 1º do art. 1º desta Lei, as disposições do CDC.

Dessarte, penso que, havendo norma específica na Lei n. 9.656/1998 - inclusive, mencionada de modo meramente referencial pelo Juízo de primeira instância -, não é adequada a solução de controvérsias a envolver plano ou seguro de saúde com base exclusivamente no CDC, alheia ao diploma especial de regência, como procedido pela Corte local.

6. Com efeito, o art. 10º, I, V, IX, da Lei n. 9.656/1998 expressamente exclui da relação contratual a cobertura de tratamento clínico ou cirúrgico experimental, fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados e tratamentos não reconhecidos pelas autoridades competentes (no caso, a Anvisa).

É bem de ver que o intuito da pesquisa clínica não é propriamente tratar, mas alcançar resultado eficaz e apto ao avanço das técnicas terapêuticas atualmente empregadas, ocorrendo em benefício do pesquisador e do patrocinador da pesquisa, consoante bem pondera o IDEC.

Nesse diapasão, como rememorado pelo Ministério Público, “a regularização de produtos pela autoridade sanitária oferece garantia e segurança à saúde, procedimento posto pelas Lei n. 5.991/1973 e Lei n. 9.782/1999. Além disso, a Lei n. 6.360/1976 disciplina, em seu artigo 12, a imprescindibilidade do registro do produto para ser industrializado. Vale dizer, ainda, que este diploma legal, em seu artigo 66, dispõe sobre a configuração de infração de qualificação sanitária, em caso de desrespeito de suas normas”.

Mencionam-se precedentes das duas turmas de direito privado:

Recurso especial. Plano de saúde. Fornecimento de medicamentos. Obrigação de dar. Fixação de multa diária. Importação de medicamento não-registrado. Impossibilidade.

1. Em princípio, a prestadora de serviços de plano de saúde está obrigada ao fornecimento de tratamento de saúde a que se comprometeu por contrato, pelo que deve fornecer os medicamentos necessários à recuperação da saúde do contratado.

2. Contudo, essa obrigação não se impõe na hipótese em que o medicamento recomendado seja de importação e comercialização vetada pelos órgãos governamentais.

3. Não pode o Judiciário impor a prestadora de serviços que realize ato tipificado como infração de natureza sanitária, previsto na Lei n. 6.360, art. 66,

pois isso significaria, em última análise, a vulneração do princípio da legalidade previsto constitucionalmente.

4. Recurso especial provido.

(REsp 874.976/MT, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 1º/12/2009, DJe 14/12/2009)

Direito Civil e do Consumidor. Recurso especial. Ação de obrigação de fazer. Prequestionamento. Ausência. Súmula 282/STF. Plano de saúde. Recusa à cobertura de tratamento quimioterápico. Medicamento importado sem registro na ANVISA. Fornecimento. Impossibilidade.

1. Ação ajuizada em 11/07/2013. Recurso especial concluso ao gabinete em 04/04/2017. Julgamento: CPC/2015.

2. O propósito recursal é definir se a recorrente, operadora de plano de saúde, está obrigada a fornecer/custear a droga Revlimid (lenalidomida) - medicamento importado e sem registro na ANVISA - para tratamento oncológico da recorrida.

3. A ausência de decisão acerca dos argumentos invocados pela recorrente em suas razões recursais impede o conhecimento do recurso especial.

4. Além do contrato firmado entre as partes, a própria Lei 9.656/1998, que regulamenta a prestação dos serviços de saúde, autoriza, expressamente, *em seu art. 10, V, a possibilidade de exclusão do “fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados”*.

5. A manutenção da higidez do setor de suplementação privada de assistência à saúde, do qual a recorrente faz parte, depende do equilíbrio econômico financeiro decorrente da flexibilização das coberturas assistenciais oferecidas que envolvem a gestão dos custos dos contratos de planos de saúde.

6. Determinar judicialmente o fornecimento de fármacos importados, sem o devido registro no órgão fiscalizador competente, implica em negar vigência ao art. 12 da Lei 6.360/1976.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

(REsp 1.663.141/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 03/08/2017, DJe 08/08/2017)

Agravo interno no agravo em recurso especial. Súmula 126/STJ. Não aplicação. Plano de saúde. Fornecimento de medicamento. Importação de medicamento não registrado pela ANVISA. Impossibilidade. Agravo interno não provido.

1. “O aresto que se funda num único fundamento utilizando-se de disposições constitucionais e infraconstitucionais não se adequa ao aresto que tem fundamentos distintos de ambas as índoles a exigir, como requisito de admissibilidade, a interposição simultânea de Recurso Especial e Recurso

Extraordinário, conjurando a aplicação da Súmula n. 126, do STJ". (REsp 931.060/RJ, Primeira Turma, julgado em 17/12/2009, DJe 19/03/2010)

2. A prestadora de serviços de plano de saúde está obrigada ao fornecimento de tratamento de saúde a que se comprometeu por contrato, pelo que deve fornecer os medicamentos necessários à recuperação da saúde do contratado. Contudo, essa obrigação não se impõe na hipótese em que o medicamento recomendado seja de importação e comercialização vetado pelos órgãos governamentais.

3. *Não obstante a possibilidade de pessoas físicas obterem autorização da Anvisa em caráter excepcional para importação de medicamento não registrado, desde que não seja expressamente proibido ou proscrito, não é possível impor ao plano de saúde o fornecimento desse tipo de fármaco, sob pena de prática de ato tipificado como infração de natureza sanitária, conforme art. 66 da Lei n. 6.360/1976. Precedentes desta Corte.*

4. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 988.070/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 16/03/2017, DJe 04/04/2017)

Agravo regimental no recurso especial. Plano de saúde. Fornecimento de medicamento. Importação de medicamento não registrado no País ao tempo da lide. Impossibilidade. Registro na ANVISA após o falecimento do segurado. Irrelevância para o deslinde da causa. Sustentação oral. Não cabimento. Regimental não provido.

1. A prestadora de serviços de plano de saúde está obrigada ao fornecimento de tratamento de saúde a que se comprometeu por contrato, pelo que deve fornecer os medicamentos necessários à recuperação da saúde do contratado.

2. "Contudo, essa obrigação não se impõe na hipótese em que o medicamento recomendado seja de importação e comercialização vetada pelos órgãos governamentais. Não pode o Judiciário impor a prestadora de serviços que realize ato tipificado como infração de natureza sanitária, previsto na Lei n. 6.360, art. 66, pois isso significaria, em última análise, a vulneração do princípio da legalidade previsto constitucionalmente" (REsp 874.976/MT, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 1º/12/2009, DJe 14/12/2009).

3. *O falecimento do segurado antes do registro do medicamento na Anvisa, mas após o ajuizamento da lide, não impõe o dever de reparação com os gastos com a aquisição da medicação, visto que até a efetivação do registro a parte não era obrigada a fornecer o remédio importado sem registro no País.*

4. Não é possível a sustentação oral no julgamento de agravo regimental, e seu julgamento independe de publicação prévia de pauta e de intimação, nos termos dos arts. 91, I, e 159 do RISTJ. Precedentes.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1.425.197/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 03/12/2015, DJe 10/12/2015)

Processo Civil. Agravo interno no agravo em recurso especial. Recurso manejado sob a égide do NCPC. Fornecimento de medicamento importado não registrado na ANVISA. Impossibilidade. Precedentes. Julgamento do recurso sob fundamento jurídico diverso do sustentado pelas partes. Admissibilidade. Art. 257, RISTJ. Recurso manifestamente inadmissível. Incidência da multa do art. 1.021, § 4º, do NCPC. Agravo não provido.

[...]

3. A *eg. Terceira Turma desta Corte, no julgamento do REsp n. 874.976/MT, de relatoria do em. Min. João Otávio de Noronha, firmou orientação de que: a) a prestadora de serviços de plano de saúde está, em princípio, obrigada ao fornecimento de tratamento de saúde a que se comprometeu por contrato, pelo que deve fornecer os medicamentos necessários à recuperação da saúde do contratado; e, b) entretanto, essa obrigação não se impõe na hipótese em que o medicamento recomendado seja de importação e comercialização vetada pelos órgãos governamentais, porque o Judiciário não pode impor a operadora do plano de saúde que realize ato tipificado como infração de natureza sanitária, previsto no art. 66 da Lei n. 6.360/1976, pois isso significaria, em última análise, a vulneração do princípio da legalidade previsto constitucionalmente.*

4. Conforme art. 105 da CF, não compete ao STJ analisar eventual ofensa a preceitos de ordem constitucional, ainda que para fins de questionamento.

5. As beneficiárias não apresentaram argumento novo capaz de modificar a conclusão adotada, que se apoiou em entendimento aqui consolidado para dar parcial provimento ao recurso especial manejado pela operadora do plano de saúde.

6. Em razão da improcedência do presente recurso, e da anterior advertência em relação à incidência do NCPC, incide ao caso a multa prevista no art. 1.021, § 4º, do NCPC, no percentual de 1% sobre o valor atualizado da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito da respectiva quantia, nos termos do § 5º daquele artigo de lei.

7. Agravo interno não provido, com imposição de multa.

(AgInt no AREsp 966.873/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 28/03/2017, DJe 18/04/2017)

Ademais, como oportuno e conveniente registro que, ainda que não houvesse previsão específica na lei especial de regência vedando a cobertura de tratamento não referendado pela Anvisa, subsidiariamente, não se extrairia solução diversa do Diploma consumerista, visto que, como o medicamento não

havia passado pelos testes, inclusive ensaios clínicos, necessários impostos por normas sanitárias e liberação de sua comercialização por aquela autarquia, o art. 39 do CDC prevê que é vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes.

Leciona Pontes de Miranda que o “direito subjetivo é o que fica do *lado ativo*, quando a regra jurídica incide”. “Não é possível conceber-se o direito subjetivo, quer histórica quer logicamente, *sem o direito objetivo*, de modo que, incidindo a regra jurídica, ele seja o que ‘resulta’ do lado positivo da incidência”. *Não há direito subjetivo sem regra jurídica*, “que incida sobre suporte fático tido por ela mesma como suficiente”. “Portanto, é erro dizer-se que os direitos subjetivos existiram antes do direito objetivo; e ainda o é afirmar-se que foram simultâneos”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado*. Tomo 5. Campinas: Bookseller, 2000, p. 269-271).

Com efeito, há expressa vedação legal ao fornecimento de medicamento importado e sem registro na Anvisa, não havendo cogitar, nessas hipóteses, em existência de legítima pretensão a ensejar o ajuizamento de ação vindicando o fornecimento de remédio, pela operadora de plano privado de saúde, em flagrante desacordo com a legislação sanitária e de regência dos planos e seguros de saúde.

Outrossim, como visto, a Lei busca assegurar o equilíbrio financeiro-atuarial dos planos e seguros de saúde e, consoante a autorizada manifestação do *amicus curiae* Instituto Brasileiro de Atuária, os planos de saúde não computam, nos cálculos atuariais, a cobertura de remédio sem registro na Anvisa, por ser de difícil mensuração, por falta de dados e informações estatísticas suficientes para quantificar os riscos envolvidos, e também “*pelos elevados custos que onerariam em demasia o financiamento do plano*” -, inviabilizando a sustentabilidade financeiro-atuarial do custeio do plano (fl. 695).

Não há, pois, como reconhecer dever contratual a impor obrigação à operadora do plano de saúde de fornecer medicamento sem registro na Anvisa, não cabendo, pois, ao Estado-juiz determinar o fornecimento do fármaco.

Note-se:

Isto porque, repassar o dever para o particular, mercê de desautorizado pela Carta Magna em função da necessária convivência harmônica entre a atividade estatal e a iniciativa livre e privada, rompe os princípios que norteiam o contrato de seguro e desequilibra a igualdade entre os contratantes posto desfalcar a economia

das entidades em favor de um em detrimento de inúmeros outros beneficiários que pagam e cumprem religiosamente as suas limitações.

É notório que o uso promíscuo do sistema de saúde privada o inviabiliza, nada justificando que um beneficiário podendo ser atendido pelo próprio Estado extrapole o seu plano, prejudicando uma coletividade inteira de pessoas que também necessitam desse instrumento coadjuvante da prestação de serviço à saúde.

[...]

Sob esse enfoque é forçoso concluir que estatuída a responsabilidade pública quanto à saúde, a atividade subsidiária particular não é sucedâneo da ineficiência estatal, não podendo atribuir-se às entidades privadas deveres além do contrato, sob pena de gerar-se insustentável insegurança jurídica.

O rompimento do contrato e, em última análise da própria *ratio essendi* constitucional, somente deve ser engendrado nas situações limites, em que não haja outra solução para salvar a vida humana senão recorrer-se ao subsídio particular. Caso contrário, a promiscuidade do uso do setor privado fora do pactuado através da solução judicial, estará encerrando decisão “supostamente caridosa” porquanto olvida as carências relegadas a outros que também precisam da saúde financeiras das entidades securitárias. Como coloquialmente dir-se-ia no pródigo linguajar brasileiro, rico em máximas populares, essa concessão imoderada de benefícios, além dos limites do contrato serve para “cobrir um santo e descobrir outro”.

[...]

Repise-se, como no intróito do texto, que a caridade é um valor intrínseco nas normas jurídicas a serem aplicadas pelos magistrados. Destarte, a estes cabe aplicar as regras jurídicas atendendo aos fins sociais das leis e às exigências do bem comum.

Portanto, quando se aduz à jurisprudência sentimental, o que se quer apontar são erros in judicando, que deslegitimam as soluções porquanto fazem da lei apenas “uma referência”.

O papel do magistrado não o autoriza a guiar-se pelo sentimentalismo, mas antes manter o equilíbrio dos interesses, distinguindo dentre estes o legítimo e o ilegítimo, posto não poder criar soluções justas contra legem, consoante percuciente lição de CARLOS MAXIMILIANO, o mais lúcido hermeneuta do nosso continente. (FUX, Luiz. Tutela de urgência e plano de saúde. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2000, p. 61-62)

7. A segunda questão controvertida consiste em saber se, em determinados casos, é possível impor ao plano de saúde que cubra o tratamento com o uso de medicamento registrado pela Anvisa, mas sem indicação na bula para a terapêutica da doença (*off label*).

Como bem elucida o Ministério da Saúde, o registro de medicamento é ato exclusivo da Anvisa, que autoriza a comercialização do produto em todo o território nacional, para uma ou mais indicações, mediante a avaliação do cumprimento de requisitos de caráter jurídico-administrativo e técnico-científico relacionados com a eficácia, a segurança e a qualidade:

O registro de medicamento é o ato exclusivo da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), por meio do qual a mesma autoriza a comercialização do produto em todo o território nacional para uma ou mais indicações, mediante avaliação do cumprimento de requisitos de caráter jurídico-administrativo e técnico-científico relacionados com a eficácia, segurança e qualidade. Como regra geral, nenhum produto sujeito às normas da vigilância sanitária, entre os quais se incluem os medicamentos, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado na ANVISA.

A concessão do registro pressupõe que uma série de exigências sejam cumpridas e abrange aspectos da pesquisa, desenvolvimento, produção e comercialização de medicamentos. Importante ressaltar que o processo para concessão de registro não se restringe à avaliação da eficácia, efetividade e segurança de um medicamento para determinada indicação, mas constitui análise mais ampla de todos os processos que possam interferir na qualidade desses produtos e que sejam considerados críticos à saúde da população.

Quando o fármaco não se encontra registrado na ANVISA, torna-se impossível ao País fiscalizar os requisitos mínimos que credenciam a utilização da medicação para uso humano, como a segurança, a eficácia e a qualidade da mesma. Assim, o uso e as consequências clínicas de utilização de medicação não registrada é de responsabilidade, em tese, única e exclusiva do médico que o prescreve. Em suma, não há uso aprovado para esse medicamento no Brasil.

[...]

Assim, o registro de uma medicação pela ANVISA tem por objetivos: analisar sua segurança, sua eficácia, sua qualidade, e analisar e monitorar o seu preço.

Nesse contexto, vale diferenciar o que se entende, na temática, por segurança, eficácia e qualidade de medicamentos (cf. Parecer n. 000649/2017/CONJUR-MS/CGU/AGU, anexo) Medicamentos seguros são aqueles cujos efeitos terapêuticos advindos de sua utilização superam os seus efeitos colaterais, isto é, o medicamento traz mais benefícios do que malefícios.

Medicamento eficaz é aquele que, em um ambiente ideal, comprova atuar sobre a enfermidade que se propõe tratar, isto é, o medicamento comprova, em ambiente de laboratório (ideal), que realmente atua sobre a doença.

Medicamento de qualidade é aquele que comprova obedecer as regras das Boas Práticas de Fabricação (BPF) expedidas pela ANVISA, consistente em

um conjunto de exigências necessárias à fabricação e controle de qualidade de produtos farmacêuticos a fim de que o resultado seja: a produção de lotes iguais de medicamentos; o controle de qualidade dos insumos; a validação dos processos de fabricação; as instalações e os equipamentos adequados e treinamento de pessoal.

Dadas tais definições, em sentido contrário, portanto, é possível concluir que a ausência de registro de um medicamento na ANVISA implicará em não se saber se o produto trará mais prejuízos que benefícios, se realmente atuará sobre a doença para a qual está sendo indicado, se está sendo produzido em conformidade com a legislação sanitária.

Implicará, ainda, na impossibilidade de controle dos seus lotes de produção, já que eles não estarão previamente registrados, impossibilitando, com isso, a atuação das autoridades sanitárias caso haja necessidade de sua retirada do mercado para proteger a saúde da população, bem como na impossibilidade de controle quanto ao seu preço.

Em outras palavras, quanto ao risco sanitário, vale concluir que o risco na utilização de um medicamento não é só no caso do mesmo poder levar a um efeito colateral ou efeito adverso, mas também pela sua inefetividade, sendo que ambas reações só podem ser minimizadas a partir da análise técnica que antecede a concessão de registro para o medicamento. Portanto, a análise técnica da ANVISA, que antecede a concessão de registro, visa a minimizar os riscos relacionados com a produção, circulação e consumo de produtos e serviços sujeitos à vigilância sanitária.

No caso, antes do exame dessa tese, cumpre consignar que a autora faleceu poucos meses após o ajuizamento da ação. Dessarte, a tese exposta na contestação, em torno da qual girou todo o contraditório, acerca do fato de o medicamento não ter registro na Anvisa, conforme se extrai das esclarecedoras manifestações da Anvisa, do Conselho Federal de Farmácia e do Ministério da Saúde, não mais procede, pois, no decorrer da tramitação processual, o fármaco veio a ser registrado, consoante a Resolução RE n. 3.535, de 23 de dezembro de 2015.

Todavia, embora o recurso especial tenha sido interposto *a posteriori*, em 11/5/2016, *a recorrente aduz também tese vinculada a esse fato novo, pois expõe ser “válida a exclusão de cobertura de custeio de medicamento prescrito fora da indicação da bula”, “ou seja, tratamento” off label.* (fl. 639)

7.1. Nesse passo, é oportuno ressaltar que o juiz não tem conhecimento técnico para, sem o subsídio de um perito, dirimir controvérsia, na verdade, instalada entre dois profissionais da saúde.

As decisões judiciais devem ser motivadas, isto é, “racionalmente fundamentadas”, não tendo o magistrado discricionariedade em relação à prova, no sentido examiná-las de modo irracional. Preocupa-se a lei processual em que se traga aos autos todos os elementos probatórios que possam permitir ao magistrado decidir do modo mais adequado possível. (MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 610-611)

O juiz que tenha formação na área médica não fica autorizado a empregar seu conhecimento especializado. “Demandas pautadas em questões técnicas sempre demanda a realização de perícia”. “[N]ão podem as regras de experiência substituírem a prova pericial na necessidade de demonstração de questão técnica necessária ao julgamento”. (GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte de. *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença: comentários ao CPC de 2015*. São Paulo: Método, 2016, p. 286)

Por um lado, a Lei n. 12.842/2013, que dispõe sobre o exercício da Medicina, estabelece, no art. 4º, XII, ser atividade privativa do médico a realização de perícia médica. E o parágrafo 6º desse dispositivo esclarece que o disposto neste artigo não se aplica ao exercício da Odontologia, no âmbito de sua área de atuação. O art. 5º, II, do mesmo Diploma Legal, estabelece que são privativos de médico perícia e auditoria médicas.

Outrossim, o art. 98 do Código de Ética Médica estabelece que o médico deve atuar com absoluta isenção quando designado para servir como perito ou como auditor, não podendo ultrapassar os limites de suas atribuições e de sua competência.

Por outro lado, o art. 6º, IV, da Lei n. 5.081/1966, que disciplina o exercício da odontologia, estabelece que compete ao cirurgião-dentista proceder à perícia odontolegal em foro civil, criminal, trabalhista em sede administrativa.

Cumpra observar que, em 2014, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) editou Resolução impondo que os planos de saúde informem por escrito e em 48 horas qualquer negativa de atendimento ao usuário.

Retomando a necessidade de instrução processual em demandas a envolver a cobertura de tratamento por plano de saúde, é certo que o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos. Não obstante, as regras de experiência não podem ser aplicadas pelo julgador quando a solução da lide demandar conhecimentos técnicos sobre o tema. Dessarte, “não é menos verdade, entretanto, que o

laudo, sendo um parecer dos técnicos que levaram a efeito a *perícia*, é peça de fundamental importância para o estabelecimento daquela convicção”. (REsp 750.988/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 17/8/2006, DJ 25/9/2006, p. 236)

Com efeito, ao estabelecer, de antemão, com base em Súmula local, que, em todos os casos, “[h]avendo divergência entre o seguro saúde contratado e o profissional responsável pelo procedimento cirúrgico, quanto à técnica e ao material a serem empregados, a escolha cabe ao médico incumbido de sua realização”, *data venia, na verdade, o entendimento, além de em muitos casos ser temerário, é, em linha de princípio, incompatível com o contraditório, a ampla defesa, e com a natural imparcialidade que se espera da magistratura.*

Confira-se o autorizado magistério de Humberto Theodoro Júnior:

Não raras vezes, portanto, terá o juiz de se socorrer de auxílio de pessoas especializadas, como engenheiros, agrimensores, médicos, contadores, químicos, etc., para examinar as pessoas, coisas ou documentos envolvidos no litígio e formar sua convicção para julgar a causa, com a indispensável segurança.

Aparece, então, a prova pericial como o meio de suprir a carência de conhecimentos técnicos de que se ressente o juiz para apuração dos fatos litigiosos.

[...]

Assim como o juiz não pode ser testemunha no processo submetido a seu julgamento, também não pode ser, no mesmo feito, juiz e perito. A razão é muito simples: se ao julgar, ele invoca dados que só seu conhecimento científico lhe permite alcançar, na verdade estará formando sua convicção a partir de elementos que previamente não passaram pelo crivo do contraditório, e que, efetivamente, nem sequer existem nos autos. Quod non est in actis no est in mundo. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil, vol. I. 52 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 486-493).

Ora, O referido entendimento tolhe até mesmo a parte de produzir prova pericial ou tentar demonstrar a existência de um tratamento mais indicado para o beneficiário do plano - parte mais vulnerável informacionalmente da relação contratual.

É dizer, há imprescindibilidade de conhecimento técnico especializado não vulgarizado, o que atrai a denominada reserva de perícia.

Nesse diapasão, conforme entendimento perfilhado pela Corte Especial, por ocasião do julgamento do recurso repetitivo REsp 1.124.552/RS, as “regras

de experiência comum” e as “as regras da experiência técnica” devem ceder vez à necessidade de “exame pericial”, cabível sempre que a prova do fato “depender do conhecimento especial de técnico”.

É bem de ver que, na vigência do CPC/2015, o art. 375 do Códex estabelece textualmente que o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras da experiência técnica, *ressalvado, quanto a estas, o exame pericial*.

As regras da experiência técnica devem ser de conhecimento de todos, principalmente das partes, exatamente porque são vulgarizadas; quando se trata de regra de experiência técnica, de conhecimento exclusivo do juiz ou “apanágio de especialistas”, que, por qualquer razão, a tenha (o magistrado também tem formação em medicina, por exemplo), torna-se indispensável a realização da perícia. Essa é a razão pela qual se faz a ressalva, no final do texto, ao exame pericial. (DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. Vol. 2. 12 ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 78)

7.2. No caso, cabe oportuna e conveniente ponderação: o art. 370 do CPC estabelece que caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

Novamente, invocando obra de referência acerca do tema, “poder-se-ia sustentar que ressalta inequívoco o ‘estado de periclitamento da vida’ e da saúde que não admitem verticais e delongadas indagações, suscitando a atuação judicial. Neste aspecto, à luz da lógica do razoável, *impõe-se aos julgadores, à míngua de conhecimentos técnicos, assessorarem-se de informações imediatas de peritos, no afã de observar a gravidade da doença e ‘se no caso concreto há possibilidade de desincumbência do dever pelo próprio Estado’*, obrigado maior por força da promessa constitucional”. (FUX, Luiz. *Tutela de urgência e plano de saúde*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2000, p. 60)

No também abalizado escólio de Humberto Theodoro Júnior, o perito é um auxiliar do juízo, que assiste o juiz quando a prova do fato litigioso depender de conhecimento técnico ou científico. Trata-se de um auxiliar por *necessidade técnica, podendo ser pessoa integrante dos quadros de funcionários permanentes da Justiça*. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Vol. I. 55 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 253)

Nessa linha de inteligência, o Enunciado n. 18 da I Jornada de Direito da Saúde, realizada em 14 e 15 de maio de 2014, pelo CNJ, *propugna que sempre que*

possível, as decisões liminares sobre saúde devem ser precedidas de notas de evidência científica emitidas por Núcleos de Apoio Técnico em Saúde – NATS.

E o enunciado n. 5 da mesma Jornada pondera que se deve evitar o processamento, pelos juizados, dos processos nos quais se requer medicamentos não registrados pela Anvisa, *off label* e experimentais, ou ainda internação compulsória, *quando, pela complexidade do assunto, o respectivo julgamento depender de dilação probatória incompatível com o rito do juizado.*

Com efeito, é bem de ver que a estrutura administrativa do Poder Judiciário já está devidamente aparelhada com núcleos de apoio técnico em saúde, para prestar subsídio aos magistrados nessas demandas, pois, consoante a Resolução n. 238/2016 do CNJ, aquela Corte administrativa determinou às administrações dos tribunais, o seguinte:

Resolução n. 238 de 06/09/2016

EMENTA: Dispõe sobre a criação e manutenção, pelos Tribunais de Justiça e Regionais Federais de Comitês Estaduais da Saúde, bem como a especialização de vara em comarcas com mais de uma vara de fazenda Pública.

O Presidente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no uso de suas atribuições legais e regimentais,

Considerando que a judicialização da saúde envolve questões complexas que exigem a adoção de medidas para proporcionar a especialização dos magistrados para proferirem decisões mais técnicas e precisas;

Considerando as diretrizes formuladas pela Resolução CNJ 107, de 6 de abril de 2010, que estabeleceu a necessidade de instituição de Comitês da Saúde Estaduais como instância adequada para encaminhar soluções para a melhor forma de prestação jurisdicional em área tão sensível quanto à da saúde;

[...]

Considerando a deliberação do Plenário do CNJ no Ato Normativo 0003751-63.2016.2.00.0000 na 18ª Sessão Virtual, realizada em 30 de agosto de 2016;

Resolve:

Art. 1º Os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais criarão no âmbito de sua jurisdição Comitê Estadual de Saúde, com representação mínima de Magistrados de Primeiro ou Segundo Grau, Estadual e Federal, gestores da área da saúde (federal, estadual e municipal), e demais participantes do Sistema de Saúde (ANVISA, ANS, CONITEC, quando possível) e de Justiça (Ministério Público Federal e Estadual, Defensoria Pública, Advogados Públicos e um Advogado representante da Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil do respectivo Estado), bem como integrante do conselho estadual de saúde que represente os usuários do sistema

público de saúde, e um representante dos usuário do sistema suplementar de saúde que deverá ser indicado pela Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor por intermédio dos Procons de cada estado.

§ 1º O Comitê Estadual da Saúde terá entre as suas atribuições auxiliar os tribunais na criação de Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário (NAT-JUS), constituído de profissionais da Saúde, para elaborar pareceres acerca da medicina baseada em evidências, observando-se na sua criação o disposto no parágrafo segundo do art. 156 do Código de Processo Civil Brasileiro.

[...]

§ 3º As indicações dos magistrados integrantes dos Comitês Estaduais de Saúde serão realizadas pela presidência dos tribunais respectivos ou de acordo com norma prevista em regimento interno dos órgãos, de preferência dentre os magistrados que exerçam jurisdição em matéria de saúde pública ou suplementar, ou que tenham destacado saber jurídico na área da saúde.

[...]

§ 5º Os Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário (NAT-JUS) terão função exclusivamente de apoio técnico não se aplicando às suas atribuições aquelas previstas na Resolução CNJ 125/2010.

Art. 2º Os tribunais criarão sítio eletrônico que permita o acesso ao banco de dados com pareceres, notas técnicas e julgados na área da saúde, para consulta pelos Magistrados e demais operadores do Direito, que será criado e mantido por este Conselho Nacional de Justiça.

Parágrafo Único. Sem prejuízo do contido no caput deste artigo, cada tribunal poderá manter banco de dados próprio, nos moldes aqui estabelecidos.

[...]

Art. 4º Esta Resolução entra em vigor 60 (sessenta) dias após a data de sua publicação.

Outrossim, conforme noticia o site do CNJ, desde maio o projeto está implementado em todos os tribunais nacionais, fornecendo aos juízos notas técnicas, elaboradas com base em dados científicos e da medicina baseada em evidências, no prazo máximo de até 72h, in verbis:

A partir de maio, as decisões dos magistrados nessas ações judiciais serão amparadas em laudos técnicos, elaborados por especialistas na chamada evidência científica. O projeto, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em parceria com o Ministério da Saúde e outras instituições, prevê a capacitação dos Núcleos de Apoio Técnico do Poder Judiciário (NAT-Jus) vinculados aos tribunais, para uso do sistema que vai subsidiar os magistrados de todo o país em ações judiciais na área de saúde. Já existem 30 notas técnicas sobre medicamentos elaboradas pelos Núcleos e prontas para serem disponibilizadas ao Judiciário do país.

O projeto foi inaugurado no ano passado pela presidente do CNJ, ministra Cármen Lúcia, e vem sendo desenvolvido pelo Comitê Executivo Nacional do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde do CNJ, supervisionado pelo conselheiro Arnaldo Hossepian. Nesta segunda-feira (27/3), integrantes do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde do CNJ, estiveram reunidos na sede do CNJ ajustando formulários que serão utilizados pelos juízes para encaminhar os pedidos de notas técnicas aos especialistas. *As notas técnicas, elaboradas com base em dados científicos e da medicina baseada em evidências, terão de ser enviadas no prazo máximo de até 72hs.*

[...]

400 mil processos – A implementação das ferramentas técnicas tem como objetivo contribuir para que os magistrados possam julgar de maneira mais segura e qualificada as ações de saúde que tramitam na Justiça, assim como prevenir a excessiva judicialização da saúde no país. Atualmente, há cerca de 400 mil processos ligados ao tema tramitando nos tribunais brasileiros, envolvendo desde pedidos de medicamentos, passando por cirurgias, até litígios contra planos de saúde.

A ideia do CNJ é criar um grande banco de dados à disposição dos magistrados, a partir dos laudos produzidos pelos NATs, com análises baseadas em evidências científicas, e em alguns casos, com a certificação dada pelo Centro Cochrane do Brasil.

“Enquanto não temos condições de dar ao juiz de direito conhecimento técnico, baseado em evidência científica, de que aquilo que está sendo pedido não é pertinente, é natural que, entre o potencial risco de vida e o indeferimento de liminar, o magistrado – vivenciando esse dilema – acabe deferindo a liminar”, afirmou o conselheiro Arnaldo Hossepian.

Uma próxima reunião do Comitê do Fórum da Saúde, Ministério da Saúde e Hospital Sírio-Libanês, marcada para o dia 24 de abril, deverá estabelecer os parâmetros para o funcionamento das tutorias, que irão capacitar os NATs dos Tribunais espalhados por todo o país.

[...]

Histórico – A iniciativa do Conselho se deu a partir da assinatura de um termo de cooperação com o Ministério da Saúde, que estabeleceu parceria para a criação de um banco de dados com informações técnicas para subsidiar os juízes que se deparam com demandas relacionadas à saúde e a capacitação dos alimentadores desse sistema. O sistema foi desenvolvido em parceria pelos departamentos de tecnologia do CNJ e do Tribunal Federal da 4ª Região (TRF-4, Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná).

Caberá ao CNJ resguardar as informações e torná-las acessíveis aos juízes. Ao longo de três anos, o hospital Sírio-Libanês investirá, por meio do Programa de Apoio ao Desenvolvimento Institucional do Sistema Único de Saúde, cerca de R\$ 15 milhões, para criar a estrutura da plataforma e capacitar os profissionais que atuam nos NATs existentes no Brasil e selecionados pelo projeto.

Em setembro de 2016, o CNJ aprovou a Resolução n. 238, determinando regras para a criação e a manutenção de comitês estaduais de saúde, bem como a especialização de varas em comarcas com mais de uma vara de fazenda pública. Entre as atribuições dos comitês está a de auxiliar os tribunais na criação dos Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário (NAT-JUS), constituídos de profissionais da saúde, para elaborar pareceres acerca da medicina baseada em evidências.

(Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84538-laudo-para-ajudar-juizes-em-causas-de-saude-comeca-a-ser-utilizado-em-maio>>. Acesso em: 29 de setembro de 2017)

7.3. Assim, no tocante à utilização de medicamento para uso que não consta na bula, em linha de princípio, não se encontra óbice legal - é fármaco autorizado pela Anvisa, cujo uso não fere as normas sanitárias -, tendo sido elucidado pelos *amici curiae* Anvisa e Conselho Federal de Farmácia que o uso *off label* do medicamento é feito por conta e risco do médico que o prescreve, e pode eventualmente vir a caracterizar um erro médico, mas, no mais das vezes, trata-se de uso essencialmente correto de medicação aprovada em ensaios clínicos e produzida sob controle estatal, apenas ainda não aprovado para determinada terapêutica.

Há, segundo informa a autarquia, casos em que esta indicação nunca será aprovada por uma agência reguladora, como em doenças raras cujo tratamento medicamentoso só é respaldado por séries de casos. Tais indicações possivelmente nunca constarão na bula do medicamento porque jamais serão estudadas por ensaios clínicos.

Na mesma linha, esclarece o Conselho Federal de Farmácia que, “quando um medicamento é aprovado para uma determinada indicação, isso não implica que esta seja a única possível, e que o medicamento só possa ser usado para ela”. É “possível que um médico já queira prescrever o medicamento”, podendo também ocorrer situações “de um médico querer tratar pacientes que tenham certa condição que, por analogia com outra semelhante, ou por base fisiopatológica, ele acredite possam vir a se beneficiar de um determinado medicamento”.

Outrossim, aquele Conselho esclarece ser discutível considerar o uso *off label* tratamento experimental, e que, no mais das vezes, trata-se de medicamento efetivo e seguro para a enfermidade, devidamente aprovado pela Anvisa.

De fato, à luz do ordenamento jurídico, o art. 7º, *caput*, da Lei n. 12.842/2013 estabelece que se compreende entre as competências do Conselho

Federal de Medicina editar normas para definir o caráter experimental de procedimentos em Medicina, autorizando ou vedando a sua prática pelos médicos.

Ademais, conforme os despachos Sejur n. 482/2013 e 537/2015, aprovados em reunião de Diretoria do Conselho Federal de Medicina, a definição de *off labell* não é uniforme, mas pode ser considerada como hipóteses em que “o medicamento/material médico é usado em não conformidade com as orientações da bula, incluindo a administração de formulações extemporâneas ou de doses elaboradas a partir de especialidades farmacêuticas registradas; indicações e posologias não usuais; administração do medicamento por via diferente da preconizada; administração em faixas etárias para as quais o medicamento não foi testado; e indicação terapêutica diferente da aprovada para o medicamento/material”.

Consoante essas deliberações, o uso *off label* ocorre por indicação médica pontual e específica, sob o risco do profissional que indicou. Entendeu aquele Conselho por não editar norma geral para tratar do uso *off labell*, “pois esta Autarquia Federal estaria disciplinando de forma genérica situações que são específicas e casuísticas, *as vezes até mesmo sem comprovação científica*”.

De todo modo, pugna o enunciado n. 15 da I Jornada de Direito da Saúde, realizada pelo CNJ, que as prescrições médicas devem consignar o tratamento necessário ou o medicamento indicado, contendo a sua Denominação Comum Brasileira (DCB) ou, na sua falta, a Denominação Comum Internacional (DCI), o seu princípio ativo, seguido, quando pertinente, do nome de referência da substância, da posologia, do modo de administração e do período de tempo do tratamento *e, em caso de prescrição diversa daquela expressamente informada por seu fabricante, a justificativa técnica*.

É igualmente oportuno mencionar que os enunciados n. 24, 30, 31, 32 e 33, respectivamente, preconizam:

Enunciado n. 24

Cabe ao médico assistente, a prescrição terapêutica a ser adotada. Havendo divergência entre o plano de saúde contratado e o profissional responsável pelo procedimento médico, odontológico e/ou cirúrgico, é garantida a definição do impasse através de junta constituída pelo profissional solicitante ou nomeado pelo consumidor, por médico da operadora e por um terceiro, escolhido de comum acordo pelos dois profissionais, cuja remuneração ficará

Enunciado n. 30

É recomendável a designação de audiência para ouvir o médico ou o odontólogo assistente quando houver dúvida sobre a eficiência, a eficácia, a segurança e o custo-efetividade da prescrição.

Enunciado n. 31

Recomenda-se ao Juiz a obtenção de informações do Núcleo de Apoio Técnico ou Câmara Técnica e, na sua ausência, de outros serviços de atendimento especializado, tais como instituições universitárias, associações profissionais, etc.

Enunciado n. 32

No juízo de admissibilidade da petição inicial (artigos 282 e 283 do CPC) o juiz deve, sempre que possível, exigir a apresentação de todos os documentos relacionados com o caso do paciente, tais como: doença; exames essenciais, medicamento ou tratamento prescrito; dosagem; contraindicação; princípio ativo; duração do tratamento; prévio uso dos programas de saúde suplementar; indicação de medicamentos genéricos, entre outros, bem como o registro da solicitação à operadora e/ou respectiva negativa.

Enunciado n. 33

Recomenda-se aos magistrados e membros do Ministério Público, da Defensoria Pública e aos Advogados a análise dos pareceres técnicos da Agência Nacional de Saúde Suplementar e da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (Conitec) para auxiliar a prolação de decisão ou a propositura da ação.

Com esses dados, o juiz da causa poderá tranquilamente solucionar a questão posta em juízo. No tocante ao uso do medicamento Regorafenibe, não há pleito de anulação das decisões prolatadas pelas instâncias ordinárias para a produção de prova pericial, e a Coordenação Técnico Científica do Conselho Federal de Farmácia esclarece que “as evidências científicas disponíveis para justificar sua utilização na prática clínica são limitadas, podendo eventualmente ser justificado seu emprego no tratamento de terceira linha dessa doença, embora ainda não esteja clara sua superioridade em comparação ao cuidado paliativo”. Afirma também haver necessidade de posicionamento de oncologista, com base na história clínica completa da paciente.

No caso, como visto, o processo não foi devidamente instruído pelo Juízo de primeira instância, e a ré, ora recorrente, também não requereu oportunamente a produção de prova pericial, inclusive para a apuração exata da doença da autora, visto que, em linha de princípio, lhe incumbe demonstrar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito da autora.

Dessarte, como a autora já faleceu (não há mais hipótese de risco à sua saúde), é necessário o reconhecimento da preclusão e a incidência da Súmula 7/STJ.

8. A última questão controvertida consiste em saber se é passível de ensejar condenação por danos morais a recusa, por parte da operadora de plano de saúde, ao fornecimento de medicamento não aprovado pela Anvisa.

O dano teria ocorrido por ocasião da recusa, sendo certo que a sentença esclarece que, após o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela, o fornecimento foi regular. E a autora faleceu antes mesmo da aprovação do medicamento pela Anvisa.

Como visto, por ocasião dos fatos tidos por danosos, o medicamento não tinha aprovação da Anvisa nem sequer era comercializado no Brasil, sendo expressamente vedado por lei o seu fornecimento.

Dessarte, a ré estava amparada pela excludente de responsabilidade civil do exercício regular de direito, consoante disposto no art. 188, I, do CC.

Por isso, é de rigor o afastamento da condenação por danos morais.

9. Diante do exposto, considerando os fatos supervenientes (falecimento da autora e aprovação do medicamento na Anvisa), mas assentando as teses acima especificadas, dou parcial provimento ao recurso especial apenas para afastar a condenação por danos morais, mantendo os encargos sucumbenciais, conforme definidos na origem, todavia estabelecendo a redistribuição destes, fixando em favor do patrono da recorrente 30% dos honorários sucumbenciais, observada a gratuidade de justiça.

É como voto.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Senhor Presidente, cumprimento os senhores advogados, Doutor André Rodrigues Cyrino e o Doutor Walter José Faiad de Moura, e o Subprocurador-Geral, Doutor Nicolao Dino de Castro Neto, pois as exposições de Suas Excelências bem permitem compreender a delicadeza da questão e, sobretudo, a excelência do voto do eminente Relator, que teve o cuidado de considerar todas as manifestações trazidas aos autos e as sintetizar em seu douto voto.

Mas peço a máxima vênia a Sua Excelência para dele divergir, porque é incontroverso, reconhecido na própria inicial, que o medicamento não possuía registro na ANVISA na época em que prescrito pelo médico e ajuizada a ação. Tratava-se, pois, de tratamento experimental, nos termos definidos no art. 16, § 1º, I, a da Resolução 211, alternada pela RN 262 da ANS.

Estava, pois, compreendido na exceção de cobertura mínima do plano-referência de assistência à saúde, instituído pela Lei 9.656/1998 em seu artigo 10, V, visto que sem o devido registro perante a agência competente:

Art. 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto:

I - tratamento clínico ou cirúrgico experimental;

A jurisprudência de ambas as Turmas da Segunda Seção consolidou-se no sentido de que não há ilegalidade na exclusão de cobertura de medicamentos não registrados no órgão governamental brasileiro competente, o que, além de implicar risco à saúde, comprometeria o equilíbrio econômico do plano de saúde:

Nesse sentido:

Direito Civil e do Consumidor. Recurso especial. Ação de obrigação de fazer. Prequestionamento. Ausência. Súmula 282/STF. Plano de saúde. Recusa à cobertura de tratamento quimioterápico. Medicamento importado sem registro na ANVISA. Fornecimento. Impossibilidade.

1. Ação ajuizada em 11/07/2013. Recurso especial concluso ao gabinete em 04/04/2017. Julgamento: CPC/2015.

2. *O propósito recursal é definir se a recorrente, operadora de plano de saúde, está obrigada a fornecer/custear a droga Revlimid (lenalidomida) - medicamento importado e sem registro na ANVISA - para tratamento oncológico da recorrida.*

3. A ausência de decisão acerca dos argumentos invocados pela recorrente em suas razões recursais impede o conhecimento do recurso especial.

4. *Além do contrato firmado entre as partes, a própria Lei 9.656/1998, que regulamenta a prestação dos serviços de saúde, autoriza, expressamente, em seu art. 10, V, a possibilidade de exclusão do "fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados".*

5. *A manutenção da higidez do setor de suplementação privada de assistência à saúde, do qual a recorrente faz parte, depende do equilíbrio econômico financeiro decorrente da flexibilização das coberturas assistenciais oferecidas que envolvem a gestão dos custos dos contratos de planos de saúde.*

6. Determinar judicialmente o fornecimento de fármacos importados, sem o devido registro no órgão fiscalizador competente, implica em negar vigência ao art. 12 da Lei 6.360/1976.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

(REsp 1.663.141/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 03/08/2017, DJe 08/08/2017)

Processo Civil. Agravo interno no agravo em recurso especial. Recurso manejado sob a égide do NCPC. Fornecimento de medicamento importado não registrado na ANVISA. Impossibilidade. Precedentes. Julgamento do recurso sob fundamento jurídico diverso do sustentado pelas partes. Admissibilidade. Art. 257, RISTJ. Recurso manifestamente inadmissível. Incidência da multa do art. 1.021, § 4º, do NCPC. Agravo não provido.

1. Vale pontuar que o presente agravo interno foi interposto contra decisão publicada na vigência do NCPC, razão pela qual devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma nele prevista, nos termos do Enunciado n. 3 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.

2. Nos termos do art. 257 do RISTJ, o Relator está autorizado a adotar fundamento diverso do invocado pelo recorrente, uma vez que, admitido o recurso especial, aplica-se o direito à espécie. Precedentes.

3. *A eg. Terceira Turma desta Corte, no julgamento do REsp n. 874.976/MT, de relatoria do em. Min. João Otávio de Noronha, firmou orientação de que: a) a prestadora de serviços de plano de saúde está, em princípio, obrigada ao fornecimento de tratamento de saúde a que se comprometeu por contrato, pelo que deve fornecer os medicamentos necessários à recuperação da saúde do contratado; e, b) entretanto, essa obrigação não se impõe na hipótese em que o medicamento recomendado seja de importação e comercialização vetada pelos órgãos governamentais, porque o Judiciário não pode impor a operadora do plano de saúde que realize ato tipificado como infração de natureza sanitária, previsto no art. 66 da Lei n. 6.360/1976, pois isso significaria, em última análise, a vulneração do princípio da legalidade previsto constitucionalmente.*

4. Conforme art. 105 da CF, não compete ao STJ analisar eventual ofensa a preceitos de ordem constitucional, ainda que para fins de prequestionamento.

5. As beneficiárias não apresentaram argumento novo capaz de modificar a conclusão adotada, que se apoiou em entendimento aqui consolidado para dar parcial provimento ao recurso especial manejado pela operadora do plano de saúde.

6. Em razão da improcedência do presente recurso, e da anterior advertência em relação à incidência do NCPC, incide ao caso a multa prevista no art. 1.021, § 4º, do NCPC, no percentual de 1% sobre o valor atualizado da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito da respectiva quantia, nos termos do § 5º daquele artigo de lei.

7. Agravo interno não provido, com imposição de multa.

(AgInt no AREsp 966.873/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 28/03/2017, DJe 18/04/2017)

Agravo interno no agravo em recurso especial. Súmula 126/STJ. Não aplicação. Plano de saúde. Fornecimento de medicamento. Importação de medicamento não registrado pela ANVISA. Impossibilidade. Agravo interno não provido.

1. "O aresto que se funda num único fundamento utilizando-se de disposições constitucionais e infraconstitucionais não se adequa ao aresto que tem fundamentos distintos de ambas as índoles a exigir, como requisito de admissibilidade, a interposição simultânea de Recurso Especial e Recurso Extraordinário, conjurando a aplicação da Súmula n. 126, do STJ". (REsp 931.060/RJ, Primeira Turma, julgado em 17/12/2009, DJe 19/03/2010)

2. *A prestadora de serviços de plano de saúde está obrigada ao fornecimento de tratamento de saúde a que se comprometeu por contrato, pelo que deve fornecer os medicamentos necessários à recuperação da saúde do contratado. Contudo, essa obrigação não se impõe na hipótese em que o medicamento recomendado seja de importação e comercialização vetado pelos órgãos governamentais.*

3. *Não obstante a possibilidade de pessoas físicas obterem autorização da Anvisa em caráter excepcional para importação de medicamento não registrado, desde que não seja expressamente proibido ou proscrito, não é possível impor ao plano de saúde o fornecimento desse tipo de fármaco, sob pena de prática de ato tipificado como infração de natureza sanitária, conforme art. 66 da Lei n. 6.360/1976. Precedentes desta Corte.*

4. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 988.070/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 16/03/2017, DJe 04/04/2017)

Agravo regimental no recurso especial. Plano de saúde. Fornecimento de medicamento. Importação de medicamento não registrado no País ao tempo da lide. Impossibilidade. Registro na ANVISA após o falecimento do segurado. Irrelevância para o deslinde da causa. Sustentação oral. Não cabimento. Regimental não provido.

1. A prestadora de serviços de plano de saúde está obrigada ao fornecimento de tratamento de saúde a que se comprometeu por contrato, pelo que deve fornecer os medicamentos necessários à recuperação da saúde do contratado.

2. “Contudo, essa obrigação não se impõe na hipótese em que o medicamento recomendado seja de importação e comercialização vetada pelos órgãos governamentais. Não pode o Judiciário impor a prestadora de serviços que realize ato tipificado como infração de natureza sanitária, previsto na Lei n. 6.360, art. 66, pois isso significaria, em última análise, a vulneração do princípio da legalidade previsto constitucionalmente” (REsp 874.976/MT, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 1º/12/2009, DJe 14/12/2009).

3. *O falecimento do segurado antes do registro do medicamento na Anvisa, mas após o ajuizamento da lide, não impõe o dever de reparação com os gastos com a aquisição da medicação, visto que até a efetivação do registro a parte não era obrigada a fornecer o remédio importado sem registro no País.*

4. Não é possível a sustentação oral no julgamento de agravo regimental, e seu julgamento independe de publicação prévia de pauta e de intimação, nos termos dos arts. 91, I, e 159 do RISTJ. Precedentes.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1.425.197/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 03/12/2015, DJe 10/12/2015)

A circunstância de posteriormente ao ajuizamento da ação, ao cumprimento da antecipação de tutela e mesmo ao óbito da autora ter sido o medicamento registrado não torna ilegal a negativa ocorrida antes do registro, quando o tratamento ainda era experimental, pois a ré, na época, não era obrigada a fornecê-lo.

Não se cuidava, portanto, de medicamento registrado na ANVISA, mas não aprovado para o tratamento da doença de que padecia a autora (*off label*), o qual pudesse ser adquirido por conta e risco da paciente e seu médico, sujeito este a eventual responsabilidade profissional. O medicamento não tinha registro e, portanto, não poderia sequer ser comercializado no Brasil na época, fora das condições de pesquisa excepcionalmente autorizadas.

Mesmo que se tratasse de medicamento registrado para outros fins, ainda assim seria prejudicado o equilíbrio econômico financeiro do contrato de plano de saúde, porque o plano é contratualmente obrigado a fornecer tratamentos comprovadamente eficazes para aquele mal. Se o plano de saúde passa a ser obrigado a fornecer qualquer tratamento, mesmo que não comprovadamente

eficaz para aquela doença como uma tentativa razoável ou uma última tentativa desesperada – e às vezes o limite entre uma tentativa razoável e uma última tentativa desesperada é bastante frágil e subjetivo – mas, se o plano de saúde tem que oferecer não apenas os tratamentos cientificamente testados e aprovados para aquela finalidade específica, mas qualquer tipo de tratamento, mesmo que não tenha sido aprovado no Brasil para finalidade alguma ou para a finalidade específica, naturalmente isso incrementa os custos do plano de saúde, considerada a massa de segurados.

Nesse sentido, cito a manifestação da Associação Brasileira de Medicina em Grupo, que afirma: “O crescente uso de medicamentos *off label*, segundo pesquisas, é reflexo de manobras mercadológicas da indústria farmacêutica com a única finalidade de ampliar o consumo de seus produtos, sem observar os direitos fundamentais do paciente”. “Tais empresas aproveitam-se do fato de os prescritores não serem obrigados a receitarem os medicamentos apenas para os fins para os quais foram aprovados e adotam estratégias que induzem o médico a prescrever para outros fins, onde a segurança e a eficácia não foram confirmadas (Caiado, 2005). Muitas vezes desenvolvem pesquisas que ficam aquém do padrão necessário para a aprovação dos órgãos regulatórios e, em seguida, informam os médicos estes resultados estimulando, dessa forma, a prescrição. Burlam a lei sob a justificativa de que somente divulgam resultados de pesquisa sem recomendação da indicação”. Ou seja, fazem marketing disfarçado de pesquisa.

“Prova disso é que, em janeiro de 2009, a Pfizer - gigante da indústria farmacêutica - foi condenada a pagar uma multa recorde nos Estados Unidos de 2.3 bilhões de dólares para por fim a uma demanda judicial. Conforme reportagem do jornal A Folha de São Paulo, a maior fabricante de remédios do mundo aceitou pagar a multa milionária em ação em que era acusada de fazer promoção ilegal de treze remédios, onde promoviam medicamentos para usos não aprovados na FDA (Agência Reguladora de Remédios e Alimentos nos Estados Unidos). No mesmo ano de 2009, outra gigante da indústria farmacêutica, a Eli Lilly, foi multada em 1,4 bilhão por promoção ilegal do antipsicótico Planzapina. Segundo reportagem, durante o processo ficou comprovado que entre 1999 e 2003 a empresa treinou sua equipe de vendas para desconsiderar a legislação e promover o medicamento para usos não previstos em bula. A Eli Lilly declarou-se culpada, admitindo que sua estratégia de marketing foi ilegal”.

E prossegue a explanação de que o uso *off label* de medicamentos pode gerar responsabilidade do médico.

A questão posta, aqui, a meu ver, não é propriamente de responsabilidade do médico diretamente, mas de equilíbrio atuarial do plano, embora seja sempre possível, em razão da relação de consumo, que, se ficar institucionalizado, com a força da jurisprudência deste Tribunal, que os planos de saúde são obrigados a custear medicamentos *off label*, como o médico também é credenciado ao plano de saúde, possa haver situação em que o plano de saúde acabe demandado por prescrição de medicamentos fora das especificações para os quais aprovado, especialmente em face de graves efeitos colaterais.

Em síntese, penso que a circunstância de ter sido feito o registro posteriormente não torna ilegal a negativa de cobertura questionada nos autos, que foi praticada quando ainda não era permitida sequer a venda desse remédio no País.

Por esses motivos, com a máxima vênia ao eminente Relator, dou provimento ao recurso especial em maior extensão, para julgar improcedente o pedido.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Cuida-se recurso especial (art. 105, inciso III, CF/1988) interposto por *Cassi - Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil*, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Na origem, *Sonia Solange de Almeida Lemos Torreato* (sucedida pelo seu espólio no curso do processo) ajuizou demanda em face da ora recorrente, baseando-se em contrato de plano de saúde, a fim de que a operadora ré fosse compelida “a autorizar e fornecer, por sua própria conta, em 24 horas, a contar do recebimento da intimação, todo tratamento, inclusive quimioterápico com base em Regorafenibe 40mg, [...]”, bem assim ao pagamento de indenização por danos extrapatrimoniais, diante da negativa de cobertura no âmbito administrativo.

Em sentença, o magistrado singular julgou procedentes os pedidos, nos seguintes termos: “[para] condenar a ré ao pagamento da quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), corrigida monetariamente pelos índices da

Corregedoria-Geral de Justiça a partir desta data e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês a contar da citação, bem como para condená-la na obrigação de fazer nos termos da tutela deferida, que a tenho por cumprida diante do fornecimento do medicamento e o posterior óbito da paciente.”

Inconformada, a demandada interpôs recurso de apelação, sustentando a inexistência de obrigação contratual de arcar com tratamento experimental, visto ser incontroversa a ausência de registro do medicamento na ANVISA, impondo-se a improcedência dos pedidos veiculados na demanda.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro negou provimento ao reclamo, sob o argumento de que “o fato de o medicamento não ter registro na ANVISA não poderia, em casos específicos como o destes autos, servir de escusa para o cumprimento da obrigação. Isto porque, a uma, a ausência de registro do medicamento na ANVISA, em análise perfunctória, não implica óbice intransponível ao seu fornecimento, pois quem deve determinar o tratamento adequado não são as organizações administrativas ou o plano de saúde, mas sim o médico responsável; a duas, a necessidade de tratamento com o dito medicamento e a impossibilidade de sucesso com os medicamentos disponíveis no Brasil restaram devidamente esclarecidas no laudo médico adrede mencionado”.

Daí o presente recurso especial, em cujas razões defende a ré, preliminarmente, estar configurada a negativa de prestação jurisdicional; no mérito, aduz a existência de violação ao artigo 10 da Lei n. 9.656/1998, bem assim ao artigo 188, inciso I, do CC/2002.

Sustenta, para tanto, a impossibilidade de custeio de tratamento experimental, seja pela ausência de registro na ANVISA, seja por se caracterizar como utilização *off label*. Pugna, por fim, pelo afastamento da obrigação de indenizar, porquanto amparada em causa excludente da ilicitude, qual seja o exercício regular de um direito.

O e. Ministro relator, após a oitiva dos *amici curiae*, e, considerando a existência de fatos supervenientes (falecimento da autora e aprovação do medicamento na ANVISA), proferiu voto no sentido de, no mérito, dar parcial provimento ao recurso especial apenas para afastar a condenação por danos morais, mantendo os encargos sucumbenciais, conforme definidos na origem, todavia estabelecendo a redistribuição desses, fixando que caberão ao patrono da recorrente 30% por cento dos honorários sucumbenciais, observada a gratuidade da justiça.

Dos fundamentos declinados, destacam-se: *i)* não há como reconhecer dever contratual da operadora do plano de saúde de fornecer medicamento sem registro na Anvisa, não cabendo, pois, ao Estado-juiz determinar o fornecimento do fármaco; *ii)* no tocante à utilização de medicamentos para o uso que não consta na bula, em linha de princípio, não há óbice legal – pois se trata de fármaco autorizado pela Anvisa, cujo uso não fere as normas sanitárias; *iii)* por ocasião dos fatos tidos como por danosos/lesivos, o medicamento não tinha aprovação da Anvisa, sequer era comercializado no Brasil, sendo expressamente vedado por lei o seu fornecimento, razão por que se faz aplicável a excludente de responsabilidade civil inserta no artigo 188, inciso I, do CC, a ensejar a improcedência do pedido condenatório.

Instaurados os debates, a e. Ministra Maria Isabel Gallotti inaugurou divergência, a fim de dar provimento ao recurso especial, em maior extensão, para julgar improcedentes os pedidos, sob o argumento de que, à época dos fatos em que se fundamente a demanda, o medicamento em questão não possuía registro na ANVISA, circunstância que afasta o dever da operadora em custear o respectivo tratamento.

Diante da qualidade dos debates e a fim de melhor analisar o objeto da demanda e a extensão do provimento a ser dado ao recurso especial, formulei pedido de vista.

VOTO

Após acurada análise dos autos, rogando vênias à relatoria, acompanha-se a divergência inaugurada pela Ministra Maria Isabel Gallotti, a fim de dar provimento ao recurso especial, em maior extensão, para julgar improcedentes os pedidos veiculados na demanda, tendo em vista os limites aos quais está adstrito o presente recurso especial.

1. Inicialmente, afasta-se a alegada violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil de 1973, na medida em que o aresto estadual se encontra devida e suficientemente fundamentado, tendo enfrentado todos os pontos essenciais à resolução da lide, ainda que de forma contrária aos interesses defendidos pela ora recorrente.

2. No mérito, o e. relator identificou três controvérsias instauradas por meio do recurso especial, a saber: *a)* a possibilidade de compelir a operadora de plano de saúde a custear tratamento realizado com medicamento não registrado na Anvisa; *b)* a existência de obrigação, imputável à operadora de plano de

saúde, de custear a realização de tratamento de uso *off-label* (uso que não consta da bula); e) configuração do dever de indenizar na hipótese, diante da recusa administrativa em custear o tratamento.

Todavia, compulsando-se os autos, infere-se que apenas duas das citadas temáticas foram enfrentadas no acórdão recorrido, quais sejam: a questão da ausência de registro do fármaco na Anvisa e sua repercussão quanto ao dever de custeio ou não do tratamento, bem assim aquela afeta à responsabilidade civil da ré.

Desse modo, apenas elas são passíveis de análise por este Superior Tribunal de Justiça, no bojo do presente recurso especial, ante a observância ao requisito do prequestionamento, ao menos para fins de delimitação da extensão do provimento a ser aqui adotado.

A fim de corroborar a conclusão acima apresentada quanto aos limites de análise do presente apelo extremo, rememora-se que se trata, na origem, de demanda individual, ajuizada por beneficiária de plano de saúde, em 16.04.2014, tendo sido antecipado os efeitos da tutela, a fim de compelir a ré ao custeio do tratamento requerido pela autora, com a utilização de medicamento sem registro na Anvisa.

Contudo, antes da prolação da sentença, informou-se o falecimento da parte autora (ocorrido no dia 5 de novembro de 2014), com o pedido de retificação do polo ativo, além de ter sido postulada a desistência em relação ao pleito de obrigação de fazer (fl. 457, e-STJ), a qual não foi aceita pela parte ré, que requereu o julgamento do mérito.

Na sentença, proferida em novembro de 2015, a controvérsia foi identificada da seguinte forma: “a questão funda-se em perquirir eventual ausência de registro do fármaco Regorafenibe junto à ANVISA, haja vista que a ré informa que se trata de medida experimental, bem como se a ré possui obrigação de fornecer medicamentos sem registro junto à ANVISA aos seus conveniados”.

Além disso, diante do óbito da autora, deu-se por cumprida a obrigação de fazer, de modo que não se fizeram mais necessárias quaisquer digressões, nos autos, acerca do ulterior registro pelo órgão competente.

O tribunal de origem, quando da análise do recurso de apelação, restringiu-se, conforme mencionado, à questão da obrigatoriedade ou não de fornecimento de tratamento realizado com medicamento não registrado na Anvisa, nada mencionando acerca do uso *off-label*.

Assim, embora mencionado pelo e. relator que, entre a interposição do recurso de apelação e seu julgamento, foi registrado na Anvisa o medicamento em questão (23 de dezembro de 2015), infere-se que, diante da tramitação processual, a citada discussão ultrapassa os limites da lide, porquanto, ante o falecimento da parte autora, a obrigação de fazer perdurou apenas *no período em que o medicamento não esteve registrado na Anvisa, razão pela qual, embora relevantíssima a discussão acerca da obrigação da operadora de plano de saúde em custear tratamentos com uso off-label, a referida temática não guarda pertinência com o objeto da presente ação.*

Inexistem, assim, fatos novos, ao menos nos termos do artigo 493 do Código de Processo Civil, a serem considerados no julgamento do presente recurso especial.

Nesse contexto, a despeito de serem ponderáveis os argumentos declinados pelo e. relator acerca da possibilidade de cobertura de tratamentos *off label*, aos quais, em princípio, adiro, verifica-se que tal discussão extrapola o objeto do presente recurso especial, motivo por que a análise deve se restringir *(i)* à possibilidade de compelir a operadora de plano de saúde a custear tratamento realizado com medicamento não registrado na Anvisa, e, de forma sucessiva, à *(ii)* configuração dos elementos da responsabilidade civil na hipótese.

No particular, reside a divergência inaugurada pela e. Ministra Maria Isabel Gallotti, pois, em seu entender, *a circunstância de posteriormente ao ajuizamento da ação, ao cumprimento da antecipação de tutela e mesmo ao óbito da autora, ter sido o medicamento registrado, não torna ilegal a negativa ocorrida antes do registro, pois a ré, na época, não era obrigada a fornecê-lo. Não se cuidava, portanto, de medicamento registrado na ANVISA, mas não aprovado para o tratamento da doença de que padecia a autora (off label), o qual pudesse ser adquirido por conta e risco da paciente e seu médico, sujeito este a eventual responsabilidade profissional. O medicamento não tinha registro e, portanto, não poderia sequer ser comercializado no Brasil na época, fora das condições de pesquisa excepcionalmente autorizadas.*

Ademais, ante a ausência de debate quanto à matéria no âmbito das instâncias ordinárias, não é possível afirmar sequer se, posteriormente ao registro, o caso se enquadraria ao conceito de tratamento *off label*.

Partindo de tais premissas, em relação à primeira controvérsia, embora existam decisões conflitantes no âmbito desta Corte Superior, verifica-se que a linha de entendimento adotada pelos votos antecedentes - relatoria e divergência - afigura-se adequada e consentânea à legislação de regência,

porquanto não há como reconhecer o dever contratual da operadora do plano de saúde em fornecer medicamentos sem registro na Anvisa, não cabendo, pois, ao Poder Judiciário determinar o fornecimento dos fármacos que se enquadrem nesta categoria.

Conforme pontuou o e. relator, o artigo 10, incisos I, V, IX, da Lei n. 9.656/1998, excluiu da relação contratual a cobertura de tratamento clínico ou cirúrgico de caráter experimental, bem assim o fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados e tratamentos não reconhecidos/registrados pelas autoridades competentes (Anvisa).

Destaca-se, a propósito, que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, é o órgão responsável por regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública, a fim de atestar a segurança, qualidade e eficácia do fármaco.

Assim, a necessidade do competente registro é condição para que se reconheça, no âmbito nacional, a segurança do medicamento e, de conseguinte, a possibilidade de fornecimento do fármaco. Além de constar da Lei n. 6.360/1976, tal exigência se coaduna com o disposto no artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual consubstancia prática abusiva “colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes” (inciso VIII).

Com efeito, conquanto as operadoras de plano de saúde estejam, em princípio, obrigadas ao fornecimento dos tratamentos necessários às doenças cobertas, tal obrigação não se impõe na hipótese em que o medicamento/fármaco prescrito ainda não conste com autorização/registo na Anvisa, a fim de que se possibilite a regular importação e comercialização no âmbito nacional.

Nesse sentido, aliás, os seguintes julgados da Terceira Turma, mencionados no voto proferido pela Ministra Maria Isabel Gallotti: *REsp 1.632.752/PR*, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, *Terceira Turma*, julgado em 22/08/2017, DJe 29/08/2017; *REsp 1.663.141/SP*, Rel. Ministra Nancy Andrighi, *Terceira Turma*, julgado em 03/08/2017, DJe 08/08/2017.

E, ainda: AgInt no AREsp 988.070/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, *Quarta Turma*, julgado em 16/03/2017, DJe 04/04/2017.

Assim, deve ser afastada a obrigação das operadoras de plano de saúde quanto ao custeio de tratamentos realizados com medicamentos não registrados

pela Anvisa, diante de norma autorizativa, e, ainda, porque “a exclusão da assistência farmacêutica para o medicamento importado sem registro na ANVISA também encontra fundamento nas normas de controle sanitário. De fato, a importação de medicamentos e outras drogas, para fins industriais ou comerciais, sem a prévia e expressa manifestação favorável do Ministério da Saúde constitui infração de natureza sanitária (arts. 10, 12 e 66 da Lei n. 6.360/1976 e 10, IV, da Lei n. 6.437/1977), não podendo a operadora de plano de saúde ser obrigada a custeá-los em afronta à lei.” (REsp 1.632.752/PR, Rel. Ministro *Ricardo Villas Bôas Cueva*, *Terceira Turma*, julgado em 22/08/2017, DJe 29/08/2017)

Fixada tal premissa, a considerar o caso em tela, não se pode reputar ilícita, a justificar a condenação à compensação dos danos extrapatrimoniais experimentados pela autora, a conduta da demandada em recusar, administrativamente, o custeio do tratamento acima mencionado. Isso porque, conforme pontuado pelos votos antecedentes e, ainda, de acordo com a orientação adotada na presente deliberação, tratou-se de exercício regular de direito, diante da inexistência do dever de cobertura, pois ausente, à época, registro do medicamento na Anvisa.

Com efeito, devem ser julgados integralmente improcedentes os pedidos veiculados na demanda, com a consequente inversão dos ônus sucumbenciais.

3. Do exposto, com a devida vênia ao e. relator, acompanho a divergência, para, no mérito, dar provimento ao recurso especial, a fim de julgar improcedentes os pedidos veiculados na demanda.

Em consequência, devem ser invertidos os ônus sucumbenciais, devendo a autora arcar com as despesas processuais, bem assim com honorários advocatícios em favor do patrono da ré, esses arbitrados em 10% sobre o valor da causa (R\$ 100.000,00, cf. fl. 9, e-STJ), nos termos do art. 85, § 2º, *caput*, do CPC, observado o disposto no artigo 98, § 3º, do CPC (fl. 270, e-STJ).

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Aproveito-me da profunda exposição dos fatos processuais contida no voto do em. Relator, aperfeiçoada pelos dois votos que lhe seguiram, da lavra da em. Ministra *Maria Isabel Gallotti* e do Ministro *Marco Buzzi*.

As questões jurídicas controvertidas que o em. Ministro Relator trouxe para exame no presente recurso podem ser assim sintetizadas: (i) se é obrigação da operadora de plano de saúde fornecer ou custear o fornecimento de medicação não registrada na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA; (ii) se a operadora deve fornecê-lo no caso de, conquanto registrado o medicamento na agência reguladora, o uso aprovado pela entidade não abarcar o tratamento indicado pelo profissional médico da paciente (utilização fora da bula ou *off label*); e (iii) se da conduta da operadora de plano de saúde, ao negar o fornecimento de fármaco não registrado, resulta responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar o consumidor cujo tratamento não fora autorizado.

O douto Relator em seu voto, assentando a inexistência do dever contratual da operadora em fornecer medicamento não registrado no órgão fiscalizador (ANVISA), todavia ressaltando a existência dessa obrigação na hipótese de, conquanto registrado, a prescrição médica voltar-se para patologia diversa daquela para a qual aprovado o fármaco (uso *off label*), concluiu pela ausência de responsabilidade civil da recorrente no caso concreto, razão pela qual deu parcial provimento ao recurso especial “*para afastar a condenação por danos morais, mantendo os encargos sucumbenciais, conforme definidos na origem, todavia estabelecendo a redistribuição desses, fixando que caberão ao patrono da recorrente 30% por cento dos honorários sucumbenciais, observada a gratuidade da justiça*”.

A em. Ministra *Maria Isabel Gallotti* divergiu em parte das conclusões do em. Relator, dando provimento ao recurso em maior extensão para julgar totalmente improcedentes os pedidos, ao ponderar que, à época dos fatos que ensejaram o ajuizamento da demanda, o medicamento reivindicado pela autora da ação – *Regonaferibe* – não era registrado na Anvisa, o que afasta o dever da operadora em custear seu fornecimento e, como corolário, a cogitada reparação civil.

O em. Ministro *Marco Buzzi*, em voto que apresentou na assentada de 17/11 p.p., acompanhou a divergência, destacando o fato de que a discussão relativa à utilização do medicamento fora das especificações previstas no registro (*off label*) não foi objeto de debate nas instâncias ordinárias, circunstância que obsta o julgamento do recurso nessa questão em particular ante a ausência de questionamento.

Pedi vista dos autos para aprofundar o exame do caso, em especial no que se refere à amplitude da discussão no âmbito deste recurso especial.

Com a devida vênia do em. Relator, relativamente à questão que envolve a suposta obrigação de fornecer medicamentos para utilização em hipótese não contemplada no registro do órgão fiscalizador (uso *off label*), em que pese a relevância da matéria e a importância de uma definição por esta Corte Superior sobre o assunto – examinado em face da norma ditada pelo art. 10, I, da Lei Federal n. 9.656/1998 – acompanho o entendimento manifestado no voto do em. Ministro *Marco Buzzi*, por observar que a questão não foi debatida nas instâncias ordinárias e tampouco suscitada, à luz dos limites fáticos que a causa oferece, no recurso especial interposto pela ora recorrente.

Efetivamente, é fato incontroverso que, no momento em que proposta a ação, o medicamento “Regonaferibe” não havia sido registrado na Anvisa, o que somente veio a ocorrer – segundo notícia a informação prestada pela própria agência à fl. 872 (e-STJ) – em 28/12/2015.

A autora faleceu em 05/11/2014 (e-STJ, fl. 461), antes, portanto, do registro do fármaco na agência reguladora.

Em tais circunstâncias, e sobretudo porque objetivamente estabilizada a demanda (CPC/1973, art. 264, *caput* e § ún.; CPC/2015, art. 329, II), o objeto da lide restou circunscrito à existência ou não de obrigação de fornecer o medicamento – esta considerada a oportunidade em que se deu a negativa – e a pretensão indenizatória pelo suposto ato ilícito imputado à ora recorrente, praticado antes do falecimento da autora e, conseqüentemente, antes do registro do medicamento na Anvisa. Nesse sentido, cabe a transcrição de manifestação do espólio, que, ao noticiar o falecimento da autora originária, expressamente requereu a desistência do pedido cominatório (e-STJ, fl. 458):

Outrossim, tendo em vista o óbito da Requerente, e a conseqüente perda do objeto da obrigação de fazer, **vem formular a desistência do pedido da obrigação de fazer**, requerendo, no entanto, o prosseguimento do feito no que tange a condenação em dano moral, eis que a negativa em fornecer o medicamento a Autora, bem como a posterior demora no atendimento da ordem judicial, gerou um prejuízo irreversível e imensurável, consistente no agravamento do quadro clínico da Autora, levando-a ao perecimento de sua própria vida, o que, destarte, merece punição, sendo certo que, mesmo debilitada, a Autora era provedora do sustento de sua família, onde sua morte gerou um profundo abalo emocional, psicológico e econômico, evento que poderia ser adiado, se a Requerida se dignasse a cumprir o contrato, fornecendo o único medicamento quimioterápico indicado, necessário ao tratamento da Autora, em tempo hábil, o que propiciaria sem sombra de dúvidas, mais sobrevida a Autora, o que de certo postergaria o desfecho fatal.

A recorrente manifestou oposição ao pedido (e-STJ, fl. 477), razão pela qual o Magistrado de primeiro grau examinou a obrigação de fazer, todavia à luz das circunstâncias fáticas e jurídicas existentes até aquele momento, quando ainda não registrado o Regonaferibe.

Logo, a controvérsia posta para julgamento não se submete à repercussão do *fato novo* correspondente ao ulterior registro do medicamento. Na oportunidade desse registro, não mais se haveria de cogitar do fornecimento “off label” do fármaco, porque, lamentavelmente, a autora originária da demanda havia falecido.

Inaplicável dessarte, em meu entender, a regra do art. 493 do CPC/2015 (art. 462 do CPC/1973). A circunstância nova (o registro) era e é desinfluyente para o julgamento da causa, cujo objeto, na oportunidade, resumia-se à vindicada indenização por danos morais exclusivamente pelo fato de a operadora ter negado o fornecimento, *enquanto não registrado o medicamento na Anvisa*.

Quanto ao mais, adiro aos fundamentos e conclusões dos votos que me antecederam, razão pela qual *dou provimento* ao recurso especial a fim de julgar totalmente improcedentes os pedidos iniciais. Na forma prevista pelo art. 85, § 2º, I a IV, do CPC/2015, *condeno* a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios em favor dos patronos da recorrente, os quais arbitro em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, conforme orienta o § 4º, inciso III, do mesmo dispositivo legal. Deferida a gratuidade da justiça (e-STJ, fl. 269), deve ser observada a norma prevista no art. 98, § 3º, do CPC/2015.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.699.528-MG (2017/0227431-2)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Recorrente: Martplast Comercio de Embalagens Ltda - em Recuperação Judicial

Advogados: Wilson dos Santos Filho - MG081511N

Nathalia Guedes Azevedo e outro(s) - MG151264

EMENTA

Recurso especial. Recuperação judicial. Advento do CPC/2015. Aplicação subsidiária. Forma de contagem de prazos no microsistema da Lei de 11.101/2005. Cômputo em dias corridos. Sistemática e logicidade do regime especial de recuperação judicial e falência.

1. O Código de Processo Civil, na qualidade de lei geral, é, ainda que de forma subsidiária, a norma a espelhar o processo e o procedimento no direito pátrio, sendo normativo suplementar aos demais institutos do ordenamento. O *novel* diploma, aliás, é categórico em afirmar que “permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, as quais se aplicará supletivamente este Código” (art. 1.046, § 2º).

2. A Lei de Recuperação e Falência (Lei 11.101/2005), apesar de prever microsistema próprio, com específicos dispositivos sobre processo e procedimento, acabou explicitando, em seu art. 189, que, “no que couber”, haverá incidência supletiva da lei adjetiva geral.

3. A aplicação do CPC/2015, no âmbito do microsistema recuperacional e falimentar, deve ter cunho eminentemente excepcional, incidindo tão somente de forma subsidiária e supletiva, desde que se constate evidente compatibilidade com a natureza e o espírito do procedimento especial, dando-se sempre prevalência às regras e aos princípios específicos da Lei de Recuperação e Falência e com vistas a atender o desígnio da norma-princípio disposta no art. 47.

4. A forma de contagem do prazo - de 180 dias de suspensão das ações executivas e de 60 dias para a apresentação do plano de recuperação judicial - em dias corridos é a que melhor preserva a unidade lógica da recuperação judicial: alcançar, de forma célere, econômica e efetiva, o regime de crise empresarial, seja pelo soerguimento econômico do devedor e alívio dos sacrifícios do credor, na recuperação, seja pela liquidação dos ativos e satisfação dos credores, na falência.

5. O microsistema recuperacional e falimentar foi pensado em espectro lógico e sistemático peculiar, com previsão de uma sucessão de atos, em que a celeridade e a efetividade se impõem, com prazos próprios e específicos, que, via de regra, devem ser breves,

peremptórios, inadiáveis e, por conseguinte, contínuos, sob pena de vulnerar a racionalidade e a unidade do sistema.

6. A adoção da forma de contagem prevista no Novo Código de Processo Civil, em dias úteis, para o âmbito da Lei 11.101/2005, com base na distinção entre prazos processuais e materiais, revelar-se-á árdua e complexa, não existindo entendimento teórico satisfatório, com critério seguro e científico para tais discriminações. Além disso, acabaria por trazer perplexidades ao regime especial, com riscos a harmonia sistêmica da LRF, notadamente quando se pensar na velocidade exigida para a prática de alguns atos e na morosidade de outros, inclusive colocando em xeque a isonomia dos seus participantes, haja vista a dualidade de tratamento.

7. Na hipótese, diante do exame sistemático dos mecanismos engendrados pela Lei de Recuperação e Falência, os prazos de 180 dias de suspensão das ações executivas em face do devedor (art. 6, § 4º) e de 60 dias para a apresentação do plano de recuperação judicial (art. 53, *caput*) deverão ser contados de forma contínua.

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, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti, Marco Buzzi e Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira (Presidente).

Brasília (DF), 10 de abril de 2018 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Martplast Comércio de Embalagens Ltda requereu a concessão de recuperação judicial (fls. 61-74) e, em aditamento (fls. 395-403), ainda efetuou diversos outros pleitos, assim como para que a contagem dos prazos estabelecidos no art. 6º, § 4º, e 53 da Lei n. 11.101/2005 se desse em dias úteis, nos termos do art. 219 do NCPC; também para que houvesse a proibição de retirada dos bens essenciais à atividade empresarial, notadamente os veículos utilizados para entrega; que fossem expedidos ofícios ao Banco Central para que se abstinhasse de realizar bloqueios/penhora de numerários constantes nas contas bancárias de sua titularidade; e que houvesse a liberação das denominadas “travas bancárias”.

O magistrado de piso deferiu o processamento da recuperação judicial. No entanto, indeferiu o pleito de contagem em dias úteis; deixou de apreciar a questão da retirada de bens essenciais da empresa, por não haver informações de que esta estivesse realmente ameaçada; indeferiu a expedição de ofício ao Banco Central, em razão de sua desnecessidade; e, por fim, determinou que as retenções (“travas bancárias”) de seus créditos se limitassem ao percentual de 10% do faturamento (fls. 325-330 e 514-516).

Interposto agravo de instrumento, o TJMG deu parcial provimento ao recurso, tão somente para determinar o impedimento da retirada de bens da empresa agravante, em acórdão assim ementado:

Agravo de instrumento. Ação de recuperação judicial. Tutela de urgência. Contagem de prazos em dias úteis. Impedimento de retirada de bens da empresa. Inteligência do art. 49, parágrafo 3º, da Lei 11.101/2005. Expedição de ofício ao Banco Central e liberação de 100% das travas bancárias. Manutenção parcial da decisão.

- A tutela de urgência poderá ser antecipada, desde que estejam presentes elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, conforme disposição do artigo 300 do CPC/2015. Se da leitura dos art. 6º, parágrafo 4º e no art. 53, ambos da LRF não se verifica que a natureza dos prazos é de cunho processual, a ensejar a aplicação do CPC/2015, porquanto não dizem respeito a incidentes processuais, a recursos ou à prestação jurisdicional, forçoso reconhecer que a natureza do prazo é de cunho material, pois diz respeito à relação obrigacional e ao modo de exercitar os direitos e, portanto, deve ser observado o disposto na lei especial da recuperação judicial - Lei 11.101/2005.

- Ademais, a Recuperação Judicial é regulamentada por Lei específica, que não prevê a contagem de prazo em dias úteis e, por se tratar de lei especial a Lei 11.101/2005, se sobrepõe ao diploma processual civil. Logo, não há que se falar em desacerto da decisão que indeferiu o pleito de contagem dos prazos na forma do CPC/2015, ou seja, em dias úteis e, portanto deve ser mantida a contagem de prazos nos termos previstos na Lei 11.101/2005, de forma contínua, em dias corridos.

- O parágrafo 3º do art. 49 da Lei 11.101/2005 estabelece que não é permitida, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º do mesmo diploma normativo, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais à sua atividade empresarial.

- Se os bloqueios de numerários são feitos através do sistema BACENJUD, incumbindo ao Juiz de cada processo efetivar o bloqueio por meio do referido sistema conveniado, afigura-se desnecessário a expedição de ofício ao Banco Central. - Ao limitar as retenções denominadas “travas bancárias” em 10% dos valores oriundos do faturamento da empresa, o julgador monocrático foi condizente com a necessidade de manutenção das atividades empresariais da recuperanda quanto ao cumprimento de suas obrigações, observando ao princípio da preservação da empresa e, ao mesmo tempo, do exercício dos direitos das instituições financeiras.

- Demonstrado o risco de dano à empresa, tão somente, com relação ao indeferimento do pedido de impedimento de retirada de bens da recuperanda, deve ser parcialmente reformada a decisão, para deferir tal pleito no sentido de determinar o impedimento da retirada de bens da empresa agravante, nos termos da parte final do § 3º, art. 49, da Lei 11.101/2005.

(fls. 599-611)

Opostos embargos de declaração, estes foram rejeitados (fls. 627/632).

Irresignada, interpõe recurso especial com fundamento nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, por vulneração aos 6º, § 4º, 47, 49, § 3º, e 53, todos da Lei 11.101/2005.

Aduz que, com o advento do novo Código de Processo Civil, o cômputo dos prazos na recuperação judicial devem ser feitos em dias úteis, notadamente quando se tratar de prazos processuais, como soem aqueles previstos nos arts. 6º, § 4º, e 53 da Lei n. 11.101/2005.

Afirma não ser possível a retirada de bens essenciais da devedora enquanto perdurar o período de suspensão das ações executivas, “ainda que os créditos não estejam sujeitos aos efeitos da Recuperação Judicial” e, em razão disso, defende que se afaste eventual bloqueio e penhoras das contas bancárias da recorrente,

durante o período de suspensão das ações executivas, com expedição de ofício ao Banco Central, bem como determine “que a Caixa Econômica Federal e o Banco do Brasil S.A. se abstenham totalmente de reter os créditos decorrentes de vendas de produtos da Recorrente, liberando-se a integralidade dos créditos recebíveis retidos através de seu faturamento, desde o ajuizamento do pedido de Recuperação Judicial”.

Não foram apresentadas contrarrazões ao recurso (fl. 666).

O recurso recebeu crivo positivo de admissibilidade na origem (fls. 667/668).

Instado a se manifestar, o membro do *Parquet* opinou pelo não conhecimento do especial, nos termos da seguinte ementa:

Recurso especial. Recuperação judicial. Pleito de contagem de prazos na Lei de 11.101/2005 em dias úteis. Inexistência de utilidade do recurso. Prazo já transcorrido, ainda que o pleito fosse atendido. Deferimento de prorrogação do prazo em primeira instância. Situação mais benéfica ao recorrente. Ofensa aos artigos 47 e 49, § 3º, do mesmo diploma legal não demonstrada. Ausência de impugnação dos fundamentos do acórdão recorrido. Deficiência na fundamentação. Incidência da Súmula 284/STF. Parecer pelo não conhecimento do recurso especial.

(fls. 675-682)

Posteriormente, sobreveio pedido de concessão de efeito suspensivo ao recurso, em caráter de urgência, com fundamento no artigo 1.029, § 5º, do CPC/2015 (fls. 685/686).

No ponto, alega o recorrente que o *fumus boni iuris* está evidenciado pelo dissídio jurisprudencial em relação ao cômputo dos prazos previstos na Lei 11.101/2005, sendo certo que a correta interpretação a ser conferida aos artigos 6º, § 4º, e 53 do referido diploma é aquela que considera a contagem em dias úteis, pela natureza processual do prazo e, quanto ao *periculum*, sustenta ser “evidente que a tramitação do feito prejudica os interesses de todos os credores e da Recuperanda, haja vista que, em atenção aos consagrados princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, deve ser resguardado às partes os prazos para que elas possam se manifestar no processo”.

Em razão da proximidade do julgamento do feito por este colegiado, preferi sobrestar a apreciação da tutela provisória (fl. 691).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 2. Inicialmente, anoto - apenas para registro - que não se trata, no caso, de discussão sobre tutela de urgência, notadamente por se estar diante da própria decisão de processamento da recuperação judicial.

Realmente, malgrado existirem diversos pleitos em caráter antecipatório (precário e provisório), verifica-se que houve, também, provimentos de cunho satisfativo, tal qual o principal ponto da presente irresignação, que é a forma de contagem do prazo na recuperação judicial (com ou sem a incidência do NCPC), *verbis*:

Nos termos do artigo 53 da Lei n. 11.101/2005, deverá a recuperanda apresentar plano de recuperação no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, sob pena de convalidação em falência. Registre-se que o plano de recuperação deverá atender a todos os requisitos elencados no artigo acima mencionado.

Lado outro, *indefiro* a contagem dos prazos em dias úteis com base no novo Código de Processo Civil, na medida em que a recuperação judicial é regulamentada por lei específica, que não prevê a contagem de prazo na maneira requerida.

(fl. 515)

De fato, conforme enfatizado expressamente pelo acórdão recorrido, a questão da contagem dos prazos foi apreciada de forma exauriente e, conseqüentemente, caso não fosse objeto de irresignação, a matéria seria alcançada pela preclusão.

Aliás, são inúmeros os precedentes do STJ em que a Corte analisou o mérito da decisão de processamento e suas conseqüências:

Direito Falimentar e recuperação judicial. Recurso especial. Créditos relativos a negócios jurídicos formalizados após o momento em que deferido o processamento da recuperação (LF, art. 52). Natureza extraconcursal (LF, arts. 67, *caput*, e 84, V). Princípio da preservação da empresa (LF, art. 47). Prevalência. Recurso improvido.

1. Inexiste afronta ao art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido analisou todas as questões pertinentes para a solução da lide, pronunciando-se, de forma clara e suficiente, sobre a controvérsia estabelecida nos autos.

2. A expressão "durante a recuperação judicial", gravada nos arts. 67, *caput*, e 84, V, da Lei de Falências e de Recuperação de Empresas, abrange o período compreendido

entre a data em que se defere o processamento da recuperação judicial e a decretação da falência, interpretação que melhor harmoniza a norma legal com as demais disposições da lei de regência e, em especial, o princípio da preservação da empresa (LF, art. 47).

3. Recurso especial a que se dá provimento.

(REsp 1.399.853/SC, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Rel. p/ Acórdão Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 10/02/2015, DJe 13/03/2015)

Direito Empresarial. Recuperação judicial. Decisão de processamento. Suspensão das ações e execuções. *Stay period*. Suspensão temporária da exigibilidade do crédito, mantido o direito material dos credores. Inscrição em cadastro de inadimplentes e tabelionato de protestos. Possibilidade. En. 54 da Jornada de Direito Comercial I do CJF/STJ.

1. *Na recuperação judicial, apresentado o pedido por empresa que busca o soerguimento, estando em ordem a petição inicial - com a documentação exigida pelo art. 51 da Lei n. 11.101/2005 -, o juiz deferirá o processamento do pedido (art. 52), iniciando-se em seguida a fase de formação do quadro de credores, com apresentação e habilitação dos créditos.*

2. *Uma vez deferido o processamento da recuperação, entre outras providências a serem adotadas pelo magistrado, determina-se a suspensão de todas as ações e execuções, nos termos dos arts. 6º e 52, inciso III, da Lei n. 11.101/2005.*

3. A razão de ser da norma que determina a pausa momentânea das ações e execuções - *stay period* - na recuperação judicial é a de permitir que o devedor em crise consiga negociar, de forma conjunta, com todos os credores (plano de recuperação) e, ao mesmo tempo, preservar o patrimônio do empreendimento, o qual se verá liberto, por um lapso de tempo, de eventuais constrições de bens imprescindíveis à continuidade da atividade empresarial, impedindo o seu faticamento, além de afastar o risco da falência.

4. Nessa fase processual ainda não se alcança, no plano material, o direito creditório propriamente dito, que ficará indene - havendo apenas a suspensão temporária de sua exigibilidade - até que se ultrapasse o termo legal (§ 4º do art. 6º) ou que se dê posterior decisão do juízo concedendo a recuperação ou decretando a falência (com a rejeição do plano).

5. Como o deferimento do processamento da recuperação judicial não atinge o direito material dos credores, não há falar em exclusão dos débitos, devendo ser mantidos, por conseguinte, os registros do nome do devedor nos bancos de dados e cadastros dos órgãos de proteção ao crédito, assim como nos tabelionatos de protestos. Também foi essa a conclusão adotada no Enunciado 54 da Jornada de Direito Comercial I do CJF/STJ.

6. Recurso especial não provido.

(REsp 1.374.259/MT, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 02/06/2015, DJe 18/06/2015)

Recurso especial. Recuperação judicial. Contrato de cessão fiduciária de duplicatas. Incidência da exceção do art. 49, § 3º da Lei 11.101/2005. Art. 66-B, § 3º da Lei 4.728/1965.

1. *Em face da regra do art. 49, § 3º da Lei n. 11.101/2005, não se submetem aos efeitos da recuperação judicial os créditos garantidos por cessão fiduciária.*

2. Recurso especial provido.

(REsp 1.263.500/ES, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 05/02/2013, DJe 12/04/2013)

Ademais, ainda quanto ao conhecimento, penso que a recorrente interpôs o especial com fundamento nas alíneas “a” e “c”, sendo que, na hipótese, é possível o conhecimento em ambas as alíneas, seja por ter apontado devidamente os dispositivos de lei que teriam sido vulnerados - arts. 6º, § 4º, e 53 da Lei n. 11.101/2005; e 219 do NCPC - seja por trazer evidente divergência entre a jurisprudência dos Tribunais de segundo grau com relação à forma de contagem de prazos na recuperação judicial, não se limitando à transcrição de ementas.

3. Quanto ao principal ponto recursal, a controvérsia está em definir se, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, houve alteração na forma de cômputo dos prazos processuais no âmbito da recuperação judicial, passando de dias corridos para dias úteis ou, mais precisamente, se há incidência da forma de contagem de prazos definida pelo novo código processual no âmbito do microsistema da Lei n. 11.101/2005.

O Tribunal de origem, mantendo a decisão do magistrado de piso, afastou a aplicação do NCPC e a contagem em dias úteis, pelos seguintes fundamentos:

[...]

Em análise exauriente dos autos, verifico que não deve ser atendido o pedido da agravante, com relação à contagem dos prazos previstos nos artigos 6º, § 4º e 53, da Lei n. 11.101/2005 em dias úteis, sobretudo porque nos termos do art. 219, do CPC/2015, o novo critério de contagem de prazo em dias úteis restringe-se àqueles de natureza processual, confira-se:

Art. 219: Na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se somente aos prazos processuais.

*O caso específico versa sobre a Recuperação Judicial da empresa **Martplast Comércio de Embalagens Ltda.**, regulada pela Lei 11.101/2005, que visa*

equacionar os efeitos do inadimplemento e evitar a falência da empresa em questão, configurando, portanto, uma relação obrigacional de liquidação do patrimônio do devedor.

Dispõem os art. 6º, parágrafo 4º e art. 53, ambos da LRF:

Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.

(...)

§ 4º Na recuperação judicial, a suspensão de que trata o *caput* deste artigo em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias contado do deferimento do processamento da recuperação, restabelecendo-se, após o decurso do prazo, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial.

Art. 53 - O plano de recuperação será apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, sob pena de convalidação em falência, e deverá conter:

(...)

Como se vê da leitura dos supracitados dispositivos legais, a natureza dos prazos não é de cunho processual, a ensejar a aplicação do CPC/2015, porquanto não dizem respeito a incidentes processuais, a recursos ou à prestação jurisdicional. Logo, se a natureza do prazo é de cunho material, porquanto diz respeito à relação obrigacional e ao modo de exercitar os direitos, deverá ser observado o disposto na lei especial da recuperação judicial - Lei 11.101/2005.

Ademais, conforme salientado pelo juízo de primeiro grau a Recuperação Judicial é regulamentada por Lei específica, que não prevê a contagem de prazo em dias úteis e, por se tratar de lei especial a Lei 11.101/2005, se sobrepõe ao diploma processual civil.

Todavia, é importante observar que quando estabelecida a lógica dos prazos previstos na Lei 11.101/2005, levou-se em conta um sistema de prazos contínuos, sendo que o cômputo em dias úteis poderá gerar um prolongamento excessivo do procedimento de Recuperação Judicial da empresa que busca, em caráter de urgência, superar seus problemas econômicos-financeiros. Logo, não há que se falar em desacerto da decisão que indeferiu o pleito de contagem dos prazos na forma do CPC/2015, ou seja, em dias úteis e, portanto deve ser mantida a contagem de prazos nos termos previstos na Lei 11.101/2005, de forma contínua, em dias corridos.

[...]

É como voto.

(fls. 599-611)

4. Com efeito, é bem verdade que o advento do novo diploma processual, lastreado em cinco pilares - contraditório substancial, boa-fé objetiva, cooperação, efetividade e respeito ao autorregramento da vontade -, alterou, substancialmente, a forma de contagem dos prazos processuais que, ao contrário do Código Buzaid, passou a ser computado em dias úteis (art. 219).

Exsurge, a partir daí, intenso debate doutrinário e jurisprudencial a respeito da extensão de referido regramento, tais como se há sua incidência em sede de juizados especiais, na especialidade do procedimento de execução fiscal, no âmbito do regramento a respeito do infante e do adolescente, e no sistema de recuperação judicial.

Isso porque o Código de Processo Civil, na qualidade de lei geral, é, ainda que de forma subsidiária e supletiva, a norma a espelhar o processo e o procedimento no direito pátrio, sendo normativo suplementar aos demais institutos do ordenamento e, conquanto dispensável disposição expressa nesse sentido, em regra, o legislador tem afirmado e reafirmado tal normativo.

O *novel* diploma, aliás, é categórico em afirmar que “permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, as quais se aplicará supletivamente este Código” (art. 1.046, § 2º).

No que toca ao cerne da presente controvérsia, o CPC/2015 apresentou, como dito, nova fórmula para a contagem dos prazos, *verbis*:

Art. 219. Na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se somente aos prazos processuais.

É dispositivo voltado exclusivamente aos prazos processuais e, por conseguinte, resta mantido o cômputo na forma ininterrupta dos prazos materiais.

Por outro lado, os institutos da recuperação judicial e falência são extremamente complexos, não se restringindo “aos domínios do direito comercial. Contêm normas de direito público, civil, penal, processual penal e

processual civil, e busca em cada um desses ramos regras que, muitas vezes, são adaptadas especialmente para este ramo multidisciplinar do Direito” (CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de Direito Comercial*. vol. VII, Parte. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946, p. 60).

Nessa ordem de ideias, apesar de estabelecer microsistema próprio, com diversos dispositivos sobre processo e procedimento, a Lei de Recuperação e Falência (Lei 11.101/2005) acabou explicitando, em seu art. 189, que, “no que couber”, haverá incidência supletiva da lei adjetiva geral.

No ponto, com relação à referida incidência supletiva, importante trazer à baila as judiciosas ponderações do saudoso processualista Barbosa Moreira, ainda quando Desembargador, em seu voto, nos embargos infringentes na AC n. 5.856, de dezembro de 1978:

As regras constantes do Código de Processo Civil constituem o reservatório comum da disciplina de todos os feitos, desde que compatíveis com os diplomas legais extravagantes que lhes tracem o procedimento. Tal princípio já era proclamado pela doutrina sob o regime anterior (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil de 1939, 2ª ed., t. 1, p. 72; LEITE, Evandro Gueiros. Conflitos Intercontextuais de Processo. 1963, p. 43 e 100), entre outras excelentes razões por que, a não ser assim, ficariam sem disciplina, nos processos regulados por tais leis, matérias de suma importância, nelas não versadas, como a da capacidade das partes e modos de suprir-lhes a falta, a da contagem de prazos, a da nulidade de atos processuais, etc. Agora a norma expressa do art. 273 do Código em vigor não deixa margem a qualquer dúvida ‘O procedimento especial e o procedimento sumaríssimo – ali se diz – regem-se pelas disposições gerais do procedimento ordinário’, sem que se vislumbre no texto distinção alguma entre procedimentos especiais disciplinados no próprio Código e procedimentos especiais regulados em leis extravagantes. Deve, pois, entender-se que a aplicabilidade das regras codificadas aos procedimentos especiais não depende de remissão expressa que a elas façam as leis extravagantes. Tal remissão, onde exista, há de reputar-se meramente explicitante, relacionando-se talvez com o empenho do legislador em pré-excluir interpretação que negasse a incidência em determinado ponto específico, quando não sejam, pura e simplesmente, sinal de má técnica legislativa. Da eventual presença da remissão de modo algum se pode extrair, por descabida utilização do argumento a contrário sensu, a ilação de que só os dispositivos do Código a que se faz referência na lei extravagante se apliquem ao procedimento especial nela contemplado. O único pressuposto da incidência das regras codificadas é a inexistência, na lei extravagante, de disposições que com elas se choquem, ou, em termos mais genéricos, a incompatibilidade com a sistemática da lei extravagante”

(VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências* (Decreto-Lei 7.661, de 21 de junho de 1945). 4ª ed. rev. e atual. por J.A. Penalva Santos e Paulo Penalva Santos. V.1, Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 38-39).

Aliás, a aplicação subsidiária da lei adjetiva ao direito falimentar/recuperatório não constitui inovação no direito pátrio.

De fato, “embora a extensão da norma seja distinta, há diversos exemplos de códigos concursais que aplicam a mesma fórmula. Por exemplo, o art. 17 do Código de Insolvência e da Recuperação de Empresas - CIRE de Portugal determina que ‘O processo de insolvência rege-se pelo Código de Processo Civil, em tudo o que não contrarie as disposições do presente Código.’ De qualquer sorte, apesar de somente fazer referência aos processos de insolvência, entende-se aplicável o CPC também aos processos especiais de revitalização” (SCALZILLI, João Pedro. *Recuperação de empresas e falências*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 149).

5. Resta saber, portanto, se a forma de contagem em dias úteis é compatível com o microsistema da Lei n. 11.101/2005.

Realmente, não há dúvida dos influxos do *novel* normativo na disciplina dos demais diplomas extravagantes, sempre se mostrando necessário avaliar a melhor interface e suas possíveis repercussões, de acordo com a peculiaridade lógica de cada sistema, notadamente em razão das marcantes novidades instituídas (cômputo de prazos, incidente de desconsideração da personalidade jurídica, cabimento do agravo de instrumento, entre outros novos institutos).

Nesse passo, é importante enfatizar que a aplicação do CPC/2015, no âmbito do microsistema recuperacional e falimentar, deve ter cunho eminentemente excepcional, incidindo tão somente de forma subsidiária e supletiva, desde que se constate evidente compatibilidade com a natureza e o espírito do procedimento especial, dando-se sempre prevalência às regras e aos princípios específicos da LRF e com vistas a atender o desígnio da norma-princípio disposta no art. 47.

Realmente, a exportação legislativa voltada a suprir lacunas, deverá ocorrer “de forma harmônica com as suas regras especiais e em consonância com os seus princípios informadores, que hão de sempre prevalecer. Vigoram, no particular, os princípios da subsidiariedade e da especialidade: naquilo em que a Lei 11.101/2005 revelar-se omissa e desde que não venham a conflitar com a sua sistemática e os seus princípios especiais, aplicam-se os preceitos do Código

de Processo Civil” (ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. Coordenação de Francisco Satiro de Souza Junior e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo. 2ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 585).

6. Por isso, a doutrina se dividiu em basicamente duas correntes a respeito da forma da contagem dos prazos no procedimento especial da recuperação judicial e falência.

A primeira vem defendendo, em suma, a possibilidade de distinção entre prazos de natureza material e processual (e, para alguns, também de natureza mista ou material relativo) na Lei 11.101/2005 para fins de incidência do NCPC, permitindo, assim, o cômputo dos prazos em dias úteis quando for tipificado como processual (e quando for misto, para alguns).

A segunda corrente, que foi adotada, em parte, pelo Tribunal *a quo*, não autoriza a contagem de prazos em dias úteis simplesmente porque não se compatibilizam com a sistemática e a logicidade deste regime especial.

Em relação à exegese que autoriza a contagem em dias úteis, Manoel Justino Bezerra Filho, apesar de reconhecer a dificuldade desta interpretação, sustenta que os prazos da LRF que forem processuais ou materiais relativos deverão ser contados em dias úteis, sendo que o prazo que for tido por material absoluto somente poderá ser computado de forma contínua, cabendo à doutrina e à jurisprudência definirem, caso a caso, qual deverá ser a tipificação daquele determinado prazo:

12. O art. 219 do CPC estabelece que “na contagem de prazo em dias” computam-se “somente os dias úteis”, o que se aplica apenas aos “prazos processuais”. No entanto, o exame apenas do que seria “prazo processual” não será suficiente para encontrar a aplicação correta da lei. Apenas como exemplo, o prazo de 180 dias no parágrafo 4º do art. 6º é misto (processual e material); processual para o andamento da recuperação, material para o direito dos credores que têm suas ações suspensas; para alguns, deve ser considerado prazo de natureza apenas material. Já o mesmo prazo de 180 dias do § 3º do art. 49 é processual. Assim, determinar se um prazo é processual ou material não parece ser critério suficiente para encontrar a melhor aplicação da lei.

13. O que se propõe então, para trazer segurança jurídica, é classificar os prazos em: (i) prazo processual, (ii) prazo material absoluto e (iii) prazo material relativo. O prazo processual seguiria estritamente o CPC, como, por exemplo, o prazo para contestação (art. 98), para impugnação (art. 8), para objeção (art. 55) etc. O prazo material absoluto seria contado em dias corridos, sem aplicação do CPC, como, por

exemplo, o prazo da letra "a" do inc. II do art. 27; o prazo do art. 36; o prazo de 90 dias do parágrafo 1º do art. 117 etc. Já o prazo material relativo será contado de acordo com o CPC, computando-se somente os dias úteis, tais como o prazo de 180 dias do parágrafo 4º do art. 6º.

14. E qual seria o critério recomendável para distinguir prazo material absoluto do prazo material relativo (ou que outro qualificativo se queira dar). O material absoluto é aquele que corre de forma contínua porque não sofre interferência de outros atos ou prazos processuais em seu decurso. Isto ocorre, por exemplo, no prazo de 30 dias previsto na letra "a" do inciso II do art. 27. Já o prazo previsto no parágrafo 4º do art. 6º, embora prazo material (ou misto), depende, sem dúvida, da contagem de outros prazos de natureza processual e, por isto, este seria o típico prazo material relativo, pois será completado a partir de uma série de atos processuais, para os quais o prazo será contado em dias úteis.

15. Enfim, ao que parece, a simples determinação de tratar-se de prazo de direito processual ou de direito material não seria suficiente para que se determinasse o tipo de contagem, se em dias úteis ou corridos. O direito categoriza a realidade para exercer sobre ela (realidade), seu sistema de controle. Assim, a categorização aqui proposta em prazos materiais absolutos ou relativos teria a utilidade de permitir a fixação de um critério geral para a contagem dos prazos materiais contados em dias, com plena aplicação do novo CPC à LREF, na forma do que estabelece o art. 189 desta última, que prevê a aplicação subsidiária do CPC aos casos nela previstos.

16. Por outro lado, a doutrina e a jurisprudência determinariam, de forma segura, o que é prazo material absoluto e relativo, o que aqui não se tenta fazer por falta de espaço e pela forma genérica pela qual se optou para este rápido comentário. Seria extremamente simples, parece, determinar quais são os prazos materiais que sofrem influência da contagem de prazos processuais, o que os juízes ou tribunais fariam de forma extremamente segura, na atividade jurisdicional diária e, repita-se, frente à concretude dos casos em exame.

(BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: RT, 2018, p. 449-450)

Teresa Arruda Alvim Wambier em co-autoria com Arthur Mendes Lobo publicaram específico artigo sobre o tema, em que corroboram o entendimento de que o prazo de 180 dias, previsto no art. 6º, § 4º, da LRF, por ser processual, deverá ser computado em dias úteis, *verbis*:

Outro exemplo, é o prazo de suspensão por 180 dias dos processos (execuções e cobranças) na recuperação judicial (Lei 11.101/2005, artigo 6º). Esse prazo é processual, embora previsto em lei especial. Então, considerando que o novo CPC não excepcionou prazos processuais fixados em outras leis extravagantes (já que o

artigo 219 dispõe sobre prazos processuais fixados “por lei”, sem limitação dos prazos previstos nesta ou naquela lei), deverá, sim, ser contado em dias úteis.

(<<https://www.conjur.com.br/2016-mar-07/prazos-processuais-contados-dias-uteis-cpc>> acessado em 05/04/2018)

A professora destaca ainda que, em havendo dificuldades:

Na dúvida se o prazo é material ou processual, deve-se entender como processual, já que previsto para ser praticada determinada conduta pela parte ou por seu advogado dentro do processo. Realizado o ato, o mesmo deverá ser informado no processo gerando consequências na marcha processual? Se a resposta for positiva, então se trata de um prazo processual e, como tal, deve ser contado em dias úteis.

Esta solução deve ser construída a partir de um acordo na comunidade jurídica. Se houver discussão quanto ao termo final dos prazos processuais, por filigranas jurídicas ou vaidade intelectual, principalmente quanto à classificação de um prazo como material ou processual, teremos uma enorme insegurança jurídica com consequências incalculavelmente nefastas para o jurisdicionado.

Há situações em que não se têm dúvidas a respeito de certo prazo ser material, e portanto deverá ser contado em dias corridos. É o caso, por exemplo, de prazo prescricional, prazo decadencial ou um prazo para pagar o preço de uma mercadoria em um contrato de compra e venda. Sim, nestes casos não há dúvida de que se refere à pretensão ou a direito material, porque sua contagem, a obrigação a ser cumprida ou o ônus obrigacional, independem da existência de um processo.

Porém, se um prazo é previsto em uma norma processual, ainda que não integrante do novo CPC, este deve ser contado, sim e sempre, em dias úteis, ainda que se possa eventualmente dizer, com bons argumentos, que, no fundo, se trataria de um prazo material, de modo a evitar confusão e insegurança jurídica.

Na verdade, parece evidente a tormentosa dificuldade que é a definição sistemática de um perfil teórico e, principalmente, pragmático, do que deve ser considerado prazo processual (de forma) ou material (de fundo) ou, ainda, híbrido no âmbito do hermetismo próprio da lei falimentar, voltada e estruturada de modo a viabilizar a situação de crise do devedor.

Aliás, no ponto, destaca a doutrina especializada que:

A tormentosa discussão sobre a natureza jurídica da falência e a natureza de suas normas tem histórico e movimento pendular tende a ser historicamente favorável à corrente processualista. Segundo Brunetti, a distinção entre regras processuais e materiais remonta ao movimento de codificação francês do século XIX, embora o

fundamento da diferenciação e a classificação das regras, desde aquela época, não estivessem embasados em critérios bem definidos, ordenados e lógicos (científicos, nas palavras do autor).

A despeito disso, o caráter híbrido dessas normas é amplamente reconhecido pela doutrina francesa, a ponto de Thaller declarar que a matéria falimentar constitui um regime indivisível, estando as regras de fundo intimamente conectadas ao emprego do processo legal.

Essa perspectiva conquistou adeptos de renome, tais como Vivante, citado por Carvalho de Mendonça, para quem “o instituto da falência não pertence às leis substanciais, porque não se propõe a determinar direitos; pertence antes às leis processuais, porque o seu escopo essencial é reconhecer direitos já existentes por ocasião abertura da falência, a fim de satisfazê-los em medida do dividendo (...).

A lógica da diferenciação parece ser a seguinte: as regras materiais estariam relacionadas aos pressupostos da falência (e da recuperação judicial ou extrajudicial) e aos efeitos que se refletem nas relações patrimoniais do devedor insolvente (ou em recuperação) e nos direitos dos seus credores, ao passo que as regras processuais teriam conexão com a organização administrativa dos procedimentos especiais decorrentes da quebra (e da recuperação judicial ou extrajudicial).

Ocorre que, como destaca Bonelli, um dos responsáveis pela investigação científica mais profunda sobre o tema na Itália, as modificações nas relações materiais de direito, efeitos do estado de insolvência, se produzem somente depois de juridicamente declarado este estado e para o efeito de tornar possível o processo da liquidação e da distribuição. A parte de direito material é por isso, na falência, essencialmente subordinada à parte processual e conexa a ela.

O alerta de Bonelli quanto à subordinação das regras materiais aos gatilhos jurídicos acionados pelas regras processuais nos regimes da crise foi bem capturado por Carvalho de Mendonça, para quem “O direito material está tão preso ao processual, como no corpo humano a carne aderente aos ossos”.

Assim, como corretamente sintetizam Umberto Navarrini e Renzo Provinciali, o entorno do processo de falência se delinaria e se desenvolveria com uma série de institutos, normas de direito substancial (que definem, por exemplo, o estado de insolvência), mas, inegavelmente, sua armadura legislativa prevalente seria de direito processual.

Embora relevante para a sistemática dos regimes da crise, a preocupação com a identificação de um critério científico definitivo para distinguir a natureza da norma jurídica falimentar/recuperatória, regerar e modelar os efeitos decorrentes da relação entre direito material e processual não se manteve presente na doutrina pátria.

Efetivamente, os autores mais contemporâneos reconhecem a diferenciação (sem aprofundar sua causa ou seus efeitos) e sustentam a coexistência de regras de direito material e de direito processual na Lei 11.101/2005, considerando, inclusive, esta feição híbrida como um traço peculiar e marcante desse

microsistema - reconhecendo-se, todavia, que a LREF abandonou o caráter excessivamente processualista adotado pelo Decreto-Lei 7.661/1945.

Ocorre que o reconhecimento doutrinário quanto à coexistência de regras distintas no corpo da LREF é absolutamente insuficiente para o enfrentamento dos problemas jurídicos daí decorrentes. De mais a mais, os princípios suscitados para embasar a diferenciação (i.e., a alegada subordinação da parte de direito material à parte processual, a necessidade de cumprimento de ato de natureza processual para o cumprimento de prazo previsto na LREF ou, ainda, a relação jurídica obrigacional que subjaz as regras de direito material de criação e/ou extinção de direitos) também não nos parecem suficientes sequer para justificar a diferenciação legal entre as duas espécies de prazos, muito menos para encerrar a discussão.

(SCALZILLI, João Pedro. *Recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 151-155)

No ponto, diante do intenso debate sobre a tipificação do prazo de suspensão do art. 6, § 4º, da LRF, trago à baila interessante ponderação de Daniel Carnio Costa, que acaba por confirmar a dificuldade prática da adoção do CPC:

Questão interessante surge em relação ao prazo de suspensão das ações e execuções ajuizadas contra a empresa em recuperação judicial (automatic stay). O prazo de 180 dias de suspensão das ações e execuções movidas contra a recuperanda (automatic stay), previsto no artigo 6º, parágrafo 4º e no artigo 53, III, ambos da LRF, deve ser considerado, tecnicamente, como prazo material.

Isso porque, esses dispositivos não determinam tempo para a prática de ato processual. Assim, em tese, tal prazo não seria atingido pela nova regra do artigo 219 do novo CPC.

Entretanto, deve-se considerar que o prazo de “automatic stay” tem origem na soma dos demais prazos processuais na recuperação judicial. O prazo de 180 dias foi estabelecido pelo legislador, levando em consideração que o plano deve ser entregue em 60 dias, que o edital de aviso deve ser publicado com a antecedência mínima, que os interessados têm o prazo de 30 dias para a apresentação de objeções e que a AGC deve ocorrer no máximo em 150 dias.

Nesse sentido, a intenção do legislador foi estabelecer um prazo justo e suficiente para que a recuperanda pudesse submeter o plano de recuperação judicial aos seus credores já classificados de forma relativamente estável, vez que promovida a análise dos créditos pelo administrador judicial e para que o juízo pudesse fazer sua análise de homologação ou rejeição. Vale dizer, foi a soma dos prazos processuais que determinou o prazo de 180 dias de suspensão das ações e execuções contra a empresa devedora.

O prazo do “automatic stay” não se estabelece em função da proteção dos interesses de credores, nem da devedora. A razão de existir da suspensão das ações e execuções contra o devedor é viabilizar que a negociação aconteça de forma equilibrada durante o processo de recuperação judicial, sem a pressão de credores individuais contra os ativos da devedora que devem ser preservados para o oferecimento de plano de recuperação judicial que faça sentido econômico como forma de proteger o resultado final do procedimento, qual seja, a preservação dos benefícios econômicos e sociais decorrentes da manutenção das atividades da devedora (empregos, recolhimento de tributos, circulação de bens, produtos, serviços e riquezas).

Diante disso, a interpretação de que o prazo de “automatic stay” deva ser contado em dias corridos, quando os demais prazos processuais na recuperação judicial se contarão em dias úteis, poderá levar à inviabilidade de realização da AGC e da análise do plano pelos credores e pelo juízo dentro dos 180 dias.

Em consequência, duas situações igualmente indesejáveis poderão ocorrer: o prazo de 180 dias será prorrogado pelo juízo como regra quando a lei diz que esse prazo é improrrogável e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) diz que a prorrogação é possível, mas deve ser excepcional; ou o juízo autorizará o curso das ações e execuções individuais contra a devedora, em prejuízo dos resultados úteis do processo de recuperação judicial.

Dessa forma, tendo em vista a circunstância de que o prazo do “automatic stay” é composto pela soma de prazos processuais e a necessidade de preservação da unidade lógica da recuperação judicial, conclui-se que também esse prazo de 180 dias deve ser contado em dias úteis.

(A recuperação judicial no novo CPC. Valor econômico. Rio de Janeiro, 1 e 2 mai. 2016,. Legislação e Tributos, p. E2).

7. De outra parte, é interessante notar que o novo sistema de insolvência empresarial brasileiro abandonou o movimento pendular das legislações até então observadas no cenário mundial, cuja ênfase era pela liquidação dos ativos da empresa em crise, seja prestigiando os interesses dos credores, ou ora pendendo pela proteção dos interesses do devedor e, via de regra, deixando de lado a manutenção da atividade produtiva como resultado da superação da crise da empresa.

Agora, pela teoria da superação do dualismo pendular, há consenso na doutrina e no direito comparado no sentido de que a interpretação das regras da recuperação judicial deve prestigiar a preservação dos benefícios sociais e econômicos que decorrem da manutenção da atividade empresarial saudável, e não os interesses de credores ou devedores, sendo que, diante das várias interpretações possíveis, deve-se acolher aquela que buscar conferir maior ênfase à finalidade do instituto da recuperação judicial.

Assim, apesar dos substanciosos fundamentos e da doutrina de escol que defende esta primeira corrente, que, inclusive, aponte em sede doutrinária (apesar de ter destacado que se tratava de “uma primeira análise”) e sem efetuar qualquer juízo de valor sobre o propósito do legislador em separar, na sistemática do CPC/2015, as duas espécies de normas jurídicas (*in* “Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência, teoria e prática”, Editora Forense, 3ª edição, página 343), penso que a corrente que afasta a incidência da contagem de prazos em dias úteis, reconhecendo o cômputo em dias corridos, ininterruptos, é a que melhor se coaduna com a especialização do procedimento disposto na Lei n. 11.101/2005, conferindo maior concretude às suas finalidades.

De fato, primeiro porque, em melhor exame sistemático da questão, penso que é esta forma de contagem que preserva a unidade lógica da recuperação judicial: alcançar, de forma célere, econômica e efetiva, o regime de crise empresarial, seja pelo soerguimento econômico do devedor e alívio dos sacrifícios do credor, na recuperação, seja pela liquidação dos ativos e satisfação dos credores, na falência.

Nesse passo, não se pode perder de vista que há processo de sacrifício que clama por solução rápida, de modo a interromper o estado maior de incerteza quanto à insolvência ou à recuperabilidade, diante de quadro com limitação dos poderes do devedor e com restrição aos direitos do credor, em que a busca pela eficiência dos resultados é pulsante, não se devendo alongar o procedimento para além do definido na norma, sob pena de colocar em risco a tentativa do empresário de evitar a sua falência.

Realmente, o microssistema recuperacional e falimentar foi pensado em espectro lógico e sistemático peculiar, com previsão de uma sucessão de atos, em que a celeridade e a efetividade se impõem, com prazos próprios e específicos, que, via de regra, devem ser breves, peremptórios, inadiáveis e, por conseguinte, contínuos, sob pena de vulnerar a racionalidade e a unidade do sistema, engendrado para ser solucionado, em regra, em 180 dias depois do deferimento de seu processamento.

É o que destaca, no ponto, Sérgio Campinho:

Nosso convencimento se forma em canal diverso.

Os processos de falência e de recuperação judicial buscam uma solução para a crise da empresa e assim o sendo, reclamam agilidade de processamento para que se alcance a desejável eficiência de resultado.

No processo de falência, em que se visa, por explicitação normativa, a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos, urge, segundo mandamento legal expresso, sejam atendidos os princípios da celeridade e da economia processual (art. 75), preferindo, ainda, o processo de falência e seus incidentes, a todos os outros na ordem dos feitos, em qualquer instância (art. 79). E essas celeridade e prioridade comungam naturalmente para eficazmente se alcançar o desiderato de todo processo concursal, qual seja o da satisfação, da melhor forma possível, dos credores do devedor comum.

No processo de recuperação judicial, apesar de não se identificar regra explícita sobre o princípio da celeridade como se tem para o processo de falência, nem por isso fica ele divorciado de seu processamento. Os critérios informadores do princípio da celeridade vêm reafirmados pelo sistema legal, estruturado para garantir a duração razoável desse processo, estabelecida segundo mecanismo particular, a partir da especificidade que lhe é inerente, desenhando procedimento especialíssimo que ordinariamente repudia dilatações.

Não se perca de vista que é processo de sacrifício, em que se limitam os poderes do devedor e se restringem os direitos dos credores e, por isso mesmo, reclama uma célere solução.

Ademais, também se deve considerar que o processo de recuperação judicial, por si só, já implica perda do valor dos ativos e do próprio negócio do devedor, além de real restrição de acesso ao crédito. O estado de incerteza que cerca o processo recuperatório quanto ao futuro da empresa exercida pelo devedor está diretamente relacionado com a duração do processo.

Por tudo isso é que a Lei n. 11.101/2005 adota um regime peculiar de prazos, que são breves, peremptórios e inadiáveis. E assim devem ser observados e obedecidos, salvo situações extraordinárias. O escopo é o de obter solução para a crise em razoável espaço de tempo (e.g. o prazo para a realização da assembleia geral de credores que não deverá exceder de 150 dias do deferimento do processamento da recuperação - § 1º do art. 56 - e o prazo de suspensão das ações e execuções que, como regra de princípio, não deverá exorbitar de 180 dias, também contado do deferimento do processamento da recuperação - § 4º do art. 6º).

Toda a engenharia de prazos no processo de recuperação judicial aponta ordinariamente para a obtenção de uma solução final para o pedido de recuperação em 180 dias do deferimento de seu processamento - ressalvadas, por medida de justiça, situações de excepcionalidade aliviando, ao seu fim, o sacrifício dos credores, sob a crença de que o prazo de 180 dias seria suficiente para a confecção e apresentação do plano de recuperação judicial, sua sujeição à deliberação da assembleia geral de credores e decisão judicial final.

Assim, o prazo de 180 dias previsto para a suspensão das ações e execuções, determinado a partir dessa perspectiva de marco para obtenção do resultado do processo de recuperação judicial, suscita interessante reflexão.

Quanto à sua natureza, parece evidente tratar-se de um prazo material. Mas esse prazo é considerado a partir do somatório de diversos outros prazos de natureza processual. Os 180 dias tomam em conta, como já se consignou alhures, o prazo que o devedor desfruta para apresentar seu plano, o prazo para a objeção dos credores e o prazo de realização da assembleia geral de credores. Se todos esses prazos processuais não forem contados em dias corridos, desmantela-se o sistema legal concebido para estabelecer um prazo razoável para o devedor apresentar o seu plano de recuperação em juízo, ser ele submetido ao crivo de seus credores e ao derradeiro controle de legalidade e legitimidade exercido pelo juiz.

Do contrário, a solução seria ampliar esse prazo de 180 dias para a suspensão das ações e execuções individuais dos credores, contando-o em dias úteis, conforme alguns têm sustentado, apesar de se reconhecer que ele não desfruta de natureza processual. Mas essa não se mostra, em nossa opinião, como sendo a mais adequada. Primeiro, porque confronta com o disposto no Código de Processo Civil de 2015, que determina a contagem em dias úteis apenas para os prazos processuais. Soa de todo incoerente ter que violar uma norma do art. 219 do indigitado Código - de que os prazos materiais são contados de modo corrido - para aplicar uma outra nele mesmo traduzida - de que os prazos processuais são contados em dias úteis. Se não se tem como preservar a unidade da inteligência que se extrai do prefalado art. 219 da lei processual geral na sua transposição para o processo de recuperação judicial, é porque o preceito se mostra incompatível com o regime de prazos estruturado no processo de recuperação judicial. Não é capaz, em outros termos, de interagir com o sistema da lei especial e a ele se integrar.

Segundo, porque restariam subvertidos os princípios da celeridade e da razoável duração do processo, próprios, como se disse, para orientar e dirigir os processos de sacrifício.

Temos, destarte, que o regime de contagem dos prazos processuais em dias úteis contemplado no Código de Processo Civil de 2015 não se coaduna com a especialização dos processos tratados na Lei n. 11.101/2005. O curso dos prazos em dias previsto na Lei de Falência e Recuperação de Empresas deve ser corrido, independentemente da natureza processual ou material, sob pena de se vulnerar a racionalidade e a unidade do sistema jurídico estruturado pela lei especial e o seu próprio fim.

(CAMPINHO, Sérgio. *Curso de direito comercial: falência e recuperação de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 422-426)

Também é a conclusão de Fábio Ulhoa Coelho:

Naturalmente, a entrada em vigor do Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) suscitou diversas questões relativamente à aplicabilidade de suas inovações ao processo falimentar ou recuperacional. As principais são as seguintes:

[...]

5) Incidente de desconsideração da personalidade jurídica (art. 134, § 3º): descabe a suspensão do processo falimentar ou recuperacional em razão da instauração do incidente, ficando sobrestados, evidentemente, apenas os atos que dependem do julgamento desta.

6) *Amicus curiae* (art. 138): plenamente admissível na falência e na recuperação judicial.

7) Negócio jurídico processual (art. 190): também é admissível, na falência e na recuperação judicial, sendo a assembleia de credores um ambiente propício para a sua discussão. Atente-se, porém, que não se trata de deliberação da maioria dos componentes deste órgão, mas de autocomposição, de modo que a unanimidade é pressuposto para a conclusão válida e eficaz do negócio jurídico processual.

8) *Contagem dos prazos judiciais em dias úteis* (art. 219): o melhor entendimento é a da inaplicabilidade, pura e simples, desta inovação aos feitos falimentares ou recuperacionais, tendo em vista a “coerência interna” dos prazos fixados na LF. Têm, contudo, prevalecido os esforços interpretativos visando distinguir quais prazos desta lei classificar-se-iam especificamente como “judiciais”.

9) Incidente de demandas repetitivas (art. 982): inaplicabilidade aos feitos falimentares e recuperacionais da regra de suspensão derivada da instauração do incidente, por sua incompatibilidade com a dinâmica e os objetivos próprios destes feitos.

10) Agravo de instrumento (art. 1.015): em vista do sistema recursal próprio dos feitos falimentares e recuperacionais (ver nota 419), cabe o recurso mesmo que a decisão interlocutória não se enquadre especificamente em nenhuma das hipóteses estabelecidas pelo CPC.

(COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas*. 3. ed. Em e-book, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, comentários ao art. 189)

Além do mais, em segundo lugar, apesar dos esforços interpretativos na distinção dos prazos da Lei 11.101/2005, reconhecendo-se a coexistência de regras distintas no corpo da norma para fins de sua contagem, além de insuficientes para o enfrentamento da questão, depara-se com um “desordenamento” de sua sistemática que, muitas vezes, é formada por um plexo normativo que, ao mesmo tempo, os tipifica como processual e material, inclusive porque, em sua maioria, tais prazos são intimamente conectados e imbricados.

Na verdade, como visto, mostra-se árdua e complexa a tarefa de definir e distinguir os prazos em processuais e/ou materiais, não existindo entendimento teórico satisfatório, com critério seguro e científico para tais distinções.

Ademais, em terceiro, porque, ao que se constata, a adoção de tal aplicação do NCPC acabaria trazendo uma série de perplexidades, incorrendo em mais contratempos (e litígios) do que soluções, importando em ausência de utilidade prática e conveniência da separação e, pior, a adoção poderá trazer evidentes riscos à harmonia sistêmica da LRF.

No ponto, importante trazer as lapidares lições dos clássicos Carvalho de Mendonça e Sampaio de Lacerda sobre a impossibilidade prática e a inconveniência da separação entre a parte material e a formal do instituto da falência, *verbis*:

Admitir na disciplina da falência dois compartimentos distintos [...] tentar uma separação entre o fundo e a forma, entre o que chamam de direito material ou substantivo e direito formal ou adjetivo, é criar fantasia, é negar os princípios dos quais se partiu, é complicar o que tão simples se apresenta.

Teoricamente poder-se-á distinguir numa lei de falências a parte material da parte formal. É fácil dizer que na primeira se compreende a determinação do estado de falência, os efeitos jurídicos da sua declaração judicial, os direitos dos credores concorrentes, as normas sobre a revogação dos atos praticados pelo devedor antes dessa declaração, os direitos do falido e sua condição jurídica depois de encerrado o processo, e que na segunda se contemplam as normas ou as regras processuais sobre as suas relações entre o falido e os credores.

Desarticular, porém, a parte material da formal para entregar àquela à União e Estados é demolir o instituto, pois tão entrelaçadas se acham as disposições de uma com as da outra que reciprocamente se completam, produzindo um todo sistemático e harmônico.

[...]

O preclaro VIVANTE, na conferência no Círculo Jurídico de Roma, em fevereiro de 1901, sobre a tese *Il fallimento civile*, afirmou: “o instituto da falência não pertence às leis substanciais, porque não se propõe a determinar direitos; pertence antes às leis processuais, porque o seu escopo essencial é reconhecer direitos já existentes por ocasião da abertura da falência, a fim de satisfazê-los em medida de dividendo”.

Eis uma opinião de subido valor, à qual poderiam eles apegar-se.

Outro escritor italiano, BONELLI, examinando o caráter da falência, escreveu também: “Costuma-se separar no direito de falência uma parte de direito material e outra de direito formal ou puramente processual; a primeira compreendendo as normas sobre os pressupostos da falência, e os efeitos que se refletem nas relações patrimoniais do devedor insolvente e nos direitos dos seus credores; a segunda contendo as normas relativas à organização administrativa e aos diversos processos especiais a que a falência dá lugar. Veremos, entretanto,

que também aquelas modificações nas relações materiais de direito, efeitos do estado de insolvência, se produzem somente depois de judicialmente declarado este estado e para o efeito de tornar possível o processo da liquidação e da distribuição. A parte de direito material é por isso na falência, essencialmente subordinada à parte processual.

(CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, v. VII, Livro V. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, p. 29-32).

Distingue-se na legislação falimentar a parte material ou substantiva da parte formal ou adjetiva, embora estejam tão vinculadas que não seria de conveniência separá-las.

(LACERDA, Sampaio J.C. *Manual de direito falimentar*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, p. 30)

Com efeito, a contagem em dias úteis poderá colapsar o sistema da recuperação quando se pensar na velocidade exigida para a prática de alguns atos e, por outro lado, na morosidade de outros, inclusive colocando em xeque a isonomia dos seus participantes, haja vista que incorreria numa dualidade de tratamento.

Por exemplo, “o prazo de 60 dias para a apresentação, pelo devedor, do plano de recuperação judicial, transcorrerá em dias corridos, de forma ininterrupta, ao passo que o prazo de 30 dias para apresentação de objeção, por parte dos credores, ao mesmo plano, poder-se-ia entender como computado em dias úteis” (SCALZILLI, João Pedro. *Recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 157).

Alem disso, “a interpretação de que o prazo de “*automatic stay*” deva ser contado em dias corridos, quando os demais prazos processuais na recuperação judicial se contarão em dias úteis, poderá levar à inviabilidade de realização da AGC e da análise do plano pelos credores e pelo juízo dentro dos 180 dias” (COSTA, Daniel Carnio *A recuperação judicial no novo CPC. op.cit.*, p. E2).

Enfim, a diferenciação na contagem dos prazos acabará por “desmantelar o sistema legal concebido para estabelecer um prazo razoável para o devedor apresentar o seu plano de recuperação em juízo, ser ele submetido ao crivo de seus credores e ao derradeiro controle de legalidade e legitimidade exercido pelo juiz” (CAMPINHO, Sérgio. *Op. cit.*, p. 426).

Portanto, diante desse exame sistemático dos mecanismos engendrados pela lei de recuperação e falência, penso que, na hipótese, os prazos de 180 dias de suspensão das ações executivas em face do devedor (LRF, art. 6, § 4º) e de 60

dias para a apresentação do plano de recuperação judicial (LRF, art. 53, *caput*) deverão ser contados de forma contínua.

8. Por fim, quanto aos demais pontos do recurso, especialmente no que concerne à violação aos artigos 47 e 49, § 3º, da Lei 11.101/2005, o recurso não tem como prosperar.

Colhe-se do acórdão recorrido que:

Com relação ao pedido de impedimento de retirada de bens da empresa agravante, verifica-se que muito embora não tenha informação nos autos de que a posse da empresa está sendo ameaçada, o art. 49, § 3º, da Lei 11.101/2005, em sua parte final, veda a retirada ou venda do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais à sua atividade empresarial, durante o prazo de suspensão da recuperação judicial a ele deferida, in verbis:

Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

(...)

§ 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

Dessa forma, da leitura do referido dispositivo, verifica-se que o impedimento de venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º, do art. 6º, da Lei 11.101/2005 decorre do deferimento do processo de recuperação judicial, razão pela qual deve ser deferido o impedimento da retirada de bens essenciais à atividade empresarial da agravante.

Nesse sentido a jurisprudência deste Eg. Tribunal de Justiça:

[...]

Quanto ao pedido de expedição de ofício ao Banco Central, conforme bem observado pela MMª. Juíza, atualmente os bloqueios de numerários são feitos através do sistema BACENJUD, incumbindo ao Juiz de cada processo efetivar o bloqueio por meio do referido sistema conveniado.

Logo, caso a recuperanda pretenda que os estabelecimentos bancários deixem de efetivar bloqueios de valores em conta corrente oriundos de dívidas da recuperação judicial, deverá apresentar planilha ao juízo informando sobre a dívida, o estabelecimento bancário e o valor do desconto, não havendo motivo, portanto, para acolhimento do referido pleito.

Por fim, no que se refere ao pedido de liberação de 100% das travas bancárias, depreende-se dos autos que a ora agravante em aditamento a inicial requereu ao juízo de origem fosse determinado à Caixa Econômica Federal e ao Banco do Brasil se abster de reter os créditos oriundos de vendas dos produtos da requerente e, subsidiariamente, pugnou fossem as retenções limitadas a 10% (dez por cento) dos valores provenientes de seu faturamento.

Ao proferir a decisão agravada a Magistrada deferiu a tutela de urgência requerida para determinar à Caixa Econômica Federal e ao Banco do Brasil, no sentido de limitar as retenções denominadas “travas bancárias” em 10% dos valores oriundos do faturamento da empresa, sob o fundamento de que:

(...) a retenção de todos os valores recebidos pela recuperanda em virtude da realização de suas atividades prejudicaria o exercício regular de suas ocupações, comprometendo o cumprimento das obrigações da requerente, inclusive as relativas ao pagamento de seu quadro de funcionários.

Ademais, tal provimento é reversível, e sua concessão não onera as instituições bancárias, instituições financeiras de grande porte, que não deixarão de receber o que lhes é devido, mas apenas ajustarão o valor das retenções à capacidade financeira da parte autora (...).

De tal modo, verifica-se que acolhendo o pedido subsidiário da agravante, o julgador monocrático foi condizente com a necessidade de manutenção das atividades empresariais da recuperanda quanto ao cumprimento de suas obrigações, observando ao princípio da preservação da empresa e, ao mesmo tempo, do exercício dos direitos das instituições financeiras. De tal modo, também não há falar em desacerto da r. decisão agravada no que tange a esse pedido.

Nesse diapasão, demonstrado o risco de dano à empresa, tão somente, com relação ao indeferimento do pedido de impedimento de retirada de bens da agravante, deve ser parcialmente reformada a decisão, para deferir tal pleito no sentido de determinar o impedimento da retirada de bens da empresa agravante, nos termos da parte final do § 3º, art. 49, da Lei 11.101/2005.

Desta feita, no que toca à negativa de vigência ao art. 49, § 3º, da LRF, argumenta a recorrente que não é permitida a retirada de bens de capital essenciais à atividade empresarial enquanto perdurar o prazo de suspensão das ações.

No entanto, o agravo de instrumento da recorrente foi provido, tendo o Tribunal *a quo* determinado justamente que não ocorra a retirada de bens essenciais à empresa.

Assim, no ponto, falece interesse recursal à parte.

Nesse sentido:

Processo Civil. Recurso especial. Execução para entrega de coisa incerta. Depositário judicial. Responsabilidade pelos frutos civis advindos da coisa depositada (gado). Ausência de interesse em recorrer. Configurada. Violação do art. 535 do CPC. Inocorrência.

1. A violação ao art. 535 do CPC não está configurada, uma vez que o Tribunal de origem se pronunciou de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, sendo certo que o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte sempre que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

2. A decisão cuja parte dispositiva é favorável ao recorrente denota a ausência de interesse em recorrer.

[...]

8. Recurso especial não conhecido.

(REsp 1.117.644/MS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 16/09/2014, DJe 07/10/2014)

Ademais, verifica-se que os fundamentos exarados no aresto não foram devidamente impugnados, limitando-se a afirmar que o artigo 47 da LRF tem como objetivo viabilizar a superação da crise econômico-financeira do devedor, de modo que o bloqueio de numerários em suas contas inibiria tal possibilidade.

Deixou, assim, de impugnar fundamento suficiente do acórdão recorrido, qual seja, de que, na espécie, não seria o caso de determinar a expedição de ofício ao BACEN, tendo em vista que, pela sistemática atual, eventuais bloqueios de numerários serão realizados pelo sistema BacenJUD, incumbindo ao magistrado do caso analisar sobre a conveniência da medida.

Incidência, portanto, da Súm 283 do STF: “*é inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles*”. Ademais, deixando de demonstrar a efetiva violação ao dispositivo infraconstitucional, evidenciada está a deficiência na fundamentação do recurso, apta a atrair a incidência da Súmula 284/STF.

Por fim, no tocante à trava bancária, é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça “no sentido de que os créditos garantidos por cessão fiduciária

não se submetem ao plano de recuperação, tampouco a medidas restritivas impostas pelo juízo da recuperação” (art. 49, § 3º, da Lei 11.101/2005)” (AgInt no CC 145.379/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Segunda Seção, julgado em 13/12/2017, DJe 18/12/2017).

Apesar disso, alterar o entendimento do Tribunal *a quo*, na espécie, incorreria em *reformatio in pejus*, haja vista a falta de irrisignação dos interessados.

9. Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.714.339-BA (2015/0011317-5)

Relator: Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região)

Recorrente: Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotores Ltda

Advogados: Carlos Mário da Silva Velloso Filho - DF006534

Sérgio Carvalho - DF005306

Marcelo Cintra Zarif e outro(s) - BA000475B

Renata Fernandes Hanones Carpaneda - DF039487

Recorrido: Cavepel Veículos e Peças Ltda

Advogados: Celso Luiz Braga de Castro e outro(s) - BA004771

Vivian Vasconcelos dos Reis Santos - BA033531

EMENTA

Recurso especial. Ação de rescisão de contrato. Concessionária de veículos. Intencional redução das cotas de veículos. Inviabilização do negócio. Cabimento das indenizações postuladas. Limitação das reparações ao estabelecido na Lei 6.729/1979.

1. Não configura ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil de 1973 o fato de o Tribunal de origem, embora sem examinar individualmente cada um dos argumentos suscitados, adotar fundamentação contrária à pretensão da parte recorrente, suficiente para decidir integralmente a controvérsia.

2. Alegação de inépcia da inicial, diante do pedido de manutenção do contrato, incompatível com o pedido de rescisão do contrato. Insubsistência, por se tratar de mera reiteração do objeto da medida cautelar preparatória, não conflitando com o pedido primordial da ação de rescisão.

3. Quanto à responsabilidade pela resolução do contrato e à inviabilização da subsistência da empresa autora, a reforma do acórdão recorrido demandaria o revolvimento do suporte fático-probatório dos autos. Incidência da Súmula 7/STJ.

4. Relativamente ao arbitramento das indenizações e à aplicabilidade excludente, ou não, da Lei 6.729/1979, o acórdão recorrido destacou que a hipótese não se limita à parcela restritiva determinada pelo art. 24 da citada lei, reportando-se ao descumprimento da liminar pela demandada.

5. Em se tratando de responsabilidade contratual, o termo inicial para a incidência dos juros de mora é a data da citação.

6. É possível constatar, sem necessidade de revolvimento dos elementos fáticos dos autos, que houve decaimento considerável, e não mínimo, da parte autora, o qual não se pode desprezar, devendo ser reconhecida a sucumbência recíproca.

7. Recurso especial parcialmente provido, para determinar a incidência dos juros de mora a partir da citação e reconhecer a ocorrência de sucumbência recíproca.

ACÓRDÃO

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista da Ministra Maria Isabel Gallotti dando parcial provimento ao recurso especial em maior extensão que o relator, a Quarta Turma, por maioria, decide dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do relator. Vencidos, em parte, a Ministra Maria Isabel Gallotti e o Ministro Antonio Carlos Ferreira. Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão e Marco Buzzi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de junho de 2018 (data do julgamento).

Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região), Relator

DJe 8.8.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região): Trata-se de recurso especial interposto por *Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotores Ltda*, com fundamento nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, contra acórdão do eg. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, assim ementado (e-STJ, fl. 1.250):

Apelação cível. Sentença em ação ordinária de rescisão de contrato. Concessionária de veículos e peças. Agravo retido, improvido.

Preliminar de impossibilidade jurídica do pedido de manutenção do contrato, insubsistente. Reiteração da liminar já concedida na cautelar preparatória.

Mérito. Comprovadas as alegações e intencional redução de quotas pelo fornecedor. Inviabilização do negócio. Cabíveis as indenizações postuladas.

Irregularidades administrativas e financeiras do concessionário não justificam redução no fornecimento de bens, ao alvedrio do fornecedor. Inaplicável as limitações das reparações, art. 24, III, da Lei 6.729/1979, diante do descumprimento da liminar concedida, motivando paralisação involuntária das atividades do concessionário. Bem aplicadas verbas indenizatórias, apuradas em perícia, bem assim os juros de mora e a verbas de honorários. Mantém-se a decisão de primeiro grau, bem ancorada nas provas documentais, testemunhos e perícia.

Rejeita-se a preliminar e nega-se provimento ao agravo retido e recurso de apelação. (e-STJ, fl. 1.250)

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados.

Nas razões do recurso especial, a recorrente aponta, além de dissídio jurisprudencial, ofensa aos artigos 21, 219, 267, IV, 292, § 1º, I, 295, parágrafo único, III e IV, e 535, II, do CPC/1973, 22, III, e 24, III, da Lei 6.729/1979, 402 e 405 do Código Civil.

Além de negativa de prestação jurisdicional, sustenta a inépcia da inicial, diante da incompatibilidade entre as pretensões de manutenção da avença e de indenização pelo seu desfazimento.

Alega que a resilição da avença não pode ser imputada à recorrente, e sim à recorrida, devido ao descumprimento de obrigações contratuais.

Defende ser juridicamente impossível a acumulação de indenização segundo a Lei 6.729/1979 com outras indenizações da codificação civil.

Sustenta a incidência dos juros de mora a partir da citação.

Postula o reconhecimento da sucumbência recíproca, tendo em vista que a recorrida, embora tenha obtido vitória em cinco pleitos, decaiu de quatro pedidos.

Contrarrazões às fls. 1.373/1.385.

Originariamente não admitido, seguiu-se agravo nos próprios autos, a que o Ministro Raul Araújo deu parcial provimento, a fim de determinar a incidência dos juros de mora, a partir da citação e reconhecer a ocorrência de sucumbência recíproca (e-STJ, fls. 1.455/1.462).

Sobreveio agravo interno, a que a Quarta Turma, por maioria, deu provimento para converter o agravo em recurso especial, nos termos do voto da Ministra Maria Isabel Gallotti (e-STJ, fl. 1.500).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região) (Relator): *Cavepel Veículos e Peças Ltda* ajuizou ação ordinária de resolução contratual em face de *Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotores Ltda*, ora recorrente, alegando que: obteve a qualidade de revendedora da ré, por força de contrato celebrado em 08.04.1970; ao longo da relação, a demandada limitava o número de veículos a serem entregues à revendedora, ao mesmo tempo em que se recusava a permitir-lhe a comercialização por meio de consórcio; nos anos de 1998 e 1999, a ré reduziu drasticamente a atribuição de veículos à autora, causando-lhe grave prejuízo financeiro; em função das atitudes da ré, os sócios da autora tiveram que se desfazer de seus bens pessoais para honrar compromissos; culminou que, em 12.08.1999, a demandada promoveu a rescisão contratual, alegando como motivo o baixo volume de vendas, sendo o ato rescisório manifestamente ilegal.

Sustentou que, ao sonegar automóveis para venda, foi a ré quem deu causa à rescisão do contrato, devendo responder pela indenização, composta pelas seguintes parcelas: reaquisição do estoque, no momento da efetiva resolução; compra dos equipamentos, máquinas, ferramentas e instalações destinadas à concessão; aquisição do imóvel destinado ao negócio; pagamento de perdas e danos, nos moldes do art. 24, III, da Lei 6.729/1979; indenização do fundo de comércio; indenizações de pessoal; indenização por lucros cessantes, decorrentes do período de paralisação e/ou de retratação nas vendas provocado pela

concedente; indenização por danos morais, ante a divulgação intempestiva e grosseira da rescisão; indenização por abalo de crédito, decorrente da notícia da rescisão indevida.

O Juiz de Direito julgou o pedido parcialmente procedente e improcedente a reconvenção, “para declarar rescindido o contrato objeto da demanda em face de culpa da ré, razão pela qual a condeno ao pagamento do valor total de R\$ 9.876.775,60 (nove milhões, oitocentos, setenta e seis mil, setecentos e setenta e cinco reais e sessenta centavos), referente às parcelas acima discriminadas, corrigido a partir do dia 27 de março de 2006 (data da realização da perícia) até o momento da quitação do débito, sobre o qual deverá incidir o percentual de 20% referente a honorários advocatícios e ainda os juros legais contados a partir do dia 12 de agosto de 1999, época da ocorrência do evento danoso, na forma da Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça” (e-STJ, fl. 1.039).

Foram julgados procedentes os seguintes pedidos: 1) reaquisição do estoque; 2) compra dos equipamentos, máquinas, ferramentas e instalações destinadas à concessão; 3) pagamento da indenização prevista no art. 24, III, da Lei 6.729/1979, no montante de R\$ 543.388,16; 4) indenização de fundo de comércio, apurado no montante de R\$ 385.542,60; 5) indenizações de pessoal, no valor de R\$ 51.804,24; 6) perdas e danos, incluindo lucros cessantes e dano emergente, no valor de R\$ 2.674.954,10; 7) crédito correspondente ao diferencial entre o valor dos imóveis dos sócios que se desfizeram do patrimônio pessoal e o valor pelos quais foram vendidos, no valor de R\$ 274.485,29.

A sentença foi mantida, na íntegra, pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, dando ensejo ao recurso especial.

O Tribunal de origem se manifestou sobre a violação às obrigações contratuais, as iniciativas extracontratuais e injustificadas e a brusca redução das cotas de veículos para consórcios, independentemente de qualquer imposição ou regulamento, mas por determinações da demandada. Embora não tenha examinado individualmente cada um dos argumentos suscitados pela parte, adotou fundamentação suficiente, decidindo integralmente a controvérsia.

Impende ressaltar que, “se os fundamentos do acórdão recorrido não se mostram suficientes ou corretos na opinião do recorrente, não quer dizer que eles não existam. Não se pode confundir ausência de motivação com fundamentação contrária aos interesses da parte” (AgRg no Ag 56.745/SP, Relator o eminente Ministro *Cesar Asfor Rocha*, DJ de 12.12.1994). Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados: REsp 209.345/SC, Relator o eminente Ministro *João*

Otávio de Noronha, DJ de 16.05.2005; REsp 685.168/RS, Relator o eminente Ministro *José Delgado*, DJ de 02.05.2005.

Acrescente-se que, conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o magistrado não está obrigado a se pronunciar sobre todos os pontos abordados pelas partes, mormente quando já tiver decidido a controvérsia sob outros fundamentos (EDcl no REsp 202.056/SP, Terceira Turma, Rel. Min. *Castro Filho*, DJ de 21.10.2001).

O Tribunal *a quo* afastou a alegada inépcia da inicial nos seguintes termos:

A petição inicial contém descrição dos fatos alegados impróprios, cometidos na relação contratual, sustentando o direito a diversas indenizações, dentre as quais as despesas com rescisões de contratos de trabalho (despesas de pessoal), e mais indenização por danos morais e abalo de crédito, decorrentes da divulgação da rescisão, que considerou unilateral e indevida.

Tais pedidos, expressamente impugnados pelo agravante, foram considerados cabíveis pelo Julgador Singular, por representarem consequências da paralisação das atividades da autora, cuja responsabilidade poderia ser atribuída à ré.

Bem observou o Magistrado que tais pedidos, ainda que no passíveis de imediata determinação quanto ao seu cabimento, poderiam restar determinados durante a regular tramitação do feito.

Não padece a peça inicial da apontada mácula.

Nega-se, pois, provimento ao agravo retido.

A preliminar, de impossibilidade jurídica do pedido de manutenção do contrato, enquanto processado o feito, reflete mera reiteração do objeto da medida cautelar preparatória, quando foi concedida liminar determinando o fornecimento de quotas de veículos e peças, sob pena de multa diária.

A manutenção do contrato durante a tramitação da lide principal, viabilizando a manutenção da empresa e a subsistência de seus associados, não conflita com a pretendida rescisão, apontada pela apelante como objeto primordial da lide. Em verdade, buscou a apelada rescindir um contrato que considerou insustentável, diante das atitudes da apelante, mediante indenizações pelas consequências de tais atos.

Não se há falar em impossibilidade jurídica de pedido que, na realidade, apenas reitera o quanto requerido na cautelar preparatória.

Rejeita-se, portanto, tal preliminar. (e-STJ, fl. 1.251)

Como visto, o Tribunal de origem compreendeu que o pedido de manutenção do contrato durante a tramitação da lide principal resultou de mera

reiteração do objeto da medida cautelar preparatória, não conflitando com o pedido primordial da ação de rescisão.

Nesse contexto, observa-se que a petição inicial fornece de modo suficiente os elementos necessários ao estabelecimento da relação jurídico-processual, porquanto é possível, pelos fatos apresentados, a identificação da causa de pedir, do pedido e da fundamentação jurídica, garantindo-se o exercício da ampla defesa e do contraditório.

Dessa forma, não se verifica ofensa às regras dos dispositivos invocados (arts. 267, IV, 292, § 1º, I, e 295, parágrafo único, III e IV, do CPC/1973). Isso, porque, ao assim decidir, o Tribunal *a quo* não destoa do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, firmado no sentido de que “não é inepta a inicial que descreve os fatos e os fundamentos do pedido, possibilitando ao réu exercitar o direito de defesa e do contraditório” (AgRg no Ag 1.361.333/PI, Rel. Min. **Hamilton Carvalhido**, Primeira Turma, DJe de 18.2.2011). No mesmo sentido: REsp 1.222.070/RJ, Rel. Min. **Nancy Andrigbi**, Terceira Turma, DJe de 16.5.2011; AgRg no Ag 807.673/RJ, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, Sexta Turma, DJe de 18.5.2009; REsp 1.011.769/RJ, Rel. Min. **Aldir Passarinho Junior**, Quarta Turma, DJe de 24.11.2008; REsp 343.592/PR, Rel. Min. **Sálvio de Figueiredo Teixeira**, Quarta Turma, DJ de 12.8.2002; REsp 81.281/SP, Rel. Min. **Aldir Passarinho Junior**, Quarta Turma, DJ de 18.2.2002.

Quanto à responsabilidade pela resolução do contrato e à inviabilização da subsistência da empresa autora, o acórdão recorrido contém os seguintes fundamentos: “percebe-se, do arcabouço probatório, acentuada redução no fornecimento de veículos desde o ano de 1998”; “através dos documentos acostados, buscou a apelada demonstrar que tal redução, proposital e injustificada, causou-lhe enormes prejuízos, inviabilizando as regulares atividades da empresa”; “a sentença aqui apelada tomou em consideração todo o conjunto probatório, concluindo pela real ocorrência de uma drástica redução no fornecimento de veículos e peças automotivas, a ponto de inviabilizar as atividades da apelada”; “não merece acolhida a argumentação da apelante, no sentido de que a redução foi decorrência de cabível restrição, resultante do não atendimento da apelada às exigências técnicas e da sua inadimplência junto aos fundos de financiamento para aquisição de insumos”; “verifica-se dos autos que ocorreu aparente atraso no tocante à adequação da apelada às normas técnicas exigidas, mas quando já se verificava a redução no fornecimento dos insumos pela apelante”; “vale ressaltar que a alegada inadimplência somente ocorreu

quando já pressionada a apelada pelas medidas unilaterais da apelante, e que a simples inadimplência ocasional para com o Fundo Apolo não ensejaria a suspensão de sua utilização pelo concessionária por mais de trinta dias”; “se comprova que a apelante gerou dificuldades para a livre atuação da empresa”; “tomando por base a prova documental acostada, os depoimentos colhidos, e mais a prova pericial realizada, não há como deixar de reconhecer que foram atos sequenciados e intencionais da apelante que resultaram por inviabilizar a subsistência da apelada” (e-STJ, fls. 1.252/1.254).

Nesse contexto, a modificação de tal entendimento lançado no v. acórdão recorrido demandaria o revolvimento de suporte fático-probatório dos autos, o que é inviável em sede de recurso especial, a teor do que dispõe a Súmula 7 deste Pretório.

Relativamente ao arbitramento das indenizações e à aplicabilidade excludente, ou não, da Lei 6.729/1979, o Tribunal de origem destacou que “não se aplica à hipótese tão somente a parcela restritiva determinada pela norma do art. 24, da Lei 6.729/1979, visto que *o descumprimento da liminar pela apelante desfigurou a relação contratual*, afetando o equilíbrio econômico do contrato, *gerando prejuízos outros*, devidamente comprovados, capazes de autorizar ressarcimentos ou indenizações” (e-STJ, fl. 1.255, g.n.).

A Quarta Turma já se pronunciou quanto à aplicabilidade da Lei 6.729/1979 aliada à reparação de danos extracontratuais, concluindo que a Lei 6.729/1979 não exclui a reparação de danos que venham a ser cabalmente comprovados, por culpa do concedente, com suporte jurídico nas disposições do direito comum no tocante à responsabilidade civil, não se restringindo às verbas previstas nos artigos 24 e 25 da mencionada lei.

Confira-se:

Direito intertemporal. Aplicação da lei nova a contrato em execução. Impossibilidade. Precedentes. Peculiaridades do caso concreto. Direito Civil e Comercial. Rescisão do contrato de concessão comercial por culpa do concedente. *Limites da indenização devida ao concessionário. Inteligência da Lei 6.729/1979. Extensão aos danos abrangidos pelo direito comum.* Processo Civil. Efeitos da revelia. Recurso provido.

I - *Celebrado o negócio jurídico sob a égide de uma lei, é essa aplicável para reger a relação jurídica constituída, de duração determinada e definida, em garantia ao ato jurídico e em atenção a necessidade de segurança e certeza reclamadas pela vida em sociedade para o desenvolvimento das relações civis e comerciais. Caso concreto em que, se afasta tal entendimento em face da manifestação volitiva das partes contratantes no sentido de subsumir a avença à lei nova.*

II - A reparação dos danos não abrangidos pela Lei 6.729/1979, que venham a ser cabalmente comprovados como consequentes da resolução do contrato de concessão comercial, por culpa do concedente, encontra suporte jurídico nas disposições do direito comum no que tange à responsabilidade civil, não se restringindo as verbas previstas nos artigos 24 e 25 daquele diploma.

(...).

(REsp 10.391/PR, Rel. Ministro *Sálvio de Figueiredo Teixeira*, Quarta Turma, julgado em 03/08/1993, DJ de 20/09/1993, p. 19.178, grifou-se)

Na hipótese dos autos, foram identificados pelas instâncias ordinárias danos não abrangidos pela Lei 6.729/1979, visto que o descumprimento de liminar tem consequências jurídicas referentes a penalidades processuais.

Com relação ao termo inicial dos juros moratórios, as instâncias ordinárias fixaram a sua incidência a partir do evento danoso, ao invés da data da citação.

Nesse ponto, o acórdão recorrido merece reforma, por ter destoado do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual, em se tratando de responsabilidade contratual (caso dos autos), o termo inicial para a incidência dos juros de mora é a data da citação.

A propósito, confirmam-se:

Administrativo. Processual Civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Ofensa ao art. 535 do CPC. Inocorrência. Suspensão do fornecimento de água. Dano moral configurado. Revisão do *quantum* indenizatório. Reexame de matéria fática. Impossibilidade. Súmula 7/STJ. Juros de mora. Termo inicial. Citação.

(...)

5. Conforme a jurisprudência do STJ, o termo inicial da fluência dos juros de mora, em casos de responsabilidade contratual, é a data da citação.

6. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 561.802/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 09/09/2014, DJe de 16/09/2014)

Consumidor e Civil. Responsabilidade civil contratual. Defeitos em veículo zero-quilômetro. Extrapolação do razoável. Dano moral. Existência. Juros de mora. *Dies a quo*. Citação. Dispositivos legais apreciados: arts. 18 do CDC e 186, 405 e 927 do CC/2002.

1. Ação ajuizada em 14.05.2004. Recurso especial concluso ao gabinete da Relatora em 08.08.2013.

2. Recurso especial em que se discute se o consumidor faz jus à indenização por danos morais em virtude de defeitos reiterados em veículo zero quilômetro que o obrigam a levar o automóvel diversas vezes à concessionária para reparos, bem como o dies a quo do cômputo dos juros de mora.

3. O defeito apresentado por veículo zero-quilômetro e sanado pelo fornecedor, via de regra, se qualifica como mero dissabor, incapaz de gerar dano moral ao consumidor. Todavia, a partir do momento em que o defeito extrapola o razoável, essa situação gera sentimentos que superam o mero dissabor decorrente de um transtorno ou inconveniente corriqueiro, causando frustração, constrangimento e angústia, superando a esfera do mero dissabor para invadir a seara do efetivo abalo psicológico.

4. Hipótese em que o automóvel adquirido era zero-quilômetro e, em apenas 06 meses de uso, apresentou mais de 15 defeitos em componentes distintos, parte dos quais ligados à segurança do veículo, ultrapassando, em muito, a expectativa nutrida pelo recorrido ao adquirir o bem.

5. *Consoante entendimento derivado, por analogia, do julgamento, pela 2ª Seção, do REsp 1.132.866/SP, em sede de responsabilidade contratual os juros de mora referentes à reparação por dano moral incidem a partir da citação.*

6. Recurso especial desprovido.

(REsp 1.395.285/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 03/12/2013, DJe de 12/12/2013, grifou-se)

Por fim, no tocante à distribuição dos ônus sucumbenciais, verifica-se que a insurgência também merece prosperar.

No ponto, consta expressamente no acórdão impugnado que “foram julgados improcedentes os pedidos indenizatórios relativos a danos morais, reaquisição de estoque, compra de equipamentos e maquinário, e mais o de aquisição compulsória do prédio da empresa” (e-STJ, fl. 1.255).

Nessa linha, é possível constatar, sem necessidade de revolvimento dos elementos fáticos dos autos, que houve decaimento considerável, e não mínimo, da parte autora, o qual não se pode desprezar.

Diante de tais pressupostos, dou parcial provimento ao recurso especial, para determinar a incidência dos juros de mora a partir da citação e reconhecer a ocorrência de sucumbência recíproca. Em consequência, as custas e os honorários advocatícios definidos na origem deverão ser suportados na proporção do decaimento das partes, apurando-se os respectivos valores em liquidação.

É como voto.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Trata-se de recurso especial interposto por Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotores Ltda. com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas “a” e “c”, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, assim ementado (fl. 1.250):

Apelação cível. Sentença em ação ordinária de rescisão de contrato. Concessionária de veículos e peças. Agravo retido, improvido.

Preliminar de impossibilidade jurídica do pedido de manutenção do contrato, insubsistente. Reiteração da liminar já concedida na cautelar preparatória.

Mérito. Comprovadas as alegações de intencional redução de quotas pelo fornecedor. Inviabilização do negócio. Cabíveis as indenizações postuladas. Irregularidades administrativas e financeiras do concessionário não justificam redução no fornecimento de bens, ao alvedrio do fornecedor. Inaplicável as limitações das reparações, art. 24, III, da Lei 6.729/1979, diante do descumprimento da liminar concedida, motivando paralisação involuntária das atividades do concessionário. Bem aplicadas verbas indenizatórias, apuradas em perícia, bem assim os juros de mora e a verba de honorários. Mantém-se a decisão de primeiro grau, bem ancorada nas provas documentais, testemunhos e perícia.

Rejeita-se a preliminar e nega-se provimento ao agravo retido e ao recurso de apelação.

Da análise dos autos, verifico que a recorrida - Cavepel Veículos e Peças Ltda. - ajuizou ação ordinária de resolução contratual, requerendo a resolução do contrato, por responsabilidade da ré, mantido este, todavia, até a plena indenização da parte autora a ser composta das seguintes parcelas: “a - reaquisição do estoque, no momento da efetiva resolução; b - compra dos equipamentos, máquinas, ferramentas e instalações destinadas à concessão; c - aquisição do prédio imóvel destinado ao negócio, que pela sua especificidade seria de outra serventia em outro ramo; d - pagamento de perdas e danos, consoante dispõe o art. 24, inciso III da Lei 6.729 de 28.11.1979, levando-se em conta todavia os períodos anteriores a 1998, face a manifesta retração de oferta, a partir dessa data, exatamente com o propósito de burlar a garantia indenizatória; e - indenização do fundo de comércio, considerando-se o preço médio de revenda similar no mercado, avaliado segundo sua potencialidade; f- indenizações de pessoal; g - indenização por lucros cessantes, decorrentes do período de paralisação e/ou de retração nas vendas provocado pela concedente;

h - indenização por danos morais, ante a divulgação intempestiva e grosseira da rescisão; i - indenização por abalo de crédito, decorrente da notícia da rescisão indevida; j - custas e honorários advocatícios, à base de 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa” (fls. 9/10).

A Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotores Ltda. apresentou contestação às fls. 54/91 e reconvenção às fls. 257/260.

Os pedidos da reconvenção foram julgados improcedentes e da ação ordinária foram julgados parcialmente procedentes para decretar a resolução do vínculo comercial entre as partes com eficácia *ex nunc*, em razão da culpa da ré, motivo pelo qual foi condenada ao pagamento do valor total de R\$ 9.876.775,60 (nove milhões, oitocentos e setenta e seis mil, setecentos e setenta e cinco reais, e sessenta centavos), corrigido a partir da data da realização da perícia, até o momento da quitação do débito, sobre o qual deverá incidir o percentual de 20% (vinte por cento) referente aos honorários advocatícios e, ainda, os juros legais contados a partir de 12 de agosto de 1999, época da ocorrência do evento danoso (Súmula n. 54 do STJ).

As parcelas referentes à condenação foram assim discriminadas na sentença (fls. 1.035/1.039):

(...)

1) Reaquisição do estoque. Consoante informado pela perícia em resposta ao quesito n. 22 da parte ré, não existem peças no estoque devidamente embaladas em suas caixas originais. Nos termos do que estabelece a Lei 6.729/1979, a indenização é obrigatória tão somente em relação a componentes novos, em sua embalagem original (art. 23). Na hipótese de rescisão do contrato exige-se apenas que os componentes sejam novos, o que, entretanto, é de presumir-se que não o sejam porque de outro modo estariam conservados nas respectivas embalagens. Gera-se assim uma presunção *juris tantum* em favor da ré que não consegue ser desfeita pela autora.

2) Compra dos equipamentos, máquinas, ferramentas e instalações destinadas à concessão. De igual forma demonstra a perícia realizada que “Não existem mais maquinários no local” de modo que resta prejudicada a indenização prevista no art. 24, Inciso II da Lei n. 6.729/1979.

3) Deixo de condenar a Ré à aquisição do prédio, imóvel destinado ao negócio, em face de vedação expressa consignada no art. 24 inciso II cumulado com art. 23, II do diploma legal de regência.

4) Defiro, entretanto, o pagamento da indenização prevista no art. 24, inciso III da Lei 6.729/1979 no montante de R\$ 543.388,16 (quinhentos e quarenta e três

mil trezentos e oitenta e oito reais e dezesseis centavos) - fls. 500, item 7. Nessa linha entendo que a indenização citada refere-se tão somente às perdas e danos decorrentes da rescisão do contrato de concessão, ou seja, da imposição unilateral da concedente no sentido de encerrar a atividade comercial da concessionária. Daí porque tal parcela não se confunde nem contempla todo o dano efetivo emergente da conduta anterior à rescisão contratual consubstanciado nos valores que a autora teria auferido caso não houvesse a limitação tratada nos presentes autos. De igual modo, também não equivalem aos valores que, a autora, razoavelmente poderia obter caso continuasse na sua atividade habitual.

5) Concedo ainda à demandante, indenização de fundo de comércio apurado no quesito n. 15 da perícia realizada (fl. 494) no montante de R\$ 385.542,60 (trezentos e oitenta e cinco mil quinhentos e quarenta e dois reais e sessenta centavos), o qual também é integrado no valor da concessão, segundo a sua potencialidade estimado em R\$ 2.054.060,00 (dois milhões cinquenta e quatro mil e sessenta reais), totalizando 2.439.602,60 (dois milhões quatrocentos e trinta e nove mil seiscentos e dois reais e sessenta centavos).

6) Procedo o pedido de indenizações de pessoal no valor de R\$ 51.804,27 (cinquenta e um mil oitocentos e quatro reais e vinte e sete centavos), referente às rescisões dos contratos trabalhistas suportados pela Autora nos termos explicitados pelo perito às fls. 494/495.

7) No que tange a perdas e danos incluindo lucros cessantes e dano emergente - acolho a planilha efetuada na perícia às fls. 499 para condenar a ré ao pagamento de R\$ 2.674.954,10 (dois milhões seiscentos e setenta e quatro mil novecentos e cinquenta e quatro reais e dez centavos) em face dos prejuízos decorrentes da quebra de equilíbrio econômico-financeiro pela não disponibilização de recursos provenientes do fundo Apolo nos anos de 1994 a 1999, e de novas cotas de consórcio no período de 1994 a 1999 para o faturamento de veículos, bem como pelas perdas decorrentes das comissões sobre vendas de consórcios que a autora poderia ter auferido no mesmo período. Condeno a ré também ao pagamento de indenização por lucros cessantes no montante de R\$ 3.892.541,40 (três milhões oitocentos e noventa e dois mil quinhentos e quarenta e um reais e quarenta centavos) conforme calculada no item 2 da resposta ao quesito nº 20 formulado pela autora ao perito judicial (fl. 500).

8) Quanto à indenização por abalo de crédito constatou a perícia que em razão do rompimento abrupto da relação contratual ficaram os sócios da autora em sérias dificuldades em honrar os compromissos desta, lançando mão da venda de bens particulares, em caráter emergencial.

É presumível e a perícia o revela que essa venda emergencial resulta em obtenção de preços abaixo do mercado, em razão da própria precipitação ocorrida. (...)

Assim, é de deferir-se à empresa autora o crédito correspondente ao diferencial entre o valor dos imóveis e o valor pelos quais foram vendidos, para

assim imunizá-la ante as possíveis pretensões dos sócios que se desfizeram do seu patrimônio pessoal, no valor de R\$ 274.485,29 (duzentos e setenta e quatro reais, quatrocentos e oitenta e cinco reais e vinte e nove centavos).

9) Danos morais - Quanto aos danos morais, deixo de deferi-los, para o que poderia arrimar-me em parte da doutrina acreditada, a exemplo de Wilson Melo da Silva, segundo o qual: (...)

No particular, todavia, o pedido é manifestamente genérico, referindo-se “à divulgação intempestiva e grosseira da rescisão” (fls. 09). Não se diz em que circunstâncias esse noticiamento se procedeu, de forma a aferir-se a possível grosseria ou o ânimo ofensivo da parte demandada, que tudo faz crer ao operar a rescisão não o fez visando especificamente a pessoa da demandante, mas como já sustentado, muito provavelmente, como forma de dar curso a uma política de redução das suas concessionárias. (...)

10) honorários advocatícios e custas processuais - por fim condeno a Ré ao pagamento das custas processuais bem como dos honorários advocatícios à base de 20% sobre o valor total corrigido da condenação.

Opostos embargos de declaração pela Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotores Ltda., foram parcialmente acolhidos “para explicitar que a improcedência do pedido reconvenicional decorre do reconhecimento da responsabilidade exclusiva da ré, na ruptura contratual, isenta a autora de cota de participação no desfecho do vínculo” (fls. 1.068/1.070).

Sobreveio apelação da parte ré, tendo o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia negado provimento ao recurso mantendo todos termos da sentença.

Foram opostos embargos de declaração pela ora recorrente, rejeitados por meio do acórdão de fls. 1.277/1.282.

Nas razões do recurso especial, a recorrente alega violação dos arts. 21, *caput*, 219, 267, IV, 292, § 1º, I, 295, parágrafo único, III e IV, e 535, II, do Código de Processo Civil de 1973; 22, III e 24, III, da Lei n. 6.729/1979; 402 e 405 do Código Civil, além de dissídio jurisprudencial.

Sustenta a inépcia da petição inicial, ao fundamento de que são incompatíveis as pretensões de manutenção do contrato e de indenização pelo seu desfazimento.

Argumenta que o acórdão proferido pela Corte de origem violou o art. 535 do CPC/1973, pois deixou de analisar a questão trazida nos embargos de declaração relativa à ausência de “responsabilidade pela definição das cotas de veículos para o atendimento do consórcio comercializado pela recorrida,

lembrando que, além de não ser a pessoa jurídica incumbida de decidir o assunto - mas, sim, o Consórcio Nacional Volkswagen Ltda - o número de veículos obedecia rigorosos parâmetros oriundos do Banco Central, nos exatos termos da Circular BACEN 2.195/92, fundamentada no artigo 33 da Lei 8.171/1991” (fl. 1.309).

Afirma que a rescisão do contrato não pode ser imputada à recorrente, uma vez que ficaram comprovadas nos autos as irregularidades praticadas pela concessionária, e o descumprimento das obrigações contratuais.

Alega, ademais, que é incabível a cumulação de indenização prevista na Lei n. 6.729/1979 juntamente com outras indenizações previstas no Código Civil.

Assevera, por fim, que os juros de mora incidem a partir da citação, em caso de responsabilidade contratual, e que deve ser reconhecida a sucumbência recíproca, tendo em vista que a concessionária obteve vitória em relação a cinco pedidos, todavia, não obteve êxito no tocante a quatro pedidos constantes da inicial.

As contrarrazões foram apresentadas às fls. 1.373/1.385.

O recurso especial não foi admitido na origem, seguindo-se da interposição de agravo em recurso especial, ao qual foi dado parcial provimento, por meio da decisão proferida pelo Ministro Raul Araújo (fls. 1.455/1.462), a fim de determinar a incidência dos juros de mora a partir da citação e reconhecer a ocorrência de sucumbência recíproca.

A concedente, ora recorrente, interpôs agravo interno, provido pela Quarta Turma, por maioria, para converter o agravo em recurso especial.

Ao julgar o recurso especial, o Relator, Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região) afastou a violação do art. 535 do CPC/1973, pois o Tribunal de origem decidiu integralmente a controvérsia, adotando fundamentação suficiente, bem como afastou a alegação de inépcia da inicial.

Quanto às questões acerca da responsabilidade pela resolução do contrato e da inviabilização da subsistência da empresa autora, o Relator entendeu aplicável o óbice da Súmula n. 7 desta Corte.

Relativamente à cumulação das indenizações, destacou que a Quarta Turma desta Corte já decidiu que a Lei n. 6.729/1979 não exclui a reparação de danos que venham a ser cabalmente comprovados por culpa da concedente, com

suporte jurídico nas disposições do direito comum no tocante à responsabilidade civil, não se restringindo às verbas previstas nos arts. 24 e 25 da mencionada lei.

Sustentou que, na hipótese dos autos, foram identificados pelas instâncias ordinárias danos não abrangidos pela Lei n. 6.729/1979, tendo em vista que o descumprimento de liminar tem consequências jurídicas referentes a penalidades processuais.

Foi dado parcial provimento ao recurso especial, todavia, apenas para reformar o acórdão recorrido com relação ao termo inicial dos juros de mora, a fim de que incidam a partir da data da citação, e não, do evento danoso, por se tratando de responsabilidade contratual, e para reconhecer a sucumbência recíproca.

Pedi vista dos autos.

Primeiramente, em relação à suposta ofensa ao art. 535 do CPC/1973, verifico que inexistente omissão ou ausência de fundamentação na apreciação das questões suscitadas.

Além disso, não se exige do julgador a análise de todos os argumentos das partes, a fim de expressar o seu convencimento. O pronunciamento acerca dos fatos controvertidos, a que está o magistrado obrigado, encontra-se objetivamente fixado nas razões do acórdão recorrido.

Por outro lado, registro que não há que se falar em inépcia da inicial por incompatibilidade de pedidos, na medida em que o pedido de manutenção do contrato, até a satisfação plena das indenizações pleiteadas, reflete mera reiteração do objeto da ação cautelar preparatória ajuizada pela concessionária, não conflitando, portanto, com o pedido de indenização pelo desfazimento do contrato.

Observo, ademais, que a Corte de origem, com base nos elementos informativos do processo, destacou a responsabilidade da recorrente pela resolução do contrato, de modo que, quanto ao ponto, a revisão do julgado é obstada pela Súmula n. 7 do STJ, diante da necessidade de reexame do conjunto fático dos autos.

Penso, todavia, com a devida vênia do eminente Relator, que não prospera o arbitramento de forma cumulada da indenização prevista na Lei n. 6.729/1979, com a reparação prevista no Código Civil, para cobrir os mesmos danos já contemplados pela indenização, preestabelecida precisamente para tal fim, na lei especial, a saber, os danos emergentes e lucros cessantes inerentes ao final da concessão, por motivo imputável ao concedente.

Quanto ao tema, assim discorreu a Corte de origem (fls. 1.254/1.256):

(...)

Passando-se ao tema do arbitramento das indenizações, tem-se como plausível acatamento, pelo julgado, dos valores apurados no bojo da perícia técnica.

Cabível a indenização por perdas e danos decorrentes da rescisão unilateral do contrato, na forma estabelecida pela Lei 6.729/1979, conforme admitido pela própria acionada. Bem justificados os cálculos, que alcançaram o montante de R\$ 543.388,16 (quinhentos e quarenta e três mil, trezentos e oitenta e oito reais e dezesseis centavos).

Por outro lado, bem situou a sentença que não se aplica à hipótese tão somente a parcela restritiva determinada pela norma do art. 24, da Lei 6.729/1979, visto que o descumprimento da liminar pela apelante desfigurou a relação contratual, afetando o equilíbrio econômico do contrato, gerando prejuízos outros, devidamente comprovados, capazes de autorizar ressarcimentos ou indenizações.

Também procede o pedido de indenização pelo fundo de comércio, somado ao valor apurado para a potencialidade da concessão, conforme bem situado no quesito n. 15 da perícia, no valor ali apurado de R\$ 2.439.602,60 (dois milhões, quatrocentos e trinta e nove mil, seiscentos e dois reais e sessenta centavos).

Da mesma forma, tem-se como cabível e bem apurado o valor relativo a indenizações trabalhistas pagas pela apelada, em decorrência atos da apelante, alcançando o montante de R\$ 51.804,27 (cinquenta e um mil, oitocentos e quatro reais e vinte e sete centavos).

Corretas as indenizações constantes da planilha pericial, atinentes a lucros cessantes e danos emergentes, nos valores respectivos de R\$ 2.674.954,10 (dois milhões, seiscentos e setenta e quatro mil, novecentos e cinquenta e quatro reais e dez centavos) e R\$ 3.892.541,40 (três milhões oitocentos e noventa e dois mil, quinhentos e quarenta e um reais e quarenta centavos), valores estes decorrentes da quebra do equilíbrio financeiro pela não disponibilização de recursos do Fundo Apolo, bem como pelas perdas decorrentes das comissões com a venda de veículos pela modalidade consórcio, em face da abrupta e injustificada redução das quotas pela apelante.

Ao final, revela-se cabível e justa a indenização decorrente do diferencial entre o preço apurado e o valor real de mercado, daqueles bens pessoais que se viram os sócios da concessionária obrigados a se desfazer, ainda no intuito de manter a empresa ativa, apesar dos já apontados atos contrários por parte da apelante. Tal verba foi calculada em 30% sobre o valor de mercado de tais bens, realmente vendidos bem abaixo do preço em face da emergência financeira, alcançando o montante de R\$ 274.485,79 (duzentos e setenta e quatro mil, quatrocentos e oitenta e cinco reais e setenta e nove centavos)

Vale aqui ressaltar, que foram julgados improcedentes os pedidos indenizatórios relativos a danos morais, reaquisição de estoque, compra de equipamentos e maquinário, e mais o de aquisição compulsória do prédio da empresa.

Diante de tal quadro, outra não poderia ser a decisão de primeiro grau, senão aquela alvitrada pelo Magistrado Singular, julgando parcialmente procedente o pedido da autora e, conseqüentemente, improcedente a reconvenção (...)

A controvérsia consiste em verificar se as condenações impostas à concedente, em razão da dissolução do contrato de concessão mercantil de veículos automotores, por sua culpa, podem incluir parcelas não definidas na Lei n. 6.729/1979 (Lei Ferrari), que dispõe sobre a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre, invocando-se, para tanto, as disposições do direito comum.

Com efeito, registro que a concessão comercial celebrada entre produtores e distribuidores de veículos automotores é disciplinada pela Lei n. 6.729/1979 e, no que não a contraria, pelas convenções e por disposições contratuais, nos termos do art. 1º:

Art. 1º A distribuição de veículos automotores, de via terrestre, efetivar-se-á através de concessão comercial entre produtores e distribuidores disciplinada por esta Lei e, no que não a contrariem, pelas convenções nela previstas e disposições contratuais.

A referida lei trata do prazo da concessão comercial, das formas de resolução contratual, bem como regula as formas de indenizações devidas pelo concedente ao concessionário, seja pela ausência de prorrogação do contrato ou pela rescisão do contrato de prazo indeterminado ocasionada pelo concedente, conforme os arts. 21, 22, 23 e 24, que assim dispõem:

Art. 21. A concessão comercial entre produtor e distribuidor de veículos automotores será de prazo indeterminado e somente cessará nos termos desta Lei.

Parágrafo único. O contrato poderá ser inicialmente ajustado por prazo determinado, não inferior a cinco anos, e se tornará automaticamente de prazo indeterminado se nenhuma das partes manifestar à outra a intenção de não prorrogá-lo, antes de cento e oitenta dias do seu termo final e mediante notificação por escrito devidamente comprovada.

Art. 22. Dar-se-á a resolução do contrato:

I - por acordo das partes ou força maior;

II - pela expiração do prazo determinado, estabelecido no início da concessão, salvo se prorrogado nos termos do artigo 21, parágrafo único;

III - por iniciativa da parte inocente, em virtude de infração a dispositivo desta Lei, das convenções ou do próprio contrato, considerada infração também a cessação das atividades do contraente.

§ 1º A resolução prevista neste artigo, inciso III, deverá ser precedida da aplicação de penalidades gradativas.

§ 2º Em qualquer caso de resolução contratual, as partes disporão do prazo necessário à extinção das suas relações e das operações do concessionário, nunca inferior a cento e vinte dias, contados da data da resolução.

Art. 23. O concedente que não prorrogar o contrato ajustado nos termos do art. 21, parágrafo único, ficará obrigado perante o concessionário a:

I - readquirir-lhe o estoque de veículos automotores e componentes novos, estes em sua embalagem original, pelo preço de venda à rede de distribuição, vigente na data de requisição:

II - comprar-lhe os equipamentos, máquinas, ferramental e instalações à concessão, pelo preço de mercado correspondente ao estado em que se encontrarem e cuja aquisição o concedente determinara ou dela tivera ciência por escrito sem lhe fazer oposição imediata e documentada, excluídos desta obrigação os imóveis do concessionário.

Parágrafo único. Cabendo ao concessionário a iniciativa de não prorrogar o contrato, ficará desobrigado de qualquer indenização ao concedente.

Art. 24. Se o concedente der causa à rescisão do contrato de prazo indeterminado, deverá reparar o concessionário:

I - readquirindo-lhe o estoque de veículos automotores, implementos e componentes novos, pelo preço de venda ao consumidor, vigente na data da rescisão contratual;

II - efetuando-lhe a compra prevista no art. 23, inciso II;

III - pagando-lhe perdas e danos, à razão de quatro por cento do faturamento projetado para um período correspondente à soma de uma parte fixa de dezoito meses e uma variável de três meses por quinquênio de vigência da concessão, devendo a projeção tomar por base o valor corrigido monetariamente do faturamento de bens e serviços concernentes a concessão, que o concessionário tiver realizado nos dois anos anteriores à rescisão;

IV - satisfazendo-lhe outras reparações que forem eventualmente ajustadas entre o produtor e sua rede de distribuição.

Vê-se que a Lei Ferrari confere proteção ao concessionário ao regular as hipóteses de resolução do contrato de concessão, por prazo indeterminado, e

disciplina as consequências que decorreriam da rescisão, explicitando a forma de cálculo das reparações, quando o concedente der causa à rescisão.

Nesse caso, havendo reparação prevista na lei especial, como na presente situação, independentemente de ter havido ou não o dano, ou que tenha sido em maior ou menor extensão do que estabelece a disciplina legal, a indenização pela rescisão será calculada conforme nela determinado. Em outras palavras, nada aproveitará ao concedente demonstrar não ter o concessionário suportado prejuízos que ele poderia ter conforme disciplinado no inciso III do art. 24. De qualquer sorte, o produtor deverá efetuar o pagamento em valor a ser calculado nos termos da lei.

A corroborar a proteção que a Lei n. 6.729/1979 confere ao concessionário, convém destacar que apenas o concedente será obrigado a indenizar, em decorrência da não prorrogação do contrato. O concessionário, por sua vez, que tiver a iniciativa de não prorrogar o contrato, ficará desobrigado de indenizar o concedente, nos termos do parágrafo único do art. 23.

Verifico, pois, que não é lícito diminuir o valor a ser pago ao concessionário, sendo que, por outro lado, deve ser impedido também que se altere para maior a importância da indenização, acrescentando valores não previstos na lei específica, para recompor o mesmo dano, a saber, o prejuízo decorrente do término da concessão, por ato imputável ao concedente. A reparação deve ser sempre calculada como estabelecida na lei especial, no caso a Lei n. 6.729/1979, que regula inteiramente a matéria, de modo especial à regra geral do Código Civil, segundo o qual “*salvo as exceções expressamente previstas em lei*, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar” (CC/1916, art. 1.059 e CC/2002, art. 402).

As consequências da rescisão contratual em relação de concessão comercial de veículos automotores são, portanto, disciplinadas em lei especial, a qual constitui exceção à regra dos arts. 1.059 do Código de 1916 e 402 do Código vigente.

É importante mencionar que a lei especial (Lei 6.729/1979) estabelece a possibilidade de ajuste de outras reparações, mediante acordo entre o produtor e sua rede de distribuição (art. 24, IV). Não havendo ajuste entre as partes nesse sentido, a indenização será a que resultar da aplicação da lei específica.

Nesse sentido, transcrevo as palavras de João Leitão de Abreu, ao comentar o art. 24 acima transcrito:

3. *Quer pelo seu teor verbal, quer pelo seu objetivo, esse preceito legal, no determinar as reparações a que esta sujeito o concedente, não deixa dúvida de que tais reparações não podem ir além das que, nesse preceito legislativo, se acham precisa e claramente definidas.*

O cuidado com que esses encargos indenizatórios são discriminados vai ao ponto de excluir, expressamente, verbas não imputáveis no conjunto indenizatório. Exprime esse cuidado restritivo a regra (art. 23, II), onde se decreta não se compreender na obrigação reparatória imposta ao concedente a compra dos imóveis do concessionário. Igualmente estrita é a lei, nesse ponto, quando, no n. IV, somente admite, em princípio, se dilate o círculo das reparações, previstas nos itens anteriores, se tais reparações forem eventualmente ajustadas entre o produtor e sua rede de distribuição.

Assim no sentido vulgar como na acepção técnico-jurídica, ajustar é convencionar, é contratar. Donde constituir o ajustado aquilo que é convencionado ou contratado. "Ajustado - define De Plácido e Silva - é termo comum, na linguagem jurídica, para designar tudo o que se combinou ou que se contratou. O contrato está ajustado quando as partes advindas se acertaram em todas as condições a serem estabelecidas no instrumento que vai objetivá-lo. Desse modo, o termo ajustado evidencia sempre que as partes contratantes, dando seu consentimento para a formação do contrato, da convenção ou para a realização do negócio, se acertaram em relação ao preço da coisa escolhida, se na venda, ou nas demais condições contratuais, a fim de que se considere concluído o contrato ou a convenção, que, se vai tornar efetivo o negócio jurídico. O ajustado é indicativo, assim, de que as vontades dos contratantes perfeitamente se identificaram para a composição das obrigações resultantes da convenção, do acordo ou do contrato estabelecido, segundo os próprios termos em que se fizeram (Vocabulário Jurídico, 9ª ed., v. I/125).

(...)

5. *No âmbito dos fins que inspiraram a edição da Lei 6.729 encontra-se o de proteger os distribuidores ou concessionários da revenda de veículos automotores nas suas relações com os produtores ou concedentes.*

Quando, pois, esse diploma legal se ocupou com a indenização devida, nessa hipótese, ao concessionário ou ao distribuidor, o legislador não podia deixar de se manter atento aos objetivos sociais cuja realização pretendia proteger. Não é crível, assim, que, ao arrolar as reparações que reputou devidas ao distribuidor, haja incorrido em impropriedade de linguagem ou em omissão.

A interpretação que se impõe, diante disso, e a de que se houve com a maior circunspeção no resguardar, escrupulosamente, os interesses dos integrantes dessa categoria econômica.

O n. IV do art. 24 não desmente - antes, confirma - essa inteligência. Nele - nesse item - se possibilita, na verdade, o alargamento da proteção alcançável

pelo concessionário. Porém, condiciona esse plus indenizatório à conclusão de ajuste prévio acerca de reparações adicionais que acobrem o distribuidor dos riscos nele expressamente previstos. (...) (Revista dos Tribunais: RT, v. 77, n. 632, jun. 1988)

No caso dos autos, observo que as instâncias ordinárias não noticiam que tenha havido ajuste, convenção ou acordo entre as partes estabelecendo reparações fora dos casos expressamente definidos na lei especial.

Diante da especialidade e particularidade da Lei n. 6.729/1979, a jurisprudência do STJ firmou o entendimento de que é incabível a aplicação, por analogia, das disposições contidas na Lei Ferrari a outras relações de contratos de distribuição. A propósito, confirmam-se:

Recurso especial. Direito Civil. Ação indenizatória. Contrato de distribuição de bebidas. Resilição unilateral. Denúncia motivada. Justa causa. Validade de cláusulas contratuais. Ato ilícito. Inexistência. Dever de indenizar. Não configuração. Lei n. 6.729/1973 (Lei Ferrari). Inaplicabilidade.

1. Ação indenizatória promovida por empresa distribuidora em desfavor da fabricante de bebidas objetivando reparação por danos materiais e morais supostamente suportados em virtude da ruptura unilateral do contrato de distribuição que mantinha com a recorrente (ou integrantes do mesmo grupo empresarial), de modo formal, desde junho de 1986.

2. Acórdão recorrido que, apesar de reconhecer que a rescisão foi feita nos exatos termos do contrato, de forma motivada e com antecedência de 60 (sessenta dias), concluiu pela procedência parcial do pleito autoral indenizatório, condenando a fabricante a reparar a distribuidora por parte de seu fundo de comércio, correspondente à captação de clientela.

3. *Consoante a jurisprudência desta Corte Superior, é impossível aplicar, por analogia, as disposições contidas na Lei n. 6.729/1979 à hipótese de contrato de distribuição de bebidas, haja vista o grau de particularidade da referida norma, que, como consabido, estipula exclusiva e minuciosamente as obrigações do cedente e das concessionárias de veículos automotores de via terrestre, além de restringir de forma bastante grave a liberdade das partes contratantes em casos tais.*

4. A resilição unilateral de contrato de distribuição de bebidas e/ou alimentos, após expirado o termo final da avença, quando fundada em justa causa (inadimplemento contratual reiterado), não constitui ato ilícito gerador do dever de indenizar. Precedentes.

5. Recurso especial provido.

(REsp 1.320.870/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe de 30.6.2017)

Recurso especial. Processual Civil. Civil e Empresarial. Omissão. Inexistência. Contrato de distribuição de produtos alimentícios. Aplicação da Lei 6.729/1979. (Lei Ferrari). Impossibilidade. Incidência do Código Civil de 1916 e do Código Comercial. Alteração da sentença em sede de embargos de declaração. Ausência de intimação da parte contrária para se manifestar. Nulidade reconhecida. Recurso parcialmente provido.

1. Afasta-se a ofensa aos arts. 458, II, e 535, II, do Código de Processo Civil, pois a Corte de origem dirimiu, fundamentadamente e de forma coerente, as matérias que lhe foram submetidas, motivo pelo qual o acórdão recorrido não padece de omissão, contradição ou obscuridade.

2. *Nos termos da iterativa jurisprudência desta Corte, a Lei 6.729/1979 (Lei Ferrari) não se aplica a hipóteses diversas da distribuição de veículos automotores.*

3. Nas excepcionais hipóteses em que se admite a atribuição de efeitos infringentes aos aclaratórios, é indispensável a oitiva do embargado, sob pena de malferimento aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

4. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 680.329/RS, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, DJe de 29.4.2014) (grifos nossos)

Além disso, registro que a Quarta Turma desta Corte, ao analisar recurso especial em que se discutia sobre a base de cálculo das perdas e danos previstas no art. 24, III, da Lei n. 6.729/1979, entendeu que os lucros cessantes são fixados de forma tarifada, no caso de rescisão de contrato de concessão, e regem-se pela Lei n. 6.729/1979. Confirma-se a ementa do julgado:

Concessão comercial. Distribuidores de veículos automotores. Rescisão de contrato. Lucros cessantes. Art. 24, III, da Lei n. 6.729, de 28.11.1979.

- Ao estabelecer a base de cálculo das perdas e danos pela média de faturamento de dois anos da empresa concessionária, a decisão recorrida não contrariou o disposto no art. 24, inc. III, da Lei n. 6.729, de 28.11.1979.

Recurso especial não conhecido.

(REsp 104.180/RJ, Rel. Ministro Bueno de Souza, Rel. p/ Acórdão Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, DJ de 6.11.2000, p. 206)

Transcrevo trechos do voto do Ministro Bueno de Souza referente ao precedente acima citado:

8. Já no que toca à interpretação conferida ao art. 24, III da Lei 6.729, de 1979, tenho para mim que longe de ser contrária, foi ela, afinal, corretamente interpretada e aplicada à espécie, como a significar que, a partir do faturamento

relativo aos anos de 1980 e 1981 é que se obterá o valor médio relativo a uma parte fixa de dezoito meses e uma variável de três meses por quinquênio da concessão devendo a projeção tomar por base o valor corrigido monetariamente do faturamento dos bens e serviços concernentes a concessão; surgindo daí o valor relativo a fixação dos lucros cessantes.

Por acréscimo, atendo-me às lúcidas ponderações do acórdão dos embargos infringentes, relatados pelos ilustre Desembargador Lindberg Montenegro (fls. 1.405), *verbis*:

Admite-se que no âmago da indenização outorgada ao concessionário, o legislador tenha considerado a necessidade deste adaptar o seu comércio a outra especificidade, ou até para possibilitar a aquisição de uma “nova bandeirada”, como se diz na prática comercial. Isto contudo não significa que o cálculo dessa indenização possa extrapolar os termos da projeção e dos coeficientes indicados no aludido art. 24 da Lei n. 6.729/1979.

Advirta-se nesse passo, que na hipótese debatida nestes autos não vige o princípio da reparação ampla estabelecido no art. 1.059 do Código Civil, vale dizer, o que o credor efetivamente perdeu e o que razoavelmente deixou de lucrar, por efeito da inadimplência do devedor. Como já assinalado a fixação dos lucros cessantes, no caso de rescisão de contrato de concessão, rege-se pela Lei 6.729/1979. As perdas e danos são fixadas de forma tarifária, não sendo lícito ao Juiz afastar-se dos parâmetros legais.

Eis porque meu voto não conhece do recurso especial, por quaisquer dos fundamentos pelos quais foi interposto (Constituição da República, art. 105, III, “a” e “c”).

Sendo assim, estando o contrato de concessão comercial integrado ao sistema jurídico definido na Lei n. 6.729/1979, as indenizações devidas em função da ruptura unilateral do contrato por culpa da concedente, ora recorrente, terão de ser, portanto, definidas dentro do âmbito da lei específica, o que afasta as normas do direito comum para indenizar os prejuízos que têm por causa o fim da relação contratual.

As consequências decorrentes da denúncia unilateral do contrato de concessão somente podem ser aquelas expressamente tarifadas pela Lei n. 6.729/1979. Apenas situações anômalas e excepcionais não abrangidas e/ou reguladas pela Lei Ferrari, as quais não constituam consequências inerentes, diretas e necessárias do rompimento unilateral do contrato de concessão, poderiam ensejar a indenização do direito comum, sob pena de *bis in idem*.

Anoto que as perdas e danos indenizáveis em razão de culpa unilateral englobam todos os danos causados pelo ato de rescisão, inclusive os lucros

cessantes decorrentes da expectativa gerada pela equação econômica do contrato rompido unilateralmente, que serão cobertos pelas verbas tarifadas fixadas na lei sobre dados de faturamento pretérito, salvo se previstas outras reparações em instrumento celebrado entre as partes.

Nesse sentido, a doutrina de Humberto Theodoro Júnior:

Não há dúvida de que estando o contrato de concessão comercial integrado ao microsistema implantado pela Lei n. 6.729/1979, as reparações devidas em função do rompimento unilateral do ajuste por iniciativa injusta do concedente terão de ser definidas dentro do regime legal próprio e específico. A lei especial, reguladora de maneira ampla e exauriente da matéria de que se ocupa, afasta, em princípio, as previsões diferentes do direito comum.

Temos, pois, como acertada a afirmativa de que “a Lei 6.729, de 28.11.1979, especificando, em caráter especial e exaustivo, as perdas e danos devidas pelo concedente em razão do inadimplemento, por parte deste, do contrato de concessão mercantil, por prazo indeterminado, é excludente das perdas e danos previstos nos arts. 1.056 e 1.059 do CC” (dispositivos correspondentes aos arts. 389 e 402 do CC atual).

Outras reparações podem, eventualmente, ser incluídas no regime da Lei n. 6.729/1979, se previstas em contrato firmado “entre o produtor e sua rede de distribuição” (art. 24, IV).

Inexistindo, porém, tal ajuste, os ressarcimentos e as perdas e danos indenizáveis são apenas aquelas enumeradas no art. 24, incs. I a III, da *lex specialis*.

Pouco importa que, in concreto, os prejuízos do concessionário tenham sido maiores do que o ressarcimento autorizado pela lei especial. Também podem ter sido menores. Em qualquer caso o que prevalece é a tarifação legal. Sempre que, por motivo particular ponderado pelo legislador, se estabelece uma tarifação obrigatória para a infração legal ou contratual, o montante efetivo do prejuízo não é levado em conta, nem para aumentar, nem para reduzir a indenização. Tomem-se, como exemplos, as reparações correspondentes à cláusula penal, as que decorrem do rompimento do contrato de trabalho, do contrato de agência, etc.

(...)

Tendo o contrato se firmado e desenvolvido dentro da normalidade prevista na Lei n. 6.729/1979, seu prematuro rompimento por ato unilateral do concedente acarreta-lhe o dever de indenizar o concessionário apenas pela verba prevista e dimensionada pela legislação específica, segundo o princípio universal de que a lei especial afasta a lei geral, no âmbito dos fatos particular e exaurientemente disciplinados pelo direito singular.

Quando certa jurisprudência imputa ao concedente, em hipóteses excepcionais, alguma reparação de direito comum, a par daquelas da lei especial

de concessão comercial de revenda de veículos, o faz no pressuposto de que o ato danoso teria ocorrido anormalmente fora dos atos próprios da relação complexa detalhada pela Lei n. 6.729/1979.

Além disso, tal reparação somente é cogitada se a ruptura da concessão provier de ato unilateral culposo do concedente. Se a culpa do concessionário for a causa da resolução contratual, não haverá cabimento nem para as indenizações da Lei Ferrari nem para as do Código Civil.

(...)

(Revista Dialética de Direito Processual n. 44, novembro de 2006).

Dessa forma, conforme delineado acima, entendo, com a devida vênia, que a indenização por perdas e danos decorrentes puramente da rescisão unilateral do contrato, por culpa da concedente, deve observar a regra da lei especial, a saber, o art. 24 da Lei Ferrari, não dando ensejo a outra indenização cumulativa com base na regra geral do Código Civil. Somente situações excepcionais, decorrentes de atos outros não próprios da relação jurídica de concessão comercial, embora reflexamente relacionados ao contrato, poderiam ensejar eventual indenização diversa da lei especial.

Feitas tais considerações, passo à análise do caso concreto.

É incontroversa nos autos a circunstância de que o desempenho da atividade comercial da autora, ora recorrida, manteve-se regular durante mais de trinta anos, até o ano de 1998, quando ocorreu uma drástica redução do fornecimento de veículos e peças automotivas à concessionária pela recorrente, a ponto de dificultar a continuidade da avença (fl. 1.028).

Além disso, observo que a Corte de origem, ao manter os termos da sentença, expressamente consignou que a rescisão do contrato se deu por culpa da Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotores Ltda.

Sendo assim, considerando que a rescisão do contrato, de prazo indeterminado, se deu por culpa da recorrente, a indenização deve limitar-se ao previsto no art. 24 da Lei n. 6.729/1979, que assim especifica:

Art. 24. Se o concedente der causa à rescisão do contrato de prazo indeterminado, deverá reparar o concessionário:

I - readquirindo-lhe o estoque de veículos automotores, implementos e componentes novos, pelo preço de venda ao consumidor, vigente na data da rescisão contratual;

II - efetuando-lhe a compra prevista no art. 23, inciso II;

III - pagando-lhe perdas e danos, à razão de quatro por cento do faturamento projetado para um período correspondente à soma de uma parte fixa de dezoito meses e uma variável de três meses por quinquênio de vigência da concessão, devendo a projeção tomar por base o valor corrigido monetariamente do faturamento de bens e serviços concernentes a concessão, que o concessionário tiver realizado nos dois anos anteriores à rescisão;

IV - satisfazendo-lhe outras reparações que forem eventualmente ajustadas entre o produtor e sua rede de distribuição.

As indenizações previstas nos incisos I e II, do art. 24, foram indeferidas, sem recurso, porque não comprovada a existência de estoque (arts. 23, I, e 24, I, da Lei n. 6.729/1979), e de equipamentos, máquinas, ferramentas e instalações destinadas à concessão (art. 24, II) a serem readquiridos.

Registro, por outro lado, que as instâncias ordinárias não noticiam que tenha havido ajuste entre o produtor e sua rede de distribuição estabelecendo reparações fora dos casos expressamente definidos na lei especial, de modo que também não se aplica o disposto no inciso IV do art. 24.

É cabível, portanto, a indenização prevista no art. 24, III, da Lei n. 6.729/1979, a qual compõe todos os prejuízos decorrentes da rescisão da concessão por culpa do concedente.

Ressalvo que seria, em tese, possível a indenização decorrente de outro ato autônomo, embora conexo com o contrato de concessão, cujos efeitos lesivos não se confundissem com os prejuízos (danos emergentes e lucros cessantes) inerentes ao término unilateral da concessão.

Seria o caso, por exemplo, de dano moral puro decorrente de ofensas e lesão à honra objetiva da empresa concomitantes ao encerramento da concessão.

Isso porque a lei especial regula apenas o dano material que se presume inerente à rescisão do contrato de concessão, não cogitando de atitudes ofensivas ao nome da empresa.

Na hipótese em julgamento, foi deduzido pedido de dano moral, rejeitado, todavia, pela sentença, ante a consideração de que não foi possível aferir “grosseria ou o ânimo ofensivo da parte demandada, que tudo faz crer ao operar a rescisão não o fez visando especificamente a pessoa da demandante, mas como já sustentado, muito provavelmente, como forma de dar curso a uma política de redução das suas concessionárias. (...)”.

Quanto aos danos materiais, filio-me, portanto, à corrente doutrinária de que a indenização estabelecida na lei especial é tarifada e compreende todos os

danos decorrentes da rescisão por ato do concedente. Assim, não será lícito ao concedente eximir-se de seu pagamento, procurando demonstrar que não houve prejuízo, ou que ele se deu em valor inferior. Por outro lado, ao concessionário não será dado postular indenização por outros itens, não especificados nos incisos do art. 24 da Lei Ferrari, embora consequências normais e diretas da rescisão causada pela concedente. Tais prejuízos, se o legislador não os incluiu, são estranhos à indenização estabelecida na lei especial, microsistema completo, concebido pela lei especial à vista das peculiaridades desse ramo específico do mercado.

Não ignoro o acórdão dessa 4ª Turma, de relatoria do saudoso Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, invocado pelo eminente Relator, no sentido de que “a reparação dos danos não abrangidos pela Lei 6.729/1979, que venham a ser cabalmente comprovados como consequentes da resolução do contrato de concessão comercial, por culpa do concedente, encontra suporte jurídico nas disposições do direito comum no que tange à responsabilidade civil, não se restringindo às verbas previstas nos artigos 24 e 25 daquele diploma.” (REsp 10.391-0, DJ 20.9.1993).

Baseou-se o voto condutor do acórdão em parecer de Miguel Reale (RT 624/7), oferecido para subsidiar o julgamento do Recurso Extraordinário 110.607-7, interposto pela mesma concedente em litígio com outra ex-concessionária, visando à reforma de acórdão estadual que a havia condenado, a par da indenização prevista na Lei 6.729/1979, a indenizar a concessionária dos gastos havidos com a construção de imóvel, segundo suas especificações, tendo, em seguida, se furtado a assegurar a vigência da concessão pelo menos pelo prazo necessário para ressarcir-se de seu investimento.

Situação em tudo diversa do presente caso, em que a concessão vigorou por mais de trinta anos.

Observo, ainda, que ao admitir, no REsp 10.391-0, a cumulação da indenização da Lei Ferrari com outras rubricas indenizatórias, com base na lei civil, a 4ª Turma limitou-se a restabelecer a sentença, que havia deferido “a indenização pelos lucros cessantes, calculados na forma do art. 25, I da Lei 6.729/1979, além de outras, referentes a viagens e estadias para lançamento de ônibus, despesas relativas ao exercício da concessão e multas diversas, além de despesas advocatícias, no montante apurado em cautelar de produção antecipada de provas.” Quanto ao pedido de lucros cessantes, com base no art. 1.059 da lei civil, assinalou o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira “já ter sido acolhido

pelo acórdão na forma do art. 24, III, da Lei 6.729/1979, razão pela qual, no ponto, não assiste à recorrente o legítimo interesse, pressuposto geral dos recursos.”

O acórdão proveu o recurso especial para substituir a indenização pelos lucros cessantes deferida pelo acórdão com base no inciso III do art. 24 (contrato por prazo indeterminado) pela do art. 25, inciso I, da mesma lei (contrato por prazo determinado), tendo em vista os efeitos da revelia, e para acrescer, com base na ampla indenização da lei civil, outras rubricas indenizatórias, que haviam sido deferidas pela sentença. Negou, todavia, a pretendida duplicidade de condenação por lucros cessantes com base na Lei Ferrari (art. 24 ou 25) e com base no art. 1059 do Código Civil de 1916.

O *bis in idem* recusado no voto do Ministro Sálvio foi, todavia, concedido pelo acórdão ora recorrido, na medida em que condenou a recorrente aos lucros cessantes fixados nos termos do art. 24, III, da Lei 6.729/1979 somados a lucros cessantes calculados pela perícia com base no Código Civil.

Ainda que em tese admissíveis, portanto, outras rubricas indenizatórias, além das estabelecidas no art. 24 da Lei 6.729/1979, tal somente será cabível se comprovados outros prejuízos distintos dos decorrentes do puro ato de rescisão da concessão, e que não se confundam com os lucros que a concessionária poderia razoavelmente obter com a continuidade do contrato, estes nos termos prefixados pela lei especial.

Assim, indenização por “fundo de comércio” (item 5 da condenação), “valor da concessão, segundo a sua potencialidade” (item 5 da condenação) e “outros danos e lucros cessantes” (item 7 da condenação), estes com base no art. 1059 do Código de 1916 (correspondente ao art. 402 do Código de 2002), rubricas deferidas pelas instâncias de origem, não podem ser acumuladas à indenização estabelecida no art. 24 da Lei Ferrari (item 4 da condenação), sob pena de *bis in idem*.

Igualmente, o ressarcimento das indenizações de pessoal (item 6 da condenação) é despesa inerente ao término da concessão comercial e, portanto, ao meu sentir, não estando previsto na lei especial dentre as verbas indenizatórias não é dever da concedente ressarcir.

Quanto à alegada venda por preço inferior ao de mercado de bens de sócios (item 8 da condenação), além de falta de previsão legal, penso que sequer legitimidade assistiria à pessoa jurídica para os reivindicar.

Apenas prejuízo anômalo, não compreendido nas naturais consequências da extinção da relação contratual, ao meu sentir, justificaria indenização adicional, mesmo sob a ótica do voto do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, condutor do acórdão no REsp 10.391-0.

Fiel a essa compreensão, ausente qualquer prejuízo atípico, considero que a indenização devida à recorrida pela rescisão do contrato de concessão, por ato imputável ao concedente, deve ser quantificada exclusivamente com base no microsistema da Lei Ferrari, nos termos de seu art. 24.

A peculiaridade do presente caso - a circunstância de que a rescisão do contrato, segundo a análise da prova feita pelas instâncias de origem, foi provocada pela concedente, ao reduzir a disponibilidade de veículos à concessionária, abruptamente, a partir do ano de 1998, conduta que não foi remediada nem com a concessão da liminar na ação cautelar - não justifica, ao meu sentir, a quebra do sistema, com condenação em duplo pagamento de indenização a título de lucros cessantes (com base na Lei Ferrari e com base no Código Civil), somada a outras rubricas não previstas na lei especial.

A solução mais adequada, alinhada com o sistema da lei especial, é adotar, para o cálculo dos lucros cessantes fixados no inciso III, do art. 24 da Lei 6.729/1979, a média mensal do faturamento dos dois anos anteriores à rescisão como sendo os dois últimos anos de normalidade da relação contratual, ou seja, os anos de 1996 e 1997, quando, segundo a sentença, o fornecimento de veículos à concessionária era regular (e-STJ fl. 1028).

Esse foi o critério adotado no caso julgado no REsp 104.180-RJ, relator Ministro Barros Monteiro, acima já mencionado. Naquele caso, a concessionária provara que a concedente, desde o ano de 1982, havia reduzido drasticamente o fornecimento de veículos. Os anos adotados como base para o cálculo dos lucros cessantes foram, então, 1980 e 1981.

Dessa forma, a redução da disponibilidade de veículos, causa dos danos apontados pela concessionária e do fim da concessão, não ensejará diminuição da indenização estabelecida pela Lei Ferrari.

Em face do exposto, com a devida vênia do eminente Relator, dou parcial provimento ao recurso especial, a fim de condenar a recorrente apenas ao pagamento da indenização prevista no inciso III do art. 24 da Lei n. 6.729/1979, na forma acima descrita, considerando para o cálculo da média mensal de faturamento os anos de 1996 e 1997, conforme cálculos a serem feitos em liquidação, com juros de mora a partir da citação. Diante da sucumbência

recíproca, as custas e os honorários advocatícios definidos nas instâncias ordinárias deverão ser suportados na proporção do decaimento das partes, apurados os valores em liquidação.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.729.554-SP (2017/0306831-0)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Recorrente: Banco Sofisa S/A

Advogados: Hernani Zanin Júnior - SP305323

Vitor Hugo Silva Leite - SP331999

Recorrido: RRT Industria e Comercio de Confeccoes Ltda - em
Recuperacao Judicial

Repr. por: Jose Martonio Alves Coelho - Administrador

Recorrido: Ana Maria Castelo Trajano

Advogado: Sem representação nos autos - SE000000M

Interes.: Fiori Industria e Comercio de Confeccoes Ltda

Interes.: Fernando Sampaio Trajano

Interes.: Maria Teresa Sampaio Trajano

EMENTA

Recurso especial. Desconsideração da personalidade jurídica. CPC/2015. Procedimento para declaração. Requisitos para a instauração. Observância das regras de direito material. Desconsideração com base no art. 50 do CC/2002. Abuso da personalidade jurídica. Desvio de finalidade. Confusão patrimonial. Insolvência do devedor. Desnecessidade de sua comprovação.

1. A desconsideração da personalidade jurídica não visa à sua anulação, mas somente objetiva desconsiderar, no caso concreto, dentro de seus limites, a pessoa jurídica, em relação às pessoas ou

bens que atrás dela se escondem, com a declaração de sua ineficácia para determinados efeitos, prosseguindo, todavia, incólume para seus outros fins legítimos.

2. O CPC/2015 inovou no assunto prevendo e regulamentando procedimento próprio para a operacionalização do instituto de inquestionável relevância social e instrumental, que colabora com a recuperação de crédito, combate à fraude, fortalecendo a segurança do mercado, em razão do acréscimo de garantias aos credores, apresentando como modalidade de intervenção de terceiros (arts. 133 a 137)

3. Nos termos do novo regramento, o pedido de desconconsideração não inaugura ação autônoma, mas se instaura incidentalmente, podendo ter início nas fases de conhecimento, cumprimento de sentença e executiva, opção, inclusive, há muito admitida pela jurisprudência, tendo a normatização empreendida pelo novo diploma o mérito de revestir de segurança jurídica a questão.

4. Os pressupostos da desconconsideração da personalidade jurídica continuam a ser estabelecidos por normas de direito material, cuidando o diploma processual tão somente da disciplina do procedimento. Assim, os requisitos da desconconsideração variarão de acordo com a natureza da causa, seguindo-se, entretanto, em todos os casos, o rito procedimental proposto pelo diploma processual.

6. Nas causas em que a relação jurídica subjacente ao processo for cível-empresarial, a desconconsideração da personalidade da pessoa jurídica será regulada pelo art. 50 do Código Civil, nos casos de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial.

7. A inexistência ou não localização de bens da pessoa jurídica não é condição para a instauração do procedimento que objetiva a desconconsideração, por não ser sequer requisito para aquela declaração, já que imprescindível a demonstração específica da prática objetiva de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial.

8. Recurso especial 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, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira (Presidente), Marco Buzzi e Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 08 de maio de 2018 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

DJe 6.6.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: *1. Banco Sofisa S/A* interpôs agravo de instrumento em face de decisão proferida em incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, nos autos de execução de título extrajudicial, que considerou prematuro o pedido e determinou o prosseguimento da execução (fl. 39), “...*havendo a necessidade de maior investigação para que se possa apurar a ausência de bens e eventual abuso da personalidade jurídica, desvio de finalidade ou confusão patrimonial*”.

Nas razões do agravo de instrumento, informou que pleiteou a instauração do incidente com base na existência de prova inequívoca de abuso da personalidade jurídica, caracterizado por confusão patrimonial, existência de grupo econômico e fraude, objetivando a que a sociedade empresarial RRT respondesse, na qualidade de sucessora empresarial da executada *Fiori* e seus sócios, *Fernando* e *Ana Maria*, que controlam ambas as sociedades (*Fiori* e RRT), pelo débito na monta de R\$ 246.670,90 (duzentos e quarenta e seis mil, seiscentos e setenta reais e noventa centavos).

Afirmou que, havendo prova de abuso da personalidade jurídica, é plenamente possível, já na petição inicial, possa a credora postular a desconconsideração, independentemente de outras diligências atinentes à busca de bens, conforme se depreende dos artigos do CPC/2015 que passaram a regular a questão.

Ponderou que o art. 133, § 1º, do novo CPC é claro em determinar que o pedido de desconsideração deve observar os pressupostos previstos em lei, no caso, o art. 50 do Código Civil, vale dizer: abuso de direito caracterizado pela confusão patrimonial ou pelo desvio de finalidade.

Asseverou haver clara confusão patrimonial entre a executada *Fiori* e a RRT, aproveitando-se uma do fundo de comércio da outra, marca, funcionários e bens, o que ensejaria a desconsideração de sua personalidades jurídica, nos exatos termos dos artigos 50, 187 e 942, do Código Civil (fl. 9).

Em julgamento do agravo, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento ao recurso, nos termos da ementa reproduzida abaixo (fl. 149):

Execução de título extrajudicial. Desconsideração da personalidade jurídica. Decisão agravada que indeferiu o pedido de desconsideração da personalidade jurídica. Medida excepcional. Ausência de esgotamento dos meios para localização de bens dos executados. Pleito de desconsideração que se mostra prematuro. Recurso não provido.

Foi interposto recurso especial (fls. 159-173), com fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional, sob a alegação de violação aos arts. 133 e 134 do CPC de 2015 e ao art. 50 do CC.

Afirma a recorrente, principalmente, que a insuficiência de bens do devedor não é requisito legal para a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, tal como afirmado pelo acórdão recorrido.

Argumenta que, em que pese ser direito potestativo da parte (diz o art. 133 que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica *será* instaurado), o § 1º do art. 133, visando coibir a instauração de incidentes infundados, determina que o requerente observe (cumpra) os pressupostos legais, referindo-se, por certo, aos requisitos materiais, previstos nos arts. 28 do CDC e 50 do CC.

Aduz que o art. 134, também do novo diploma processual, possibilita, inclusive, em pedido formulado na inicial, que o credor, “valendo-se de elementos que evidenciem a estratagem fraudulento, já possa incluir no polo passivo aquele que agiu em contribuição à utilização da pessoa jurídica de modo abusivo, lesando-o”.

Conclui que, por ser mecanismo de celeridade, e sempre que existirem elementos que evidenciem a fraude ou abuso da personalidade jurídica, não se

pode negar a instauração do incidente, com efetivo contraditório do demandado, com fundamento no fato de ainda não ter o requerente esgotado tentativas de expropriação de bens do devedor originário, por não ser essa providência um dos requisitos legais (art. 50 do CC).

Não foram apresentadas contrarrazões ao recurso especial, conforme certidão de fl. 176.

Juízo negativo de admissibilidade na origem (fls. 177-178) e, interposto agravo em recurso especial, deu-se provimento ao recurso, para melhor análise da questão (fl. 199).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 2. A principal controvérsia consiste em definir se, para a instauração e o processamento do incidente de desconideração da personalidade jurídica - previsto no novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) -, é requisito a comprovação de inexistência de bens do devedor.

No caso em exame, proposto o incidente pela ora recorrente, o acórdão do Tribunal Paulista - mantendo a decisão de primeiro grau - considerou-o prematuro, tendo em vista a não comprovação acerca de bens da requerida e, portanto, impediu seu processamento, nos seguintes termos (fls. 151-156):

A desconideração da personalidade jurídica se trata de medida excepcional, devendo ser esgotados todos os meios para a satisfação do crédito exequendo antes que se mostre pertinente a sua decretação.

Outro não foi o entendimento do MM Juízo de Primeiro Grau que bem fundamentou que: "... O pedido de desconideração da personalidade jurídica é prematuro, havendo a necessidade de maior investigação para que se possa apurar a ausência de bens e eventual abuso da personalidade jurídica, desvio de finalidade ou confusão patrimonial. Assim, primeiramente, caberá à parte exequente postular a realização de diligências como: expedição de mandado de constatação na sede (para que se possa aferir se permanece em funcionamento), pesquisa de bens, notadamente, veículos automotores e imóveis, quebra do sigilo fiscal e bancário (para que se possa aferir a existência de ativo/passivo movimentação financeira). No caso, ausentes diligências nesse sentido, indefiro por ora o pedido.

Suspende-se o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica e prossiga-se a execução nos autos principais...”

Efetivamente, a desconconsideração da personalidade jurídica visa coibir o uso irregular da forma societária para fins contrários ao direito, com o intuito de se evitar que o conceito de pessoa jurídica seja empregado para defraudar credores, subtrair-se a uma obrigação existente, desviar a aplicação de uma lei, constituir ou conservar um monopólio ou proteger condutas antijurídicas.

Porém, conforme orientação jurisprudencial do Colendo superior Tribunal de Justiça, para a desconconsideração da pessoa jurídica nos termos do artigo 50 do Código Civil, é necessário, além do requisito subjetivo concernente no desvio de finalidade ou confusão patrimonial, o objetivo de insuficiência patrimonial da devedora.

(...)

Desta forma, em razão da ausência de esgotamento de meios para localização de bens, não se constata que o agravante possua interesse processual, por ora, para redirecionar a cobrança de dívida com base em confusão patrimonial e existência de grupo econômico fraudulento, sem que antes se proceda à efetiva constatação quanto à ausência de bens passíveis de penhora, com o objetivo de cumprir o pressuposto de insuficiência patrimonial.

(...)

Portanto, com o devido respeito, o recurso não merece provimento, não significando que posteriormente possa ser reapreciada, desde que constatada efetivamente a insolvência.

De modo a melhor permitir a exata compreensão da questão controvertida, convém transcrever os artigos do novo CPC que tratam do instituto:

Art. 133. O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

§ 1º O pedido de desconconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei.

§ 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconconsideração inversa da personalidade jurídica.

Art. 134. O incidente de desconconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

§ 1º A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas.

§ 2º Dispensa-se a instauração do incidente se a desconconsideração da

personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica.

§ 3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º.

§ 4º O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para descon sideração da personalidade jurídica.

Art. 135. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias.

Art. 136. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória.

Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno.

Art. 137. Acolhido o pedido de descon sideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente.

3. Nesse passo, como se sabe, a novidade introduzida no ordenamento pelo novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) não foi a descon sideração da personalidade jurídica, em si. A inovação apresentada pelo diploma processual de 2015 consistiu na previsão e regulamentação de procedimento próprio para a operacionalização daquele instituto de inquestionável relevância social e instrumental.

Com efeito, a “teoria da descon sideração da personalidade jurídica” - *disregard doctrine* -, difundida no Brasil após a década de 60, especialmente a partir de memorável lição do saudoso jurista Rubens Requião, inspirou importantes normas de direito material (art. 2º da Consolidação das Leis Trabalhistas, art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, art. 4º da Lei n. 9.605/1998, art. 50 do CC/2002), cuja aplicação sempre se orientou pela cautela, tendo em vista a máxima da autonomia e distinção de patrimônios entre as pessoas física e jurídica.

Esta é a doutrina de Rubens Requião sobre a natureza jurídica da descon sideração:

(...) a *disregard doctrine* não visa anular a personalidade jurídica, mas somente objetiva descon siderar, no caso concreto, dentro de seus limites, a pessoa jurídica, em relação às pessoas ou bens que atrás dela se escondem. É o caso de declaração de ineficácia especial da personalidade jurídica para determinados efeitos, prosseguindo, todavia, a mesma incólume para seus outros fins legítimos.

(*Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica*. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, v. 410, dez., 1969, p. 14).

Nessa linha, seguiu o entendimento da Casa, no sentido de que “a desconsideração da pessoa jurídica é *medida excepcional* que reclama o atendimento de pressupostos específicos relacionados com a fraude ou abuso de direito em prejuízo de terceiros, o que deve ser demonstrado sob o crivo do devido processo legal” (*REsp 347.524/SP, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 18/02/2003*).

De fato, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica se apresenta como importante mecanismo de recuperação de crédito, combate à fraude e, por consequência, fortalecimento da segurança do mercado, em razão do acréscimo de garantias aos credores, atuando, processualmente, sobre o polo passivo da relação, modificando ou ampliando a responsabilidade patrimonial.

Seguindo por essa trilha, o incidente incluído pelo novo CPC (2015) foi apresentado, justamente, entre as modalidades de intervenção de terceiros, porquanto, forçadamente, alguém estranho ao processo – sócio ou sociedade, conforme o caso, “será citado e passará a ser parte no processo, ao menos até que seja resolvido o incidente e (...) caso se decida pela desconsideração, o sujeito que ingressou no processo passará a ocupar a posição de demandado, em litisconsórcio com o demandado original” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 94).

Nos termos do novo regramento (art. 134), o pedido de desconsideração não inaugura ação autônoma, mas se instaura *incidentalmente*, podendo ter início nas fases de conhecimento, cumprimento de sentença e executiva, opção, inclusive, há muito admitida pela jurisprudência, tendo a normatização empreendida pelo novo diploma o mérito de revestir de segurança jurídica a questão.

Destaco, em doutrina de renome, que, mesmo antes, apontava-se para a necessidade de ação judicial própria para o levantamento do véu da pessoa jurídica, tendo como maior fundamento preceito de índole supralegal relativo ao contraditório e à ampla defesa (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. v. 2. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 57).

Cumprir pontuar, aliás, importante previsão do Código, qual seja, a citação dos sócios ou da pessoa jurídica (nos casos de desconsideração inversa), para manifestação e eventual produção das provas que considerar necessárias, o que, em certa medida, prestigia o contraditório, mas também torna mais dificultosa a aplicação do instituto.

Esta a lição da doutrina:

A técnica processual e a previsão de forma para determinados atos destinam-se exclusivamente a permitir o desenvolvimento ordenado da relação jurídica entre juiz, autor e réu, assegurando aos respectivos sujeitos *efetiva participação e possibilidade de influência nos rumos e no resultado do processo*. Este fenômeno constitui a verdadeira substância daquilo que autorizada doutrina denomina de 'contraditório efetivo e equilibrado'.

(BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. Malheiros: São Paulo, 2010, p. 158)

Tal previsão legal, segundo penso, ensejará a superação da jurisprudência desta Corte quanto a *desnecessidade de citação* dos sócios, ou da pessoa jurídica, quando em vias de ser declarada a desconconsideração (REsp 1.572.655/RJ, Rel. Ministro *Ricardo Villas Bôas Cueva*, *Terceira Turma*, julgado em 20/03/2018, DJe 26/03/2018, AgInt no AREsp 918.295/SP, Rel. Ministra *Maria Isabel Gallotti*, *Quarta Turma*, julgado em 18/10/2016, DJe 21/10/2016)

É bem de ver que, a partir da previsão do art. 135 (citação do sócio ou da pessoa jurídica), a eventual participação no incidente acerca da desconconsideração parece deva ser prévia, com capacidade de influir na própria decisão extrema, não se contentando o legislador com a apresentação de defesa posterior, com capacidade apenas de reverter a decisão.

4. Quanto à questão jurídica ora em discussão - desnecessidade ou não de comprovação de bens suficientes à execução para iniciar o incidente da desconconsideração -, relembro, em consonância com o que já era previsto pelo art. 50 do Código Civil, que o novo Código Processual exige, de forma expressa, a instauração provocada do incidente, pelas partes ou pelo Ministério Público, havendo quem afirme, inclusive, a extirpação absoluta da possibilidade da decretação de ofício, em situações como, por exemplo, a do art. 28 do CDC (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Op. cit.*, p. 95).

Com efeito, o legislador, ciente de que os pressupostos da desconconsideração da personalidade jurídica devem ser estabelecidos por normas de direito material, ateu-se à disciplina do procedimento, necessário para que se possa verificar se é ou não o caso de desconsiderar-se a personalidade jurídica.

Noutras palavras, os requisitos da desconconsideração variarão de acordo com a natureza da causa, devendo ser apurados nos termos da legislação própria. Segue-se, entretanto, em todos os casos, o *rito procedimental* proposto pelo diploma processual.

Frisa-se que tal constatação tem fundamento, ainda, na própria redação dos arts. 133, § 1º e 134, § 4º, do NCPC, segundo os quais, o requerimento de instauração do incidente deve observar e demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para a desconsideração da personalidade jurídica. É evidente, portanto, que estes dispositivos estão se referindo às normas de direito substancial, as quais continuarão regulando os pressupostos exigidos em cada caso concreto, seja ele submetido ao Código Civil, seja ele submetido ao Código de Defesa do Consumidor ou à Lei de Crimes Ambientais.

(FILHO, Heleno Ribeiro P. Nunes. *A desconsideração de ofício da personalidade jurídica à luz do incidente processual trazido pelo novo código de processo civil brasileiro*. Revista de Processo. vol. 258. ano 41. p. 103-122. São Paulo: Ed. RT, ago. 2016).

Na linha desse raciocínio é que se pode afirmar que, nas causas em que a relação jurídica subjacente ao processo for cível-empresarial, caso dos autos, a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica será regulada pelo art. 50 do Código Civil, que assim dispõe:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Noutro ponto, baseando-se a causa numa relação jurídica de consumo, incidirão as disposições do CDC; nas de direito ambiental, a norma prevista no art. 4º da Lei n. 9.605/1998 e, também assim, as causas trabalhistas e tributárias, se orientarão pelas respectivas legislações de regência.

No caso em julgamento, como dito, é de amplo conhecimento que o Código Civil adota a chamada “teoria maior” da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica, segundo a qual é imperiosa a demonstração objetiva de atos contrários à probidade e à legalidade, quais sejam o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial, ambos caracterizadores do abuso de personalidade.

Acerca desse ponto, confira-se a lição de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

Já a teoria maior objetiva [...] está centrada mais nos aspectos funcionais do instituto do que na intenção do sócio. Assim, o fundamento da desconsideração seria a disfunção da empresa, causada não somente através do elemento subjetivo, mas, por igual, através de circunstâncias desatreladas da vontade,

como a confusão patrimonial ou a desorganização societária. De qualquer sorte, a teoria maior exigirá, sempre, o atendimento de requisitos legais específicos para efetivar a desconsideração.

(*Curso de direito civil*. v. 1, 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 454)

À luz da previsão legal, o Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que a inexistência ou não localização de bens da pessoa jurídica não caracteriza, por si só, quaisquer dos requisitos previstos no art. 50 do Código Civil, sendo imprescindível a demonstração específica da prática objetiva de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial.

Confram-se:

Agravo interno no agravo em recurso especial. Agravo de instrumento. 1. Desconsideração da personalidade jurídica. Ausência de bens penhoráveis. Dissolução irregular da empresa. Fundamentos que, por si só, são insuficientes à aplicação da medida. Ilegitimidade do sócio para figurar como parte passiva na execução. Extinção do processo. Art. 485, VI, do CPC/2015. Manutenção da deliberação monocrática. Pretensão de aplicação da Súmula 7/STJ afastada. 2. Intenção de incidência da Súmula 435 do STJ. Restrição ao âmbito da execução fiscal. 3. Agravo interno desprovido.

1. A jurisprudência mais recente desta Casa assevera que 'a mera demonstração de inexistência de patrimônio da pessoa jurídica ou de dissolução irregular da empresa sem a devida baixa na junta comercial, por si só, não ensejam a desconsideração da personalidade jurídica' (AgRg no AREsp 347.476/DF, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 5/5/2016, DJe 17/5/2016). Decisão monocrática proferida em consonância com o entendimento supra, não sendo o caso de aplicação da Súmula 7/STJ ao apelo nobre, pois a controvérsia dos autos demanda apenas a reavaliação jurídica dos fatos delineados no aresto impugnado.

2. A aplicação do disposto na Súmula 435 do STJ limita-se aos casos relativos à execução fiscal.

3. Agravo interno desprovido.

(AgInt no AREsp 1.006.296/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 16/02/2017, DJe 24/02/2017)

Agravo interno no agravo em recurso especial. Direito Civil. Desconsideração da personalidade jurídica. Inviabilidade. Inteligência do art. 50 do CC/2002. Aplicação da teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica. Inexistência de comprovação do desvio de finalidade ou de confusão patrimonial. Precedentes. Agravo não provido.

(...)

3. No caso, em que se trata de relações jurídicas de natureza civil-empresarial, o legislador pátrio, no art. 50 do CC de 2002, adotou a teoria maior da desconsideração, que exige a demonstração da ocorrência de elemento objetivo relativo a qualquer um dos requisitos previstos na norma, caracterizadores de abuso da personalidade jurídica, como excesso de mandato, demonstração do desvio de finalidade (ato intencional dos sócios em fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica) ou a demonstração de confusão patrimonial (caracterizada pela inexistência, no campo dos fatos, de separação patrimonial entre o patrimônio da pessoa jurídica e dos sócios ou, ainda, dos haveres de diversas pessoas jurídicas).

4. *A mera demonstração de inexistência de patrimônio da pessoa jurídica ou de dissolução irregular da empresa sem a devida baixa na junta comercial, por si só, não ensejam a desconsideração da personalidade jurídica. Precedentes.*

(...)

7. Agravo interno não provido.

(AgRg no AREsp 347.476/DF, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 05/05/2016, DJe 17/05/2016)

Recurso especial. Ação monitória. Cumprimento de sentença. Desconsideração da personalidade jurídica. Art. 50 do CC/2002. Abuso da personalidade jurídica. Desvio de finalidade ou confusão patrimonial. Requisitos. Índícios de encerramento irregular da sociedade. Insuficiência.

1. O recurso especial tem origem em agravo de instrumento que manteve decisão que deferiu pedido de desconsideração de personalidade jurídica com base no artigo 50 do Código Civil.

2. Cinge-se a controvérsia a definir se estão presentes os requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica no caso dos autos.

3. A desconsideração da personalidade jurídica é medida excepcional e está subordinada à comprovação do abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial.

4. *A existência de indícios de encerramento irregular da sociedade aliada à ausência de bens capazes de satisfazer o crédito exequendo não constituem motivos suficientes para a desconsideração da personalidade jurídica. Precedentes.*

5. Recurso especial provido.

(REsp 1.419.256/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 02/12/2014, DJe 19/02/2015)

Responsabilidade civil e Direito do Consumidor. Recurso especial. Shopping Center de Osasco-SP. Explosão. Consumidores. Danos materiais e morais. Ministério Público. Legitimidade ativa. Pessoa jurídica. Desconsideração. Teoria

maior e teoria menor. Limite de responsabilização dos sócios. Código de Defesa do Consumidor. Requisitos. Obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Art. 28, § 5º.

(...)

- *A teoria maior da desconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações.*

Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração).

(...)

- Recursos especiais não conhecidos.

(REsp 279.273/SP, Rel. Ministro Ari Pargendler, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJ 29/3/2004)

Tal panorama da jurisprudência não sofre alteração com a nova regra procedimental, segundo penso.

É possível afirmar, ademais, que além de a constatação da insolvência não ser suficiente à desconsideração - para o caso do art. 50 do CC -, com mais razão a inexistência de bens do devedor *não pode ser condição* para a instauração do procedimento que objetiva aquela decretação.

Na verdade, pode a desconsideração da personalidade jurídica ser decretada ainda que não configurada a insolvência, desde que verificados o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial, caracterizadores do abuso de personalidade.

Nesse mesmo rumo, a doutrina de Flávio Tartuce, ao comentar o Enunciado n. 281 do CJP/STJ:

Primeiramente, dispõe o Enunciado n. 281 do CJP/STJ que *a aplicação da desconsideração, descrita no art. 50 do CC, prescinde da demonstração de insolvência da pessoa jurídica. Em tom prático, não há necessidade de provar que a empresa está falida para que a desconsideração seja deferida. O enunciado está perfeitamente correto, pois os parâmetros previstos no art. 50 do CC são a confusão patrimonial e o desvio de finalidade. Todavia, a insolvência ou a falência podem servir de parâmetros de reforço para a desconsideração*”.

(Manual de direito civil. volume único. 7. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 189)

Assim, considero procedente o argumento recursal no sentido de que o processamento do incidente de desconideração não poderia ter sido obstado, liminarmente, ao fundamento de não ter sido demonstrada pelo requerente a insuficiência de bens do executado.

Ora, como visto, se a insolvência não é pressuposto para a decretação da desconideração da personalidade jurídica, não pode ser considerada, por óbvio, pressuposto de instauração do incidente ou condição de seu regular processamento.

Acerca da questão, Humberto Dalla comenta:

Deve adotar-se, destarte, interpretação ampla do interesse de agir, preconizada doutrinariamente por conferir maior efetividade à cláusula constitucional do acesso à justiça (art. 5º, XXXV). Em sede de desconideração maior, em que é o sócio (que atuou abusivamente através da personalidade jurídica) verdadeiro titular passivo do crédito, assiste ao autor o direito de optar por sua responsabilização, independentemente da potencial satisfatividade do crédito perante a pessoa jurídica.

(<http://genjuridico.com.br/2016/01/19/o-incidente-de-desconideracao-da-personalidade-juridica-do-novo-cpc/>)

Nesse mesmo sentido, é o raciocínio de Alexandre Câmara:

No ato de requerimento de desconideração da personalidade jurídica, incumbirá ao requerente apresentar elementos mínimos de prova de que estão presentes os requisitos para a desconideração (os quais, como visto, serão estabelecidos na lei substancial). É preciso, então, que sejam fornecidos elementos de prova que permitam ao juiz a formação de um juízo de probabilidade acerca da presença de tais requisitos.

(...)

Não estando presentes tais elementos, e não se podendo sequer afirmar que é provável o preenchimento dos requisitos da desconideração, deverá o juiz indeferir liminarmente o incidente, não chegando o mesmo a instaurar-se.

Tal decisão de rejeição liminar, porém, não pode ser proferida sem que se observe, em relação ao requerente, e de forma plena, o princípio do contraditório, cuja observância é essencial para que se respeite o modelo constitucional do processo civil brasileiro e, por conseguinte, se assegure a legitimidade democrática da decisão judicial. Assim sendo, caso o juiz receba a petição de requerimento de desconideração da personalidade jurídica e não consiga desde logo, formar esse juízo de probabilidade, deverá dar ao requerente oportunidade para manifestar-se especificamente sobre a possibilidade de vir o requerimento a ser liminarmente

indeferido para, só depois, proferir sua decisão. Isto é o decorre dos arts. 9º e 10º do CPC, dispositivos responsáveis por veicular a regra que exige necessária observância do contraditório pleno e efetivo, a qual decorre logicamente do princípio constitucional do contraditório.

(CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 99-100)

5. Ante o exposto, tendo em vista que a demonstração da insolvência do executado não é pressuposto de instauração do incidente de descon sideração da personalidade jurídica com fundamento no art. 50 do Código Civil, dou provimento ao recurso especial para, cassando a decisão e o acórdão, determinar o retorno dos autos ao primeiro grau, para o regular processamento do incidente, conforme disposto nos arts. 133 a 137 do CPC/2015.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.731.617-SP (2017/0326842-6)

Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira

Recorrente: OSAC - Organizacao Sorocabana de Assistencia e Cultura Ltda

Advogados: Ivone Leite Duarte - SP194544

Thomaz Cardoso de Almeida Dias da Rocha - SP325456

Recorrido: Labor Empresarial - Servicos Especializados Ltda

Advogados: Fábio de Paula Zacarias - SP170253

Maria Fernanda Bernardinetti - SP258229

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Honorários advocatícios. Condenação. Ausência. Apreciação equitativa. Impossibilidade. Limites percentuais. Observância. Recurso provido.

1. Ressalvadas as exceções previstas nos §§ 3º e 8º do art. 85 do CPC/2015, na vigência da nova legislação processual o valor da verba honorária sucumbencial não pode ser arbitrado por apreciação

equitativa ou fora dos limites percentuais fixados pelo § 2º do referido dispositivo legal.

2. Segundo dispõe o § 6º do art. 85 do CPC/2015, “[o]s limites e critérios previstos nos §§ 2º e 3º [do mesmo art. 85] aplicam-se independentemente de qual seja o conteúdo da decisão, inclusive aos casos de improcedência ou de sentença sem resolução de mérito”.

3. No caso concreto, ante o julgamento de improcedência dos pedidos deduzidos em reconvenção, não se tratando de demanda de valor inestimável ou irrisório, faz-se impositiva a majoração da verba honorária, estipulada em quantia inferior a 10% (dez por cento) do valor atribuído à causa.

4. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

A Quarta Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Buzzi, Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Luis Felipe Salomão e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de abril de 2018 (data do julgamento).

Ministro Antonio Carlos Ferreira, Relator

DJe 15.5.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Trata-se de recurso especial interposto na forma prevista pelo art. 105, III, “a”, da Constituição Federal, contra acórdão do TJSP assim ementado (e-STJ, fl. 380):

Apelações. Ação declaratória de inexigibilidade de título de crédito, cumulada com tutela antecipada de sustação de protesto e de restituição de valores pagos indevidamente e indenização por perdas e danos morais, seguida de reconvenção. Contrato de prestação de serviços de portaria, limpeza e jardinagem.

Recurso intempestivo. Não configuração. Preliminar rejeitada.

Protesto indevido não verificado. Mero aborrecimento.

Indenização indevida. Contrato de prestação de serviços devidamente cumprido, sem alteração na cobrança do valor das horas de trabalho previamente fixadas. Número de funcionários não previsto no contrato. Funcionários absorvidos pela contratada que já prestavam serviços para a contratante por outra empresa e continuaram no local, vinculados a empresa sucessora. Multa contratual não caracterizada. Recursos providos.

Os embargos de declaração opostos pela ora recorrente foram rejeitados (e-STJ, fls. 400/401 e 404/410).

A controvérsia origina-se de ação declaratória proposta pela recorrente, cujos pedidos foram julgados procedentes – bem assim acolhidos os pedidos formulados em sede de reconvenção – por sentença proferida em 31/8/2015, nos termos do seguinte dispositivo (e-STJ, fls. 284/285)

Ante o exposto, *julgo parcialmente procedente* a ação principal e a reconvenção, para: a) tornar definitiva a decisão que determinou a sustação do protesto e declarar a inexigibilidade da duplicata; *Condenar* a requerida, *Labor Empresarial Serviço Especializados Ltda*, ao pagamento de indenização por danos morais fixados em R\$5.000,00 (cinco mil reais), montante a ser corrigido desde a data da presente decisão, e acrescido de juros legais desde a citação. *Condeno*, ainda, a autora-reconvinda, *Organização Sorocabana de Assistência e Cultura Ltda - OSAC (FADITU)*, a pagar à ré-reconvinte o valor equivalente à cláusula penal (item 7.5 do contrato), em montante a ser aferido em liquidação de sentença, observados os critérios supra, corrigido monetariamente e acrescido de juros legais desde a citação. Nos autos da ação principal, arcará a requerida com as verbas de sucumbência, incluindo-se honorários advocatícios no importe de 15% do valor da condenação. Nos autos da reconvenção, arcará a reconvinda com a sucumbência, igualmente fixados os honorários em 15% do valor da condenação. Saliente-se a possibilidade de compensação de créditos.

Inconformadas, ambas as partes apelaram (e-STJ, fls. 303/310 e 314/323).

O TJSP deu provimento aos recursos “*para julgar improcedente o pedido em ação declaratória de inexigibilidade de título de crédito c.c. tutela antecipada de sustação de protesto e improcedente a reconvenção, condenando-se a autora reconvinda e o réu reconvinte ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios para cada parte, responsabilizando-se pelos honorários advocatícios da parte contrária, fixada em R\$ 1.000,00 para cada qual, valor suficiente para remunerar o trabalho por eles produzido*” (e-STJ, fl. 394). O julgamento deu-se na vigência do CPC/2015.

Em suas razões recursais (e-STJ, fls. 412/419), a recorrente aponta violação do art. 85, § 2º, do CPC/2015. Defende que a verba honorária sucumbencial

deve ser fixada entre os percentuais mínimo e máximo estabelecidos no referido dispositivo, calculados sobre o valor atribuído à causa, à míngua de provimento condenatório. Argumenta que o parágrafo oitavo do referido dispositivo, invocado pela Corte local para o arbitramento da verba honorária, somente tem aplicação nas demandas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico. A propósito desse elemento, aduziu o seguinte (e-STJ, fl. 418):

Com a reconvenção a recorrida pretendeu a condenação da recorrente ao pagamento de R\$68.490,24, conforme constou do V. Acórdão, quantia perfeitamente estimável e que não é irrisória. Desse modo, o valor da causa deveria ter sido utilizado como base de cálculo para fixação dos honorários advocatícios, mesmo sem haver condenação pecuniária, uma vez que a reconvenção foi julgada improcedente.

Contrarrazões às fls. 424/437 (e-STJ).

Inadmitido na origem (e-STJ, fls. 438/439), dei provimento a agravo nos próprios autos para determinar sua conversão em recurso especial (e-STJ, fl. 463).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira (Relator): A questão controvertida do presente recurso cinge-se a examinar a força cogente dos limites mínimo e máximo estabelecidos no art. 85, § 2º, do CPC/2015 para os honorários advocatícios sucumbenciais, ressalvadas as exceções previstas nos §§ 3º e 8º do mesmo dispositivo legal.

Em suma, não se tratando de processos envolvendo a Fazenda Pública ou demandas cujo proveito econômico for inestimável ou irrisório, ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, cabe definir se o magistrado está vinculado às balizas estabelecidas pelo referido dispositivo legal.

Respondo positivamente.

Como sabemos, o CPC de 2015 avançou na disciplina dos honorários advocatícios sucumbenciais, criando regras mais claras e modificando a jurisprudência em pontos nos quais o entendimento consolidado não mais se mostrava adequado, à luz da atual dinâmica do processo civil brasileiro.

Nesse sentido, a título de exemplo, vale destacar a vedação à compensação da verba honorária no caso de sucumbência recíproca (art. 85, § 14), até então expressamente admitida pela jurisprudência (Súm. 306/STJ) a despeito da inexistência de identidade entre credores e devedores (CC/2002, art. 371). A possibilidade do ajuizamento de ação autônoma para a definição e cobrança dos honorários advocatícios – no caso de omissão do título judicial transitado em julgado (art. 85, § 18) – é também uma evolução que fez superar a orientação do enunciado n. 453 da Súmula do STJ.

De outro lado, o código consagrou e positivou a jurisprudência firmada em questões de grande importância sobre o assunto, como o cabimento dos honorários na fase de cumprimento de sentença, antes definida por meio de recurso especial julgado sob o rito do então vigente art. 543-C do CPC/1973 (REsp 1.134.186/RS, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, *Corte Especial*, julgado em 1º/08/2011, DJe 21/10/2011) e a natureza alimentar da verba sucumbencial (art. 85, § 14), que já havia sido assentada pelo STF, inclusive por meio de Súmula Vinculante (a de n. 47).

Relativamente aos limites dos valores dos honorários advocatícios sucumbenciais, a nova lei processual previu as situações nas quais a verba sucumbencial pode ser arbitrada por apreciação equitativa, limitando-as às causas “em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo” (art. 85, § 8º).

Lembro que, no diploma anterior, as hipóteses nas quais os honorários poderiam ser fixados por equidade eram mais amplas, contemplando decisões das quais não resultava condenação, como no decreto de extinção do processo sem a resolução do mérito e o julgamento de improcedência dos pedidos iniciais (CPC/1973, art. 20, § 4º).

Quando autorizado a arbitrar os honorários advocatícios por apreciação equitativa, sabidamente não está o Magistrado adstrito aos limites percentuais estabelecidos pelo código. Nesse sentido é a jurisprudência uníssona desta Casa. Cito, em abono dessa assertiva, dentre muitos, os seguintes julgados:

Agravo interno. Recurso especial. Omissão. Não ocorrência. Honorários advocatícios. Revisão. Inviabilidade. Apreciação equitativa. Necessidade de reexame fático. Súmula 7/STJ. Art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil/2015. Limitação. Não ocorrência. Não provimento.

(...)

3. Na apreciação equitativa, o magistrado não está restrito aos limites percentuais estabelecidos no art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil/2015.

(...)

(AgInt no REsp 1.497.043/SE, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 07/12/2017, DJe 14/12/2017)

Agravo interno no agravo em recurso especial. Honorários advocatícios. Aplicação do CPC/1973. Marco temporal. Verba honorária. Apreciação equitativa. Limites. Valor fixo. Cabimento. Revisão. Impossibilidade. Súmula n. 7/STJ.

(...)

2. Nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil de 1973, a fixação dos honorários nas ações em que não há condenação não está adstrita aos limites percentuais de 10% (dez por cento) e 20% (vinte por cento), podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, ou mesmo um valor fixo, segundo o critério de equidade.

(...)

(AgInt no AREsp 1.106.099/RS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 09/11/2017, DJe 23/11/2017)

Processual Civil. Agravo regimental no recurso especial. Recurso manejado sob a égide do CPC/1973. Honorários advocatícios. *Quantum*. Equidade na fixação. Reexame das premissas de fato adotadas pelo Tribunal de origem. Impossibilidade. Súmula n. 7 do STJ. Incidente de uniformização de jurisprudência. Faculdade conferida ao órgão julgador. Agravo regimental não provido.

(...)

2. A fixação dos honorários advocatícios não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC/1973, ou mesmo um valor fixo, segundo o critério de equidade.

(...)

(AgRg no AREsp 631.733/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 27/06/2017, DJe 07/08/2017)

Agravo interno no agravo em recurso especial. Processual Civil. Honorários advocatícios. Desistência. Honorários fixados com base na equidade. Aplicação do § 4º do art. 20 do CPC/1973. Agravo interno não provido.

1. A jurisprudência desta eg. Corte entende que, nas causas em que não haja condenação, os honorários advocatícios devem ser arbitrados de forma equitativa pelo juiz, nos termos do § 4º do artigo 20 do CPC/1973, não ficando adstrito o juiz aos limites percentuais estabelecidos no § 3º, mas aos critérios neste previstos.

(...)

(AgInt no AREsp 1.034.919/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 23/05/2017, DJe 1º/06/2017)

Ocorre que, a par da impossibilidade de se aplicar critérios de equidade nas hipóteses não expressamente previstas em lei (CPC/2015, art. 140, § ún.), o Código de Processo Civil vigente é expresso em dispor que os limites percentuais previstos em seu art. 85, § 2º, aplicam-se “*independentemente de qual seja o conteúdo da decisão, inclusive aos casos de improcedência ou de sentença sem resolução de mérito*” (§ 6º). Cito, a propósito:

8. § 6º. *Fixação dos honorários no caso de improcedência ou extinção sem resolução do mérito.* Mais uma boa inovação do CPC/2015, que buscou resolver um problema prático existente no CPC/1973. 8.1. Como já exposto, no sistema anterior havia fixação de no mínimo 10% sobre o valor da condenação, no caso de procedência. Contudo, para o caso de improcedência ou extinção sem mérito, não havia critério objetivo: ficava a critério do juiz a fixação (§ 4º do artigo 20 do CPC/1973). Diante disso, muitas vezes a procedência acarretaria uma fixação em valores “elevados” (10% do valor da condenação), ao passo que a improcedência acarretava uma fixação em valor fixo, ínfima, considerando os valores debatidos no processo. Poderia o juiz, se quisesse, condenar com base no valor da causa. Mas era uma opção. Por isso, a jurisprudência do STJ fixou o entendimento de que, no caso de improcedência, condenação em valor inferior a 1% do valor da causa seria considerada irrisória (vide jurisprudência selecionada). Muitas vezes, mesmo o 1% era uma quantia pequena considerando todo o trabalho exercido no processo. 8.2. Nesse contexto é que vem a inovação desse § 6º: improcedente ou extinto sem mérito o processo, a fixação dos honorários em favor do réu vencedor deve ser a mesma que se verifica quando do autor vencedor. Como não há procedência, não há valor da condenação. Assim, a base de cálculo será, principalmente, o valor da causa atualizado (§ 2º). Trata-se de excelente alteração, para equiparar a figura do autor e do réu em relação à sucumbência. 8.3. Contudo, a realidade prática mostra que, ao menos no início da vigência do Código, esse dispositivo muitas vezes não vem sendo aplicado pelos juízes, pelos mais diversos argumentos. Há decisões que afirmam ser esse dispositivo inconstitucional, por violar o acesso à justiça, onerando em demasia o autor. Outras decisões aplicam o princípio da vedação do enriquecimento sem causa para não aplicar os honorários de acordo com o § 6º. Outros aplicam de forma analógica e com força na isonomia o § 8º (que permite majorar os honorários se a quantia for muito baixa). E há simplesmente as decisões que, sem qualquer fundamentação ou sequer mencionando este § 6º, fixam conforme se fazia à luz do CPC/1973. 8.4. De minha parte, enquanto não revogado ou declarado inconstitucional o dispositivo em análise, entendo que ele deveria ser aplicado – e

isso é exatamente feito por diversos magistrados, que simplesmente aplicam a lei. 8.5. Resta verificar como a jurisprudência dos tribunais se fixará, especialmente a dos tribunais superiores. 8.6. No âmbito da I Jornada de Direito Processual do CJF, editou-se enunciado na linha do que aqui defendido, no sentido da aplicação de que descabe aplicação por equidade em relação a este parágrafo (enunciado 6, na jurisprudência selecionada).

(GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte de. *Teoria Geral do Processo: Comentários ao CPC de 2015. Parte Geral*. São Paulo: Método, 2016. Págs. 328/329).

Em tais condições, com o decreto de improcedência dos pedidos formulados pela recorrida na reconvenção que propôs, na qual objetivava a condenação da recorrente no pagamento de quantia fixa (R\$ 68.490,24), faz-se imprescindível que a verba honorária sucumbencial fixada em favor do advogado da recorrente-reconvinda observe os limites mínimo e máximo estipulados em dispositivo legal vigente.

Ante o exposto, *dou provimento* ao recurso especial para reformar em parte o acórdão recorrido, majorando os honorários advocatícios devidos pela recorrida ao patrono da recorrente para o equivalente a 10% (dez por cento) do valor da causa na reconvenção.

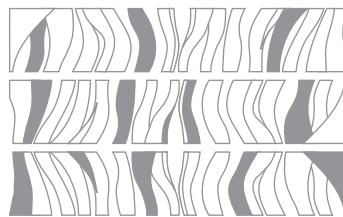
É como voto.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Senhor Presidente, neste caso acompanho Vossa Excelência, mas faço ressalva de que a situação poderá ser avaliada de forma diferente, tendo em vista eventuais peculiaridades de caso concreto que justifiquem a invocação, por analogia, da norma do § 8º, a fim de evitar enriquecimento ilícito, e também a aplicação da norma do § 5º do mesmo artigo.

No presente caso, todavia, não há nenhuma excepcionalidade, e, além disso, o valor estaria mesmo na faixa mínima prevista no inciso I do § 3º.

Apenas com essas ressalvas, acompanho o voto de Vossa Excelência.



Quinta Turma

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 1.660.712-PR
(2017/0057610-3)**

Relator: Ministro Felix Fischer

Agravante: Iria de Oliveira Cassu

Advogado: Thiago Luiz Pontarolli - PR047488

Agravado: Ministério Público Federal

EMENTA

Penal e Processo Penal. Recurso especial. *Operação Curaçao*. Crime de evasão de divisas. Art. 22 da Lei 7.492/1986. Ofensa ao princípio da colegialidade. Incompetência do juízo. Inocorrência. Conexão instrumental. Cooperação jurídica internacional. Prova produzida no exterior. Compartilhamento. Autorização judicial de uso das provas colhidas no exterior e de quebra de sigilo bancário. Parâmetros de validade atendidos. Arts. 13 e 17 da LINDB. Convenção Internacional de Palermo e Convenção Internacional de Mérida. Precedentes desta eg. Corte Superior. Pleito absolutório. Ausência de prova. Ofensa ao princípio da correlação entre a denúncia e a sentença. Súmula 7/STJ. Operação “Dólar-Cabo”. Prescindibilidade da saída física de moeda do território nacional para a configuração do delito de evasão de divisas. Tese adotada pelo STF no julgamento da AP 470 - Mensalão e precedentes desta eg. Corte Superior. Dosimetria da pena. Fundamentação idônea. Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, desprovido.

I - O Novo Código de Processo Civil e o Regimento Interno desta Corte (art. 932, inciso III, do CPC/2015 e arts. 34, inciso VII, e 255, § 4º, ambos do RISTJ) permitem ao relator julgar monocraticamente recurso inadmissível, prejudicado, ou que não tiver impugnado especificamente todos os fundamentos da decisão recorrida, e ainda, dar ou negar provimento nas hipóteses em que houve entendimento firmado em precedente vinculante, súmula ou *jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça*, a respeito da matéria debatida no recurso, *não importando essa decisão em cerceamento de defesa ou violação ao princípio da colegialidade*.

II - Verificada a conexão probatória (instrumental), não há falar em ilegalidade no processamento da ação penal em foro diverso do local da infração, em estrita consonância com o art. 76, I e III, do CP. Registre-se, por oportuno, que, conforme previsão do art. 80 do CPP, cabe ao Juiz o exame da pertinência ou não da separação de processos. Assim como as regras relativas à conexão e à continência, toda a questão gira em torno da efetividade da função jurisdicional, da duração razoável do processo e da facilitação da instrução probatória. *Precedentes.*

III - *“A prova produzida no estrangeiro de acordo com a legislação de referido país pode, contudo, não ser admitida no processo em curso no território nacional se o meio de sua obtenção violar a ordem pública, a soberania nacional e os bons costumes brasileiros, em interpretação analógica da previsão do art. 17 da LINDB. [...] Na presente hipótese, as provas encaminhadas ao MP brasileiro são legítimas, segundo o parâmetro de legalidade suíço, e o meio de sua obtenção não ofende a ordem pública, a soberania nacional e os bons costumes brasileiros, até porque decorreu de circunstância autônoma interveniente na cadeia causal, a qual afastaria a mancha da ilegalidade existente no indício primário. Não há, portanto, razões para a declaração de sua inadmissibilidade no presente processo. [...] Preliminares rejeitadas. Denúncia recebida.” (APn 856/DF, **Corte Especial**, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 06/02/2018)*

IV - Nos termos do art. 13 do Decreto Lei n. 4.657/1942 - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a prova dos fatos ocorridos no país estrangeiro rege-se pela lei que nele vigorar, quanto ao ônus e aos meios de produzir-se. Dessa feita, verifica-se que, na hipótese, o compartilhamento das informações entre as autoridades brasileiras e holandesas observaram a legislação pertinente, em especial as Convenções multilaterais de Palermo e de Mérida, bem como o art. 13 da LINDB.

V - Imperioso assinalar que o sigilo bancário, tido como substrato da proteção constitucional da privacidade, não tem caráter absoluto. O ordenamento jurídico brasileiro abarca hipóteses de não incidência de sigilo (troca de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais; fornecimento de informações constantes de cadastro de emitentes de cheques sem provisão de fundos e de devedores

inadimplentes, a entidades de proteção ao crédito; comunicação a autoridades competentes da prática de ilícitos penais ou administrativos que envolvam recursos públicos, entre outros), bem como hipóteses de transferência do sigilo dos dados e informações constantes nas contas correntes e aplicações diversas em intuições financeiras a outros entes. Dessa feita, não se verifica a suscitada contrariedade ao art. 17 do Decreto-Lei 4.657/1942, sobretudo porque não verificado, *in casu*, qualquer ofensa à soberania nacional, à ordem pública e aos bons costumes.

VI - Entender pela impossibilidade de compartilhamento de provas por meio de cooperações jurídicas internacionais significa inviabilizar a persecução penal de, além dos crimes de evasão de divisas e de lavagem de capitais, tantos outros delitos transnacionais, como o tráfico internacional de drogas, o tráfico internacional de pessoas, a pedofilia por meio da rede mundial de computadores, o tráfico internacional de armas, entre outros. Atenta ao fenômeno da criminalidade globalizada e transnacional, essa eg. Corte Superior em diversas ocasiões tem afirmado e reafirmado a validade de provas produzidas no exterior e compartilhada por meio de cooperação jurídica internacional.

VII - Dos excertos transcritos, verifica-se que instâncias originárias discorrem de forma pormenorizada como os acusados promoviam, de forma irregular e sem autorização legal, a remessa de valores para o exterior. Assinalou-se, ainda, a perfeita correspondências entre os fatos narrados na denúncia e a r. sentença. Ora, está assentado nesta Corte que as premissas fáticas firmadas nas instâncias ordinárias - quais sejam a existência de centenas de transações irregulares e a correlação entre a denúncia e a sentença - não podem ser modificadas no âmbito do apelo extremo, nos termos da *Súmula n. 7/STJ*, segundo a qual “*a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial*”.

VIII - Por meio de operações “dólar-cabo” os recorrentes promoveram, dolosamente, em burla à fiscalização do Banco Central e da Receita Federal, o envio de divisas para o exterior, o que configura o delito previsto no art. 22 da Lei 7.492/1986. No que concerne à tese defensiva de atipicidade da conduta, não merece ser provido o recurso,

pois, como bem acentuado pelo Colegiado *a quo*, é desnecessária a saída física de moeda do território nacional para a configuração do tipo previsto no art. 22 da Lei 7.492/1986. *AP 470/STF (Mensalão)* e *precedentes* desta eg. Corte Superior.

IX - Esta Corte tem entendimento consolidado no sentido de que a dosimetria da pena, quando imposta com base em elementos concretos e observados os limites da discricionariedade vinculada atribuída ao magistrado sentenciante, impede a revisão da reprimenda pelo Superior Tribunal de Justiça, exceto se ocorrer evidente desproporcionalidade, quando caberá a reapreciação para a correção de eventuais desacertos quanto ao cálculo das frações de aumento ou de diminuição e apreciação das circunstâncias judiciais.

X - *In casu*, a pena-base foi exasperada em razão da valoração negativa de duas circunstâncias judiciais – *circunstâncias do delito* e *consequências do crime*, revelando-se idônea e bem fundamentada a elevação acima do mínimo legal.

XI - A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o critério de majoração pela continuidade delitiva é proporcional ao número de infrações cometidas. Assim, reconhecida a continuidade delitiva e considerando o número de infrações praticadas (*centenas de transações*), a fração de aumento mais adequada à hipótese dos autos é de 2/3 (dois terços). *Precedentes*.

XII - O recurso especial não será cabível quando a análise da pretensão recursal exigir o *reexame do quadro fático-probatório*, sendo vedada a modificação das premissas fáticas firmadas nas instâncias ordinárias na via eleita. (*Súmula 07/STJ*).

XIII - Verificar se o ora agravante teria condições financeiras de arcar com a prestação pecuniária que lhe foi imposta, para se alcançar conclusão diversa daquela a que chegou a instância *a quo*, seria imprescindível reexaminar todo o acervo probatório dos autos, pretensão que não se coaduna com os propósitos atribuídos à via eleita.

XIV - A regra estabelecida pelo art. 387, IV, do Código de Processo Penal, por ser de natureza processual, deve ter aplicação imediata, inclusive a processos em curso. *Precedentes*.

Agravo regimental *desprovido*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de maio de 2018 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJe 23.5.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de agravo regimental interposto por **Iria de Oliveira Cassu** contra decisão de fls. 1.286-1.323, de minha relatoria, na qual conheci de parte do recurso especial e, na extensão, neguei-lhe provimento.

Consta dos autos que a recorrente foi *denunciada*, com cerca de outras 56 (cinquenta e seis) pessoas, as quais também tiveram denúncia contra si recebida (fl. 8), por prática de *gestão fraudulenta de instituição financeira* (art. 4º, *caput*, da Lei 7.492/1986), crime de *operação ilegal de instituição financeira* (art. 16 da Lei 7.492/1986), crime de *evasão de dividas* (art. 22 da Lei 7.492/1986) e crime de *lavagem de dinheiro* (art. 1º da Lei 9.613/1998).

Em primeiro grau, a recorrente foi *absolvida* dos crimes do art. 4º e 16 da Lei n. 7.492/1986, pelo princípio da especialidade em relação ao crime do art. 22 da Lei n. 7.492/1986, e *condenada* “*pelos crimes do art. 22 da Lei n. 7.492/1986, em continuidade delitiva, e pelos crimes do art. 1º, VI, da Lei n. 9.613/1998, em continuidade delitiva, e entre ambas as espécies em concurso material*” (fl. 202), à pena de 11 (onze) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 320 (trezentos e vinte dias multa), em regime inicial fechado, pelas razões seguintes:

“[...] 1.049. *A condenada Iria de Oliveira Cassu é primária e sem maus antecedentes. Não se conhecem fatos desabonadores de sua conduta além do que consta no presente feito. Os motivos do crime são inerentes ao tipo. o lucro fácil. As circunstâncias dos crimes de evasão e de lavagem merecem especial reprovação, como já fundamentado no item 996, retro. As conseqüências dos crimes de evasão são graves, considerando o expressivo valor evadido, de cerca de USD*

8.501.419,41, a merecer especial reprovação, conforme critérios fixados nos itens 997-998. *As conseqüências dos crimes de lavagem, envolvendo operações de valor abaixo de USD 500.000,00, não merecem especial reprovação, como já fundamentado nos itens 997-998, retro. As demais vetoriais do art. 59 do CP, personalidade, culpabilidade e comportamento da vítima, são neutras. Nada mais tendo de relevante a considerar, constata-se duas vetoriais negativas para os crimes de evasão de divisas e uma vetorial negativa para a lavagem de dinheiro. Para o crime do artigo 22 da Lei n. 7.492/1986, com pena mínima de dois anos e máxima de seis anos, reputo adequadas penas de três anos de reclusão e cem dias multa. Para o crime do artigo 1º, “caput” c/c VI, da Lei n. 9.613/1998, com pena mínima de três anos e máxima de dez, reputo adequadas penas de três anos e seis meses de reclusão e de sessenta dias multa. A dimensão dos crimes revela elevada capacidade econômica. Assim, fixo o valor do dia-multa, em cinco salários mínimos, segundo valor vigente ao tempo do último fato delitivo imputado à condenada, que fixo em junho de 2006, com correção monetária desde então, segundo as tabelas da Justiça Federal, até a data do pagamento.*

Não há circunstâncias agravantes ou atenuantes a serem consideradas.

Reconheço a continuidade delitiva do crime de evasão, já que envolvidas dezenas ou centenas de operações. Elevo, pelo critério quantitativo, a pena em 2/3, resultando ela em cinco anos de reclusão e cento e sessenta dias multa.

Reconheço a continuidade delitiva do crime de lavagem, já que envolvidas duas operações. Elevo, pelo critério quantitativo, a pena em 1/6, resultando ela em quatro anos e um mês de reclusão e setenta dias multa.

As penas devem ser somadas em concurso material, resultando em nove anos e um mês de reclusão e duzentos e trinta dias multa para a condenada Iria de Oliveira Cassu.

Considerando o disposto no art. 33 do Código Penal, fixo o regime fechado para início de cumprimento da pena para o condenado” (fls. 245/246).

Opostos embargos de declaração contra a r. sentença, foram eles acolhidos apenas para prestar esclarecimento (fls. 283/284).

Em *segundo grau*, a Sétima Turma do Tribunal *a quo* deu parcial provimento à apelação do Ministério Público para condenar a recorrente no crime previsto no art. 16 da Lei 7.492/1986 e, ao mesmo tempo, reconhecer a prescrição da pretensão punitiva para o referido delito, e deu parcial provimento à apelação defensiva para afastar a condenação da ora recorrente pelo delito previsto no art. 1º da Lei 9.613/1998, razão pela qual a sanção para a ré restou assim estabelecida:

“- *Iria de Oliveira Cassu: a pena foi reduzida de 09 anos e 01 mês para 05 (cinco) anos de reclusão, em regime semi-aberto, e 160 (cento e setenta) dias-multa, à razão unitária de 05 (cinco) salários mínimos*” (fl. 782).

Eis a ementa do r. acórdão em apelação criminal:

Processo Penal. Operação Curação. Crimes contra o sistema financeiro nacional. Lavagem de dinheiro. Operações Dólar-Cabo. Cerceamento. Não ocorrência. Inépcia da denúncia não verificada. Complemento à apelação. Intempestividade. Unirrecorribilidade. Tipicidade. Evasão de divisas. Lavagem de dinheiro. Origem ilícita não comprovada. Absolvição. Gestão fraudulenta. Princípio da especialidade. Operação de instituição financeira sem autorização. Dosimetria. Circunstâncias judiciais. Valoração negativa. Plausibilidade. Multa. Proporcionalidade legal observada. *Quantum* fixado. Reprovação e prevenção. Perdimento.

1. Não há qualquer violação a princípios constitucionais, porquanto os réus tiveram amplo acesso aos autos, permitindo-se que pleiteassem o que entendiam de direito.

2. A tramitação do processo eletrônico não impede o depósito de documentos em meio físico em secretaria, diante de limitações técnicas do sistema ou para facilitação dos trabalhos.

3. A inicial delimita perfeitamente a matéria a ser conhecida pelo Juízo, bem como a individualização do pedido, permitindo a prolação da sentença em observância ao princípio da correlação e o exercício da defesa pelos réus.

4. Não há necessidade de a denúncia descrever cada operação de evasão ou lavagem de dinheiro, sendo suficiente remeter-se aos laudos que a acompanham. Inépcia afastada.

5. Inexiste previsão legal ou regimental que possibilite à defesa juntar aos autos, após vencido o prazo recursal, complementação das razões recursais, principalmente quando já devidamente apresentado recurso tempestivo, havendo preclusão temporal e consumativa.

6. As transferências dólar-cabo operam-se através das mais variadas formas, inclusive, através de balanço contábil entre os doleiros, ficando a moeda “trafegando”, apenas, em dados virtuais, tornando prescindível a efetiva demonstração de saída física da moeda.

7. Não demonstrando a acusação a procedência das verbas evadidas, não há como lhe conferir origem ilícita, impondo-se a absolvição, quanto ao delito inserto no art. 1^º, da Lei n. 9.613/1998.

8. Os atos de gestão fraudulenta não configuraram condutas autônomas, mas etapas do irregular envio de dinheiro ao exterior, mantendo-se a absolvição.

9. O sofisticado esquema utilizado pelos réus, administrando câmbio e captando recursos de terceiros, sem a devida autorização do Banco Central, caracteriza a figura inserta no art. 16 da Lei n. 7.492/1986.

10. A valoração negativa das circunstâncias judiciais, na hipótese, encontra-se em consonância com o entendimento desta Corte.

11. A exasperação em razão do montante evadido na primeira fase da dosimetria, não guarda qualquer relação com o número de operações realizadas de consideradas para efeito de continuidade delitiva.

12. Estando a pena em concreto bastante distanciada da pena mínima, deve a quantidade de dias-multa também afastar-se consideravelmente do número mínimo estabelecido pelo Código Penal.

13. Todos os elementos dos autos serão considerados para a estipulação da capacidade econômica do réu na fixação do *quantum* diário, observando-se a suficiência da reprovação e prevenção dos delitos (fls. 792/793).

Opostos embargos de declaração, foram eles rejeitados (fls. 821-827).

Opostos *embargos infringentes*, a eg. Quarta Seção do Tribunal Regional a eles negou provimento (fls. 899-916), em acórdão assim ementado:

Direito Processual Penal Reparação pelos danos causados à vítima prevista no art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal Natureza. Aplicação imediata. Ausência de efeito material retroativo.

1. O art. 387, inciso IV, do CPP, visto isoladamente, parece ter natureza híbrida: material ao dispor sobre a obrigação de reparar os danos; processual, ao definir que o Juiz disponha sobre o valor mínimo da reparação na própria sentença condenatória.

2. Considerando-se, porém, que a norma atinente à obrigação de reparar o dano já decorria do art. 91, I, do Código Penal, com a redação da Lei 7.209/1984, conclui-se que o art. 387, inciso IV, do CPP é, no ponto, um dispositivo sem norma.

3. A Lei 11.719/2008 só inovou no que diz respeito ao seu conteúdo processual, em que dispõe sobre a afirmação mais expedita, na própria sentença, ao menos de um valor mínimo de reparação ou indenização.

4. Em face da necessidade de se resguardar o contraditório e a ampla defesa, o art. 387, inciso IV, do CPP é aplicável aos processos que, ajuizados na sua vigência, ainda que relativos a crimes anteriores a ela, contenham, já na denúncia, pedido de fixação do valor mínimo para reparação (fl. 915).

Sobreveio, então, o recurso especial de fls. 926-963, interposto com fundamento no art. 105, III, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal, no qual a parte recorrente aponta:

a) contrariedade da *Lei Complementar 105/2001* e *art. 157 do Código de Processo Penal*, “*pela ilegalidade da quebra de sigilo bancário perpetrada em desfavor da Recorrente realizada por autoridades holandesas no exterior*” (fl. 929);

b) violação dos *arts. 157 do Código de Processo Penal, 21 do Código Penal e 3º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB*, sob a alegação de que “*não foi atendido aos requisitos mínimos de preservação da colheita de provas e houve a quebra da cadeia de custódia dos documentos remetidos pelas autoridades internacionais*” (fl. 929);

c) violação dos *arts. 59 e 68 do Código Penal e 21 da Lei 7.492/1986*, sob o argumento de houve, *in casu*, “*indevida valoração negativa das medidas judiciais de circunstâncias e consequências, pois fundamentadas em elementos necessários e inerentes a realização do crime de evasão de divisas*”, bem como “*por ter atribuído as medidas judiciais os valor [sic] de 1/4, o que representa exasperação muito superior ao que somente seria possível na 2ª fase da aplicação da pena*” (fl. 930);

d) afronta ao *art. 71 do Código Penal*, “*pela aplicação do máximo aumento permitido ao tipo na 3ª fase da dosimetria, com base em elementos utilizados para valorar negativamente as medidas judiciais de circunstâncias e consequências na 1ª fase de aplicação da pena*” (fl. 930).

Sustenta, ainda, a existência de dissídios jurisprudenciais em sentido contrário ao decidido, no tocante à valoração negativa dos vetores circunstâncias e consequências do crime (HC 123.760); à adoção de critério médio na primeira fase da dosimetria da pena (Apelação Criminal n. 70057098386 do TJRS); e em relação à retroatividade do art. 387, IV, do CPP (AgRg no REsp 1254742/RS).

Contrarrazões às fls. 1.025-1.067.

O d. Ministério Público Federal, às fls. 1.935-1.954, manifestou-se pelo *parcial conhecimento do recurso e, na extensão, pelo seu parcial provimento*, em parecer assim ementado:

Penal. Crimes financeiros. Operação Curaçao. Correção da condenação imposta. Imprestabilidade da prova. Violação à reserva de jurisdição. Cooperação jurídica internacional. Possibilidade. Violação à cadeia de custódia da prova não demonstrada. Dosimetria da pena. Circunstâncias judiciais. Valoração negativa. Plausibilidade. Dissídio jurisprudencial não demonstrado. Impossibilidade de indicação de habeas corpus como paradigma. Inconformismo contra o quantum estabelecido da pena-base acima do mínimo legal. Circunstâncias judiciais bem sopesadas no caso concreto. Revolvimento do conjunto probatório. Súmula ? 7/STJ. Violação ao artigo 71 do Código Penal. Alegado bis in idem Ausência de

prequestionamento. (Súmulas 211 do STJ, 282 e 356 do STF). Condenação a reparação de danos (art. 387, IV, do Código CPP, alterado pela Lei 11.719/2008). Delito ocorrido antes da entrada em vigor da Lei 11.719 de 20 de junho de 2008. Iretroatividade da lei penal mais grave. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Impossibilidade. Quantum da pena aplicada. Art. 44, I, CP. Parecer do MPF pelo conhecimento parcial do recurso e, na parte conhecida, pelo seu parcial provimento (fl. 1.263).

No presente agravo regimental (fls. 1.328-1.336), a agravante repisa tese de contrariedade à Lei Complementar 105/2001; ao art. 157 do CPP; aos arts. 21, 59, 68 e 71 do CP; ao art. 3º da LINDB; ao art. 21 da Lei 7.492/1986 e ao art. 387, VI, do CPP.

Por manter o r. *decisum*, trago o feito à apreciação da eg. Quinta Turma.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Trata-se de agravo regimental interposto por **Iria de Oliveira Cassu** contra decisão de fls. 1.286-1.323, de minha relatoria, na qual conheci de parte do recurso especial e, na extensão, neguei-lhe provimento.

Em recurso especial de fls. 926-963, interposto com fundamento no art. 105, III, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal, no qual a parte recorrente aponta:

a) contrariedade da *Lei Complementar 105/2001* e *art. 157 do Código de Processo Penal*, “*pela ilegalidade da quebra de sigilo bancário perpetrada em desfavor da Recorrente realizada por autoridades holandesas no exterior*” (fl. 929);

b) violação dos *arts. 157 do Código de Processo Penal, 21 do Código Penal e 3º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB*, sob a alegação de que “*não foi atendido aos requisitos mínimos de preservação da colheita de provas e houve a quebra da cadeia de custódia dos documentos remetidos pelas autoridades internacionais*” (fl. 929);

c) violação dos *arts. 59 e 68 do Código Penal e 21 da Lei 7.492/1986*, sob o argumento de houve, *in casu*, “*indevida valoração negativa das medidas judiciais de circunstâncias e consequências, pois fundamentadas em elementos necessários e inerentes a realização do crime de evasão de divisas*”, bem como “*por ter atribuído as medidas judiciais os valor [sic] de 1/4, o que representa exasperação muito superior ao que somente seria possível na 2ª fase da aplicação da pena*” (fl. 930);

d) afronta ao art. 71 do Código Penal, “pela aplicação do máximo aumento permitido ao tipo na 3ª fase da dosimetria, com base em elementos utilizados para valorar negativamente as medidas judiciais de circunstâncias e consequências na 1ª fase de aplicação da pena” (fl. 930).

Sustenta, ainda, a existência de dissídios jurisprudenciais em sentido contrário ao decido, no tocante à valoração negativa dos vetores circunstâncias e consequências do crime (HC 123.760); à adoção de critério médio na primeira fase da dosimetria da pena (Apelação Criminal n. 70057098386 do TJRS); e em relação à retroatividade do art. 387, IV, do CPP (AgRg no REsp 1.254.742/RS).

No presente *agravo regimental* (fls. 1.328-1.336), a agravante repisa tese de contrariedade à Lei Complementar 105/2001; ao art. 157 do CPP; aos arts. 21, 59, 68 e 71 do CP; ao art. 3º da LINDB; ao art. 21 da Lei 7.492/1986 e ao art. 387, VI, do CPP.

I - Da licitude da prova colhida em procedimento de cooperação jurídica internacional - alegação de contrariedade à Lei Complementar 105/2001 e ao art. 157 do Código de Processo Penal

Em síntese, o inconformismo da ora recorrente refere-se ao compartilhamento de informações bancárias entre as autoridades holandesas e as brasileiras. Apontam afronta ao direito sigilo bancário, tendo em vista o procedimento previsto na Lei Complementar 105/2001, razão pela qual defende seu desentranhamento, nos termos do art. 157 do Código de Processo Penal.

Acerca da validade da prova colhida em cooperação jurídica internacional, decidiu o Tribunal Regional:

“[...]”

O presente feito tem origem em Pedido de Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal, com base na Convenção de Palermo (Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional), internalizada no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto n. 5.015/2004, enviado dos Países Baixos ao Ministério Público Federal. Pretendiam aquelas autoridades obter informações sobre fatos relacionados a brasileiros investigados naquele país, bem como suscitar a apuração dos fatos em território Brasileiro, a fim de subsidiar a investigação no exterior. Juntamente com o pedido, foram recebidos documentos e arquivos eletrônicos relativamente a contas mantidas no First Curaçao International Bank (FCIB), com sede nas Antilhas Holandesas.

As contas mantidas no FCIB tiveram seu sigilo bancário levantado pelas próprias autoridades do Reino dos Países Baixos, em decorrência das investigações lá realizadas, as quais, mister referir, culminaram na cassação da licença da referida instituição pelo Banco Central das Antilhas Holandesas e na nomeação de agentes para sua dissolução.

Segundo as investigações naquele País, o FCIB focava sua atividade no atendimento de clientes de elevada movimentação financeira, entre eles, vários no ramo de prestação de serviços de movimentação financeira (MSB – Money Service Businesses). Tais prestadores de serviços serviam-se, em regra, de espécie de empresa off-shore (uma ‘cell company’ nos termos utilizados pelas autoridades holandesas), todas constituídas em paraísos fiscais, para ocultação de sua verdadeira identidade.

O FCIB, com o objetivo de angariar os ‘doleiros’ como clientes, já que o elevado número de transações por eles realizadas lhe geraria maior lucro, fornecia facilidades ou soluções para que eles operassem sem serem identificados, como a criação de cell companies ocultando o operador da conta. Nesse esquema, teriam sido identificadas dezenas de clientes brasileiros que operariam, através de contas no FCIB, no ramo prestação de serviços de movimentação financeira, grande parte deles através das referidas cell companies.

No âmbito da cooperação estabelecida entre os Ministérios Públicos dos dois países, formalizada em documentos devidamente autenticados e constantes dos autos, foram recebidos documentos cadastrais e de movimentação financeira de diversas contas mantidas por brasileiros junto ao FCIB. Em vista do material enviado pelas autoridades dos Países Baixos, e de sua solicitação de informações, o Ministério Público Federal solicitou, e teve deferido pelo juízo de origem, tanto a utilização do material recebido quanto a quebra do sigilo das contas ali constantes.

Após investigações realizadas no Brasil, que incluíram buscas e apreensões nos endereços dos acusados e de suas empresas, o Parquet, reunindo o material probatório, propôs denúncia, imputando aos réus a prática de crimes financeiros, especialmente crime de gestão fraudulenta de instituição financeira (art. 4º, caput, da Lei n. 7.492/1986), crime de operação ilegal de instituição financeira (art. 16 da Lei n. 7.492/1986) e crimes de evasão de dívidas (art. 22 da Lei n. 7.492/1986), além de crimes de lavagem de dinheiro (art. 1º da Lei n. 9.613/1998).

Em síntese, a denúncia tem por objeto a movimentação de contas mantidas na instituição financeira supra referida que se constituiriam em operações dólar-cabo, ou seja, transferências internacionais informais, nas quais há a entrega de reais no Brasil ao doleiro para que ele disponibilize moeda estrangeira no exterior para o cliente, ou vice-versa.

A denúncia foi única tendo em vista que os fatos estariam interligados, uma vez que foram constatadas diversas transações entre as contas dos diversos operadores do mercado negro de câmbio, ora réus. A denúncia agrupou, então, as condutas para cada grupo de controladores de contas, descrevendo minuciosamente os elementos indiciários até então colecionados.

Por fim, cumpre referir que a denúncia também abrange, para vários acusados, outras transferências internacionais informais identificadas na base de dados do denominado 'Caso Banestado'. No referido caso, foi realizado rastreamento dos valores evadidos no exterior, a partir de remessas fraudulentas efetuadas através de contas CC5 mantidas em Foz do Iguaçu, com o que foi levantado o sigilo sobre contas titularizadas por doleiros no exterior (especialmente nos processos 2004.7000008267-0 e 2003.7000030333-4 e envolvendo as agência do Banco do Estado do Paraná/Banestado em Nova York, o MTB/CBC/Hudson Bank, o Merchants Bank, Bank Audi, Israel Discount Bank, todos em Nova York, as contas e sub contas administradas pela empresa Beacon Hill Service Corporation e mantidas no JP Morgan Chase em Nova York). O MPF incluiu as referidas transações na presente denúncia, reputando-as também como operações dólar-cabo.

Em síntese, este o histórico da denominada 'Operação Curaçao'.

[...]

Teço, contudo, breves comentários a respeito das preliminares suscitadas.

Relativamente à quebra de sigilo bancário, destaco que nada impede o MPF te obter informações bancárias em outro país mediante auxílio direto, sem interposição de autoridade judicial brasileira, já que o acesso às informações observará o procedimento da legislação do local, estando o direito à privacidade e intimidade do indivíduo resguardado pela legislação do país requerido e a validade da prova colhida sujeita à confrontação com o marco normativo internacional das garantias processuais. Precedente: HC 231.633/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 03/12/2014.

Destaco que a obtenção de informações bancárias, ainda que no Brasil sejam consideradas sigilosas, de acordo com as leis locais, não é suficiente para violar a ordem pública nacional, do que somente se poderia cogitar se a obtenção das informações tivesse ocorrido de modo ilícito no país em que mantidas as contas, o que não restou demonstrado no presente caso.

Quanto à subversão da cooperação internacional, ressalto que não houve qualquer restrição, por parte das autoridades estrangeiras, quanto à extensão

do uso dos documentos. Inclusive foram solicitados outros documentos àquelas autoridades, através de pedido ativo (evento 9 - OFIC2), mediante prévia autorização judicial, no qual se fez menção expressa que seu objetivo era coletar provas para instruir os autos do processo n. 2009.70.00.016012-4 e amparar investigações deles decorrentes (fls. 8/9, Apenso 3, PCD). Outrossim, apenas a título argumentativo, cumpre referir que o atendimento ou não às regras do próprio tratado de cooperação internacional não ocasionaria a nulidade das provas, obtidas de maneira lícita e sem a violação da ordem pública, mas sim eventual desavença nas relações internacionais entre os países envolvidos - o que sequer ocorreu in casu, tendo as autoridades dos Países Baixos continuado a cooperar com as investigações brasileiras após a instauração dos procedimentos investigativos (vide relatório anexo ao evento 9 - OFIC2).

Sobre a cadeia de custódia da prova, mister referir que não há, nos autos, qualquer mínimo indicativo da adulteração das mídias que instruem o presente feito, e nem logrou a defesa do réu trazê-lo em suas razões recursais, pelo que deve ser mantida a presunção de regularidade das mesmas. Não foi demonstrada nos autos qualquer suspeita de parcialidade das autoridades, nacionais ou estrangeiras, envolvidas na elaboração e guarda das provas, ou quaisquer interesses na falsificação dessa documentação. O recebimento da documentação probatória por meio de cooperação internacional, a qual se sustenta no princípio da boa-fé das autoridades envolvidas, reforça ainda mais a fidedignidade da prova. Afasto a preliminar suscitada sobre a validade das provas colhidas nos Países Baixos e enviadas às autoridades brasileiras, por inexistentes quaisquer indícios de sua adulteração.

Igualmente, não há que se falar em 'condenação baseada exclusivamente em prova emprestada' quando a prova advém, não de outro processo penal, mas de cooperação internacional, tendo sido apresentadas juntamente com a denúncia e sido objeto de longa instrução processual. São institutos que não se confundem. Afasto, portanto, também esta alegação.

Inexiste, outrossim, violação ao princípio da correlação entre a denúncia e a sentença quando aquela postulou a condenação da ré pela lavagem de dinheiro em relação a todas as movimentações na conta por ela controlada e a sentença reconheceu a conduta criminosa em apenas duas das movimentações. As condutas de lavagem foram devidamente descritas na exordial, tendo sido a preliminar de inépcia, aliás, já analisada, sendo o enquadramento típico das movimentações questão atinente ao mérito da ação.

Destaco, ainda, que não verifico qualquer menção indevida à operação Kaspar II na sentença. Não obstante o referido processo, no qual a ré figura também no pólo passivo, não tenha trânsito em julgado, as informações da referida operação foram trazidas aos autos pelo órgão acusador, e sua menção na sentença não viola o princípio da presunção de inocência quando a condenação não se baseou nestes dados. A mera referência a uma ação penal em trânsito, sem o agravamento da condenação ou da pena em razão desta, não implica qualquer nulidade.

Por fim, o argumento de que não se poderia dar credibilidade às provas obtidas junto ao FCIB, pois o referido banco foi fechado pelas autoridades holandesas por fraude carece de fundamento jurídico. Isto porque a 'fraude' da qual o banco foi acusado constituía-se na não observância de todas as normas europeias atinentes à atividade bancária de identificação dos correntistas e respectivas movimentações financeiras, justamente para evitar elusões fiscais e lavagem de ativos. Não se tratou, portanto, de uma fraude contra os clientes do banco, ou adulteração dos seus dados ou falsificação dos seus documentos, caso em que se poderia questionar a idoneidade das informações compartilhadas. Igualmente, não haveria o compartilhamento de provas pela autoridade estrangeira se estas não se revestissem de idoneidade, sob pena de subversão da cooperação internacional. Ao contrário do que alegado pelo réu, tenho que as provas recebidas se revestem de credibilidade para apreciação do feito" (fls. 749-750 e 754-756; grifei).

Pois bem.

A Convenção Internacional de Palermo, incorporada ao direito positivo brasileiro pelo Decreto Presidencial 5.015/2004, assegura expressamente o compartilhamento de dados e informações com vistas a prevenir e combater a criminalidade transnacional:

"Artigo 18

Assistência judiciária recíproca

1. Os Estados Partes prestarão reciprocamente toda a assistência judiciária possível nas investigações, nos processos e em outros atos judiciais relativos às infrações previstas pela presente Convenção, nos termos do Artigo 3, e prestarão reciprocamente uma assistência similar quando o Estado Parte requerente tiver motivos razoáveis para suspeitar de que a infração a que se referem as alíneas a) ou b) do parágrafo 1 do Artigo 3 é de caráter transnacional, inclusive quando as vítimas, as testemunhas, o produto, os instrumentos ou os elementos de prova destas infrações se encontrem no Estado Parte requerido e nelas esteja implicado um grupo criminoso organizado.

2. *Será prestada toda a cooperação judiciária possível, tanto quanto o permitam as leis, tratados, acordos e protocolos pertinentes do Estado Parte requerido, no âmbito de investigações, processos e outros atos judiciais relativos a infrações pelas quais possa ser considerada responsável uma pessoa coletiva no Estado Parte requerente, em conformidade com o Artigo 10 da presente Convenção.*

3. *A cooperação judiciária prestada em aplicação do presente Artigo pode ser solicitada para os seguintes efeitos:*

[...]

e) *Fornecer informações, elementos de prova e pareceres de peritos;*

f) *Fornecer originais ou cópias certificadas de documentos e processos pertinentes, incluindo documentos administrativos, bancários, financeiros ou comerciais e documentos de empresas;*

g) *Identificar ou localizar os produtos do crime, bens, instrumentos ou outros elementos para fins probatórios;*

[...]

i) *Prestar qualquer outro tipo de assistência compatível com o direito interno do Estado Parte requerido.*

4. *Sem prejuízo do seu direito interno, as autoridades competentes de um Estado Parte poderão, sem pedido prévio, comunicar informações relativas a questões penais a uma autoridade competente de outro Estado Parte, se considerarem que estas informações poderão ajudar a empreender ou concluir com êxito investigações e processos penais ou conduzir este último Estado Parte a formular um pedido ao abrigo da presente Convenção.*

5. *A comunicação de informações em conformidade com o parágrafo 4 do presente Artigo será efetuada sem prejuízo das investigações e dos processos penais no Estado cujas autoridades competentes fornecem as informações. As autoridades competentes que recebam estas informações deverão satisfazer qualquer pedido no sentido de manter confidenciais as referidas informações, mesmo se apenas temporariamente, ou de restringir a sua utilização. Todavia, tal não impedirá o Estado Parte que receba as informações de revelar, no decurso do processo judicial, informações que inocentem um arguido. Neste último caso, o Estado Parte que recebeu as informações avisará o Estado Parte que as comunicou antes de as revelar e, se lhe for pedido, consultará este último. Se, num caso excepcional, não for possível uma comunicação prévia, o Estado Parte que recebeu as informações dará conhecimento da revelação, prontamente, ao Estado Parte que as tenha comunicado.*

[...]

8. Os Estados Partes não poderão invocar o sigilo bancário para recusar a cooperação judiciária prevista no presente Artigo.” (Grifei).

Ainda, segundo o art. 4º da referida Convenção, os Estados Partes se comprometem a observar a soberania e a integridade territorial dos demais, sendo vedada a ingerência nos assuntos internos de outros Estados, bem como o exercício de jurisdição ou funções que o direito interno que o Estado reserve às suas autoridades.

Impende, ainda, citar o artigo 46 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção - Convenção de Mérida, incorporada ao direito positivo brasileiro pelo Decreto Presidencial 5.687/2006, *in verbis*:

“Artigo 46

Assistência judicial recíproca

1. Os Estados Partes prestar-se-ão a mais ampla assistência judicial recíproca relativa a investigações, processos e ações judiciais relacionados com os delitos compreendidos na presente Convenção.

2. Prestar-se-á assistência judicial recíproca no maior grau possível conforme as leis, tratados, acordos e declarações pertinentes do Estado Parte requerido com relação a investigações, processos e ações judiciais relacionados com os delitos dos quais uma pessoa jurídica pode ser considerada responsável em conformidade com o Artigo 26 da presente Convenção no Estado Parte requerente.

3. A assistência judicial recíproca que se preste em conformidade com o presente Artigo poderá ser solicitada para quaisquer dos fins seguintes:

[...]

f) Entregar originais ou cópias certificadas dos documentos e expedientes pertinentes, incluída a documentação pública, bancária e financeira, assim como a documentação social ou comercial de sociedades mercantis;

g) Identificar ou localizar o produto de delito, os bens, os instrumentos e outros elementos para fins probatórios;

[...]

l) Recuperar ativos em conformidade com as disposições do Capítulo V da presente Convenção.

4. Sem menosprezo à legislação interna, as autoridades competentes de um Estado Parte poderão, sem que se lhes solicite previamente, transmitir informação

relativa a questões penais a uma autoridade competente de outro Estado Parte se creem que essa informação poderia ajudar a autoridade a empreender ou concluir com êxito indagações e processos penais ou poderia dar lugar a uma petição formulada por este último Estado Parte de acordo com a presente Convenção.

5. A transmissão de informação de acordo com o parágrafo 4 do presente Artigo se fará sem prejuízo às indagações e processos penais que tenham lugar no Estado das autoridades competentes que facilitaram a informação. As autoridades competentes que recebem a informação deverão aquiescer a toda solicitação de que se respeite seu caráter confidencial, inclusive temporariamente, ou de que se imponham restrições a sua utilização. Sem embargo, ele não obstará para que o Estado Parte receptor revele, em suas ações, informação que seja fator de absolvição de uma pessoa acusada. Em tal caso, o Estado Parte receptor notificará o Estado Parte transmissor antes de revelar a mencionada informação e, se assim for solicitado, consultará o Estado Parte transmissor. Se, em um caso excepcional, não for possível notificar com antecipação, o Estado Parte receptor informará sem demora ao Estado Parte transmissor sobre a mencionada revelação.

[...]

8. Os Estados Partes não invocarão o sigilo bancário para negar a assistência judicial recíproca de acordo com o presente Artigo.” (Grifei).

Nos termos do art. 13 do Decreto Lei n. 4.657/1942 - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a prova dos fatos ocorridos no país estrangeiro rege-se pela lei que nele vigorar, quanto ao ônus e aos meios de produzir-se.

Dessa feita, verifica-se que, na hipótese, o compartilhamento das informações entre as autoridades brasileiras e holandesas observaram a legislação pertinente, em especial as Convenções multilaterais de Palermo e de Mérida, bem como o art. 13 da LINDB.

Imperioso assinalar que o sigilo bancário, tido como substrato da proteção constitucional da privacidade, não tem caráter absoluto. O ordenamento jurídico brasileiro abarca hipóteses de não incidência de sigilo (troca de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais; fornecimento de informações constantes de cadastro de emitentes de cheques sem provisão de fundos e de devedores inadimplentes, a entidades de proteção ao crédito; comunicação a autoridades competentes da prática de ilícitos penais ou administrativos que envolvam recursos públicos, entre outros), bem como hipóteses de transferência do sigilo dos dados e informações constantes nas contas correntes e aplicações diversas em instituições financeiras a outros entes - arts. 1º, § 3º, da Lei Complementar 105/2001 e art. 8º, § 2º, da Lei Complementar 75/1993.

Como bem ressaltado pelo Tribunal *a quo*, não cabe a discussão nos presentes autos, ou por meio de outro procedimento, acerca do procedimento adotado pelas autoridades estrangeira, tampouco cabe impor aos demais Estados Partes das referidas Convenções e Acordos de Cooperação Mútua em Matéria Penal a adoção de procedimentos adotados pelo ordenamento jurídico brasileiro, na hipótese a Lei Complementar 105/2001.

Entender pela impossibilidade de compartilhamento de provas por meio de cooperações jurídicas internacionais significa inviabilizar a persecução penal de, além dos crimes de evasão de divisas e de lavagem de capitais, tantos outros delitos transnacionais, como o tráfico internacional de drogas, o tráfico internacional de pessoas, a pedofilia por meio da rede mundial de computadores, o tráfico internacional de armas, entre outros. Quer dizer, é deixar o Brasil isolado em um contexto de cometimentos de delitos em escala globalizada.

Atenta ao fenômeno da criminalidade globalizada e transnacional, essa eg. Corte Superior em diversas ocasiões tem afirmado e reafirmado a validade de provas produzidas no exterior e compartilhada por meio de cooperação jurídica internacional.

Ilustrativamente:

Ação penal originária. Cooperação jurídica internacional. Prova produzida no exterior. Parâmetro de validade. Admissibilidade no processo. Ordem pública, soberania nacional e bons costumes. Violação. Inocorrência. Provas ilícitas derivadas. Frutos da árvore envenenada. Exceções. Teoria da mancha purgada. Nexo de causalidade. Atenuação. Prerrogativa de foro. Conexão e continência. Competência. Desmembramento. Foro prevalente. Art. 78 do CPP. Prejuízo concreto. Defesa. Ausência. Corrupção passiva qualificada. Aptidão da denúncia. Lavagem de dinheiro. Consunção. Matéria de prova. Atipicidade. Inocorrência. Recebimento.

1. O propósito da presente fase procedimental é verificar a aptidão da denúncia e a possibilidade de absolvição sumária do acusado, a quem é imputada a suposta prática dos crimes de corrupção passiva circunstanciada (art. 317, § 1º, do CP), por 17 (dezessete vezes), e de lavagem de dinheiro (art. 1º da Lei 9.613/1998).

2. A provas obtidas por meio de cooperação internacional em matéria penal devem ter como parâmetro de validade a lei do Estado no qual foram produzidas, conforme a previsão do art. 13 da LINDB.

3. A prova produzida no estrangeiro de acordo com a legislação de referido país pode, contudo, não ser admitida no processo em curso no território nacional se o meio de sua obtenção violar a ordem pública, a soberania nacional e os bons costumes brasileiros, em interpretação analógica da previsão do art. 17 da LINDB.

4. A teoria dos frutos da árvore envenenada tem sua incidência delimitada pela exigência de que seja direto e imediato o nexo causal entre a obtenção ilícita de uma prova primária e a aquisição da prova secundária.

5. De acordo com a teoria do nexo causal atenuado ou da mancha purgada, i) o lapso temporal decorrido entre a prova primária e a secundária; ii) as circunstâncias intervenientes na cadeia probatória; iii) a menor relevância da ilegalidade; ou iv) a vontade do agente em colaborar com a persecução criminal, entre outros elementos, atenuam a ilicitude originária, expurgando qualquer vício que possa recair sobre a prova secundária e afastando a inadmissibilidade de referida prova.

6. Na presente hipótese, as provas encaminhadas ao MP brasileiro são legítimas, segundo o parâmetro de legalidade suíço, e o meio de sua obtenção não ofende a ordem pública, a soberania nacional e os bons costumes brasileiros, até porque decorreu de circunstância autônoma interveniente na cadeia causal, a qual afastaria a mancha da ilegalidade existente no indício primário. Não há, portanto, razões para a declaração de sua inadmissibilidade no presente processo.

7. A fase investigativa de crimes imputados a autoridades com prerrogativa de foro no STJ, ocorre sob a supervisão desta Corte, a qual deve ser desempenhada durante toda a tramitação das investigações desde a abertura dos procedimentos investigatórios até o eventual oferecimento, ou não, de denúncia.

8. Havendo indícios do envolvimento de pessoa com prerrogativa de foro, os autos devem ser encaminhados imediatamente ao foro prevalente, definido segundo o art. 78, III, do CPP, o qual é o único competente para resolver sobre a existência de conexão ou continência e acerca da conveniência do desmembramento do processo.

9. *In casu*, embora o juízo de primeiro grau de jurisdição tenha usurpado a competência do STJ ao desmembrar o inquérito, não há prejuízo concreto à defesa do réu, razão pela qual esse vício não é capaz de impedir o recebimento da denúncia.

10. Ocorre a inépcia da denúncia ou queixa quando sua deficiência resultar em prejuízo ao exercício da ampla defesa do acusado, ante a falta de descrição do fato criminoso, da imputação de fatos determinados ou da circunstância de da exposição não resultar logicamente a conclusão.

11. Na hipótese, a denúncia narra que o acusado, funcionário público, teria, em mais de uma oportunidade, recebido vantagens indevidas em razão dos cargos que já ocupou e atualmente ocupa e que teria deixado de praticar atos de ofício e praticado outros com violação de dever funcional, evidenciando de modo suficiente a presença de elementos que permitem o exercício da ampla defesa pelo acusado.

12. Embora a tipificação da lavagem de dinheiro dependa da existência de um crime antecedente, é possível a autolavagem - isto é, a imputação simultânea,

ao mesmo réu, do delito antecedente e do crime de lavagem -, desde que sejam demonstrados atos diversos e autônomos daquele que compõe a realização do primeiro crime, circunstância na qual não ocorrerá o fenômeno da consunção.

13. A verificação da efetiva prática de condutas tendentes a acobertar a origem ilícita de dinheiro, com o propósito de emprestar-lhe a aparência da licitude, é matéria que depende de provas e deve ser objeto da instrução no curso da ação penal.

14. Preliminares rejeitadas. Denúncia recebida. (APn 856/DF, *Corte Especial*, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 06/02/2018)

Penal. Embargos de declaração no recurso especial. Evasão de divisas. Descaminho. Falsidade ideológica. Quebra de sigilo bancário. Não ocorrência. Compartilhamento de informações. Acordo de cooperação internacional em matéria penal. Descaminho. Medida liminar concedida. Liberação de mercadorias. Ausência de antijuridicidade. Não ocorrência. Dosimetria. Aumento na segunda fase. Proporcionalidade. Pena-base. Consequências do crime. Valor evadido. Exasperação. Validade. Art. 62, I e III, do Código Penal. Fração de aumento. Razoabilidade.

1. O acórdão embargado dirimiu, clara e fundamentadamente, a controvérsia, não tendo incorrido em nenhum vício que desse ensejo aos embargos de declaração.

2. Na espécie, as provas que alicerçaram a condenação pela prática do crime de descaminho não são propriamente oriundas de quebra de sigilo fiscal, mas, sim, de compartilhamento de informações entre a Receita Federal e o Ministério Público Federal. A atuação desse órgão, portanto, limitou-se a “consignar divergências encontradas entre faturas comerciais entregues à autoridade aduaneira e o conteúdo dos contêineres, circunstância esta já conhecida do órgão acusatório”.

3. O TRF da 4ª Região deixou explícito que as aludidas provas compartilhadas são resultado de requerimento de quebra de sigilo bancário promovido pela autoridade policial, via tratado de mútua assistência em matéria penal (“Mutual Legal Assistance Treaty - MLAT”), referente a vinte e cinco contas mantidas em bancos nos Estados Unidos, as quais “teriam recebido recursos provenientes das contas investigadas na agência do Banestado em Nova York”.

4. A descrição típica do descaminho exige a realização de engodo para supressão (no todo ou em parte) do pagamento de direito ou imposto devido no momento da entrada, saída ou consumo da mercadoria. Impõe, portanto, a ocorrência desse episódio, com o efetivo resultado ilusório, no transpasse das barreiras alfandegárias.

5. O resultado necessário para a consumação do crime é a ausência do pagamento do imposto ou direito no momento do desembarço aduaneiro, quando exigível.

6. No caso dos autos, o fato de estarem os ora recorrentes resguardados, quando proferida a sentença, por liminar concedida nos autos do MS n. 2003.70.08.003532-5, com o fim de liberar as mercadorias, não tem o condão de afastar a antijuridicidade do fato tido como criminoso, uma vez que sua consumação foi anterior à concessão da medida de urgência - lembre-se, de natureza precária, e que tratou tão somente da cautelaridade da situação patrimonial da parte interessada, no sentido de que os custos de armazenagem e de retenção da mercadoria não se somassem. O *decisum*, a propósito, foi revertido em posterior julgamento do mérito pelo TRF da 4ª Região, pouco importando, para a configuração do delito, se depois da prolação da sentença.

7. Não se pode exigir do julgador um valor fixo, pré-definido, para o *quantum* de aumento na segunda fase. No caso, o critério adotado pela instância de origem mensurou de forma proporcional a circunstância judicial remanescente (consequências), diante da particularidade apresentada pelo caso concreto.

8. Em relação aos crimes de falsidade e descaminho, conquanto haja sido exasperada a pena-base um pouco acima do patamar de 1/8, entendo não haver majoração excessiva que implique violação do art. 59 do Código Penal.

9. Na espécie, o montante evadido evidencia maior reprovabilidade dos agentes pela conduta delituosa praticada, pois não há que se falar em ausência de risco excessivo ao sistema financeiro ou às reservas cambiais brasileiras, para avaliar o prejuízo causado ao sistema financeiro nacional.

10. O valor ilegalmente remetido ao exterior, US\$ 318.440,00, é suficiente para a elevação da pena-base acima do mínimo legal, pois revela a magnitude do esquema criminoso contra o sistema financeiro nacional, que exigiu, para sua deflagração, o trabalho de complexa operação perpetrada pelas instituições envolvidas.

11. O patamar utilizado na segunda fase foi de, aproximadamente, 1/8 para cada agravante, inferior, portanto, ao coeficiente de 1/6 aceito como razoável e proporcional pela jurisprudência deste Tribunal Superior, bem como do Supremo Tribunal Federal. Não é muito lembrar, inclusive, que a fração eleita pode ter como base o intervalo da pena abstratamente cominada, em vez da pena-base concretamente aplicada, dada a possibilidade de o patamar aplicado na segunda fase suplantar o da primeira (art. 59 do Código Penal), nos termos do sistema trifásico de dosimetria da pena, estabelecido no art. 68 do Código Penal.

12. A irresignação resume-se a mero inconformismo dos embargantes com o resultado do julgamento, desfavorável à sua pretensão, tendo que não existe nenhum fundamento que justifique a oposição destes embargos.

13. A decisão da lavra desta Sexta Turma, no multicitado HC n. 76.686/PR, dissocia-se da jurisprudência consolidada no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, onde esta mesma 6ª Turma já teve oportunidade de decidir, por mais de uma vez, pela legalidade de sucessivas prorrogações das interceptações telefônicas, mediante, por óbvio, devida motivação judicial.

14. Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no REsp 1497041/PR, *Sexta Turma*, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe 17/03/2016).

Processo Penal. Questão de ordem. Sede imprópria para discussão sobre licitude de prova. Cooperação internacional. Legalidade reconhecida na Suíça da transmissão de informações e posterior envio de documentos. Não comunicabilidade de declaração judicial de ilicitude de provas por derivação em inquérito contra pessoa distinta do contexto investigativo. Ausência de vinculação do acórdão suíço e soberania do Superior Tribunal de Justiça na apreciação da decisão estrangeira. Impossibilidade de homologação oblíqua de sentença estrangeira para obstar investigação local. Questão de ordem denegada.

1. Questão de ordem é incidente que visa resolver pendência de direito em outro processo que impede, prejudica ou desvia a marcha processual. Não há questão prejudicial ou “preliminar” a ser resolvida, nos termos dos arts. 92 e 93 do CPP, tampouco se conhece da medida para discutir acervo probatório. Eventual nulidade de prova obtida em fase de inquérito não pode tolher o poder investigatório do Estado de modo genérico. O Ministério Público não está inibido, inclusive, de reunir outras provas de modo independente.

2. É legal a transmissão de informações - sem remessa de provas - do Ministério Público suíço e do Judiciário francês em cumprimento a acordo internacional de cooperação, relatando pagamento de propinas em aditivo contratual nas obras de expansão do metrô de São Paulo. Posterior remessa de provas e sequestro de conta aberta na Suíça por empresa offshore pertencente ao agente público brasileiro em decorrência do acordo de cooperação e no bojo de inquéritos lá abertos para esse fim. Ilegalidade da remessa e sequestro questionada pela empresa de fachada e rejeitada na Suíça.

3. É indevida a pretensão da defesa de vincular o Superior Tribunal de Justiça à *ratio decidendi* de sentença estrangeira. Impossibilidade de homologação oblíqua. Ofensa à soberania da jurisdição local, conforme o direito brasileiro e internacional público. Não é o Superior Tribunal de Justiça instância revisora ou confirmadora de decisões tomadas em outras jurisdições.

4. Primeiro *obiter dictum* sobre o mérito. Há diferenças acentuadas nas legislações suíça e brasileira quanto ao emprego de agentes infiltrados enquanto meio de prova. Diversidade de parâmetros que torna descabida a apreciação dos fundamentos do acórdão lá exarado.

5. Segundo *obiter dictum* sobre o mérito. O agravante pretende estender decisão estrangeira de ilicitude de provas tomada em ação penal que não serviu de base para as transmissões espontâneas às autoridades brasileiras. Os inquéritos abertos contra cidadãos franceses e outro contra brasileiro não sofreram censura alguma quanto às provas obtidas. Impossibilidade de se averiguar, nesta sede, a legalidade na abertura dos inquéritos na Suíça que originaram as transmissões e de se estender a decisão tomada na ação penal primeva.

6. Terceiro *obiter dictum* sobre mérito, relacionado especificamente à ação penal original contra o banqueiro. Pelo direito brasileiro, não há nexos de causalidade entre o emprego de agentes infiltrados para apurar lavagem de dinheiro advindo de cartel de drogas e a espontânea e não provocada entrega de documentos por empregada do banco à empresa de auditoria sem vínculo com a investigação criminal. Mero encontro fortuito e não derivado e linear de provas.

Possibilidade de o Superior Tribunal de Justiça valorar o nexo de causalidade - e a ilicitude por derivação - diferentemente do Tribunal suíço.

7. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Inq 709/SP, *Corte Especial*, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 21/09/2015)

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 o 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.

Crimes contra o sistema financeiro nacional e lavagem de dinheiro (artigos 16 e 22 da Lei 7.492/1986 e artigo 1º, inciso VI, da Lei 9.613/1998). Violação à Lei Complementar 105/2001. Quebra do sigilo bancário dos pacientes nos Estados Unidos da América. Ausência de autorização da Justiça Brasileira. Desnecessidade. Medida que foi implementada em investigação em curso em Nova Iorque. Compartilhamento das provas obtidas com a Justiça Brasileira mediante acordo de cooperação entre os países. Constrangimento ilegal não caracterizado.

1. A competência internacional é regulada ou pelo direito internacional ou pelas regras internas de determinado país acerca da matéria, tendo por fontes os costumes, os tratados normativos e outras regras de direito internacional.

2. Em matéria penal adota-se, em regra, o princípio da territorialidade, desenvolvendo-se na justiça pátria o processo e os respectivos incidentes, não se podendo olvidar, outrossim, de eventuais tratados ou outras normas internacionais a que o país tenha aderido, nos termos dos artigos 1º do Código de Processo Penal e 5º, *caput*, do Código Penal. Doutrina.

3. No caso dos autos, inexistente qualquer ilegalidade na quebra do sigilo bancário dos acusados, uma vez que a medida foi realizada para a obtenção de provas em investigação em curso nos Estados Unidos da América, tendo sido implementada de acordo com as normas do ordenamento jurídico lá vigente, sendo certo que a documentação referente ao resultado da medida invasiva foi posteriormente compartilhada com o Brasil por meio de acordo existente entre os países.

Pedido de produção de diversas provas. Indeferimento parcial fundamentado pelo Magistrado de origem. Cerceamento de defesa não configurado.

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. Doutrina. Precedentes do STJ e do STF.

2. Na hipótese em apreço foram declinadas justificativas plausíveis para a negativa de produção de algumas das provas requeridas pela defesa dos pacientes, não tendo os impetrantes logrado demonstrar em que medida as providências pretendidas alterariam as conclusões a que chegaram as instâncias de origem acerca da comprovação da materialidade e da autoria dos delitos pelos quais restaram condenados.

Sentença condenatória. Prolação antes do cumprimento de carta precatória expedida para a oitiva de testemunha arrolada pela defesa. Suspensão da instrução criminal. Inocorrência. Possibilidade de resolução do mérito da ação penal. Inteligência do artigo 222 do Código de Processo Penal. Indispensabilidade da oitiva da testemunha não demonstrada pela defesa. Coação ilegal inexistente.

1. Os §§ 1º e 2º do artigo 222 da Lei Processual Penal disciplinam que na hipótese de oitiva de testemunha que se encontra fora da jurisdição processante, a expedição da carta precatória não suspende a instrução criminal, razão pela qual o togado singular poderá dar prosseguimento ao feito, em respeito ao princípio da celeridade processual, procedendo à oitiva das demais testemunhas, ao interrogatório do acusado e, inclusive, ao julgamento da causa, ainda que pendente a devolução da carta pelo juízo deprecado.

Fichas técnicas produzidas unilateralmente pelo Ministério Público. Imprestabilidade como elemento de prova. Matéria não apreciada pela Corte de origem no acórdão combatido. Supressão de instância.

1. Inviável a apreciação, diretamente por esta Corte Superior de Justiça, dada sua incompetência para tanto e sob pena de atuar em indevida supressão de instância, da alegada imprestabilidade de fichas técnicas que teriam sido elaboradas unilateralmente pelo Ministério Público, em afronta ao artigo 155 do Código de Processo Penal, tendo em vista que tal questão não foi analisada pelo Tribunal impetrado no aresto combatido.

2. *Habeas corpus* não conhecido. (HC 231.633/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 03/12/2014).

Por fim, e para que não paire dúvidas acerca da licitude das provas, bem como da inexistência de quebra de sigilo bancário sem a devida autorização judicial, o eg. Tribunal a quo consignou que:

“[...] Relativamente à quebra de sigilo bancário, destaco que nada impede o MPF te obter informações bancárias em outro país mediante auxílio direto, sem interposição de autoridade judicial brasileira, já que o acesso às informações observará o procedimento da legislação do local, estando o direito à privacidade e intimidade do indivíduo resguardado pela legislação do país requerido e a validade da prova colhida sujeita à confrontação com o marco normativo internacional das garantias processuais. Precedente: HC 231.633/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 03/12/2014.

Destaco que a obtenção de informações bancárias, ainda que no Brasil sejam consideradas sigilosas, de acordo com as leis locais, não é suficiente para violar a ordem pública nacional, do que somente se poderia cogitar se a obtenção das informações tivesse ocorrido de modo ilícito no país em que mantidas as contas, o que não restou demonstrado no presente caso.

Quanto à subversão da cooperação internacional, ressalto que não houve qualquer restrição, por parte das autoridades estrangeiras, quanto à extensão do uso dos documentos. Inclusive foram solicitados outros documentos àquelas autoridades, através de pedido ativo (evento 9 - OFIC2), mediante prévia autorização judicial, no qual se fez menção expressa que seu objetivo era coletar provas para instruir os autos do processo n. 2009.70.00.016012-4 e amparar investigações deles decorrentes (fls. 8/9, Apenso 3, PCD)” (fls. 754-756, grifei).

II - Da “imprestabilidade” da prova trazida aos autos pela quebra da cadeia de custódia das informações colhidas pelas autoridades estrangeiras - alegação de contrariedade aos arts. 157 do Código de Processo Penal; 21 do Código Penal e art. 3º da LINDB

Alega a recorrente violação dos arts. 157 do Código de Processo Penal, 21 do Código Penal e 3º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB, sob a alegação de que “não foi atendido aos requisitos mínimos de preservação da colheita de provas e houve a quebra da cadeia de custódia dos documentos remetidos pelas autoridades internacionais” (fl. 929).

Sustenta que “[O] simples fato de a acusação ter tido à quebra de sigilo bancário, perpetrada pelas autoridades holandesas, retirou a possibilidade de garantir

a necessária preservação da integralidade da fonte da prova, da mesma forma como tal teria sido produzida. Ademais, também não é possível saber se o fâmigurado material enviado pela autoridade holandesa corresponde à integralidade do que foi recebido pelo MPPF, meses antes do Inquérito. Ou seja, é impossível saber se houve manipulação do conteúdo original, mesmo uma seleção do material” (fl. 940).

Em que pesem os argumentos recursais, as alegações acerca do comprometimento da custódia da prova sequer ultrapassam o conhecimento.

Isso porque o eg. Tribunal Regional Federal da 4ª Região destacou que “[S]obre a cadeia de custódia da prova, mister referir que **não há, nos autos, qualquer mínimo indicativo da adulteração das mídias que instruem o presente feito, e nem logrou a defesa do réu trazê-lo em suas razões recursais, pelo que deve ser mantida a presunção de regularidade das mesmas. Não foi demonstrada nos autos qualquer suspeita de parcialidade das autoridades, nacionais ou estrangeiras, envolvidas na elaboração e guarda das provas, ou quaisquer interesses na falsificação dessa documentação. O recebimento da documentação probatória por meio de cooperação internacional, a qual se sustenta no princípio da boa-fé das autoridades envolvidas, reforça ainda mais a fidedignidade da prova. Afasto a preliminar suscitada sobre a validade das provas colhidas nos Países Baixos e enviadas às autoridades brasileiras, por inexistentes quaisquer indícios de sua adulteração” (fl. 755, grifei).**

Esses fundamentos ora destacados, os quais, por si sós, sustentam o *decisum* impugnado, não foram especificamente atacados pelos recorrentes, razão pela qual o recurso não pode ser conhecido, pela aplicação, por analogia, do Enunciado n. 283 da Súmula do c. Supremo Tribunal Federal: “*É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles*”.

Nesse sentido, cito os vv. acórdãos desta Corte:

Penal. Agravo regimental em agravo em recurso especial. Restituição de bens e valores apreendidos. Alegação de ofensa aos arts. 118 e 120 do CPP e 4º, § 2º, da Lei n. 9.613/1998. Deficiência de fundamentação. Súmula 284/STF. Sequestro de bens. Pedido de liberação. Ausência de comprovação da origem lícita. Utilidade e necessidade da medida. Revisão. Inviabilidade. Súmula 7/STJ. Crime autônomo em relação ao delito antecedente. Fundamento inatacado. Súmula 283/STF.

[...]

3. Aplica-se a Súmula 283/STF na hipótese em que a parte recorrente deixa de impugnar especificamente fundamento que, por si só, é suficiente para manter o acórdão recorrido.

4. Agravo regimental improvido (AgRg no AREsp n. 525.800/SP, *Sexta Turma*, Rel. Min. *Sebastião Reis Júnior*, DJe de 15/10/2015, grifei).

Penal e Processo Penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Negativa de vigência aos arts. 171, *caput* e 312, ambos do CP. Desclassificação de peculato para estelionato. Reexame fático e probatório. Impossibilidade. Súmula 7/STJ. Violação ao art. 6º, *caput*, da Lei n. 9.296/1996. Nulidade da interceptação telefônica. Procedimento conduzido pelo MP. (I) - Acórdão assentado em mais de um fundamento suficiente. Recurso que não abrange todos eles. Súmula 283/STF. (II) - Acórdão em conformidade com a jurisprudência desta Corte. Súmula 83/STJ. Divergência jurisprudencial. Art. 255/RISTJ. Inobservância. Ausência de indicação de dispositivo de lei violado. Recurso especial com fundamentação deficiente. Súmula 284/STF. Agravo regimental a que se nega provimento.

[...]

2. Verificando-se que o v. acórdão recorrido assentou seu entendimento em mais de um fundamento suficiente para manter o julgado, enquanto o recurso especial não abrangeu todos eles, aplica-se, na espécie, o enunciado 283 da Súmula do STF.

[...]

5. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no AREsp n. 302.750/SC, *Sexta Turma*, Rel. Min. *Maria Thereza de Assis Moura*, DJe de 15/5/2014, grifei).

Outrossim, a pretensão de infirmar as conclusões da eg. Corte Regional, em especial a de que não houve “*qualquer mínimo indicativo da adulteração das mídias que instruem o presente feito, e nem logrou a defesa do réu trazê-lo em suas razões recursais, pelo que deve ser mantida a presunção de regularidade das mesmas*” (fl. 813), demandaria o reexame de fatos e provas o que é vedado pela *Súmula 07/STJ*.

Nesse sentido:

Penal. Recurso especial. Atentado violento ao pudor. Vítima menor de 14 anos. Art. 214, *c/c* o art. 224, “a”, ambos do CP. Nulidade da sessão de julgamento que recebeu a denúncia. Ausência de prequestionamento. Nulidade não configurada. Art. 225 do CP, com redação anterior à Lei n. 12.015/2009. Representação. Desnecessidade. Ação penal pública incondicionada. Proteção integral à criança. Nulidades das provas. Ausência de prequestionamento. Regularidade do édito condenatório. Desconstituição. Súmula n. 7 do STJ. Pena-base. Culpabilidade, circunstâncias e consequências. Motivação concreta. Personalidade e conduta social. Fundamentação inidônea. Agravante do art. 61, II, “h”, do CP. *Bis in idem*. Continuidade delitiva. Fração de 1/6. Legalidade. Recurso especial parcialmente provido. Execução imediata da pena determinada.

1. O tema referente à nulidade da sessão de julgamento que recebeu a denúncia não foi submetido a exame pelo Tribunal de origem por ocasião do julgamento da causa, como questão preliminar. Trata-se, assim, de matéria nova, só levantada no recurso especial, cuja análise é vedada por esta Corte Superior. Incidência das Súmulas n. 282 e 356, ambas do STF.

2. No processo penal, a teor do art. 370, § 1º, do CPP, o defensor constituído não goza da prerrogativa de intimação pessoal. Por expressa previsão legal, a intimação do advogado de livre escolha do acusado far-se-á por publicação no órgão incumbido da publicidade dos atos judiciais da comarca.

3. A despeito do que dispõe o art. 225 do Código Penal, com redação anterior à Lei n. 12.015/2009, esta Corte já decidiu que “[...] O Ministério Público é parte legítima para propor a Ação Penal instaurada para verificar a prática de atentado violento ao pudor contra criança, independentemente da condição financeira da mesma.” (HC n. 148.136/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª T., DJe 21/3/2011). Isso porque a proteção integral à criança e ao adolescente, em especial no que se refere às agressões sexuais, é preocupação constante de nosso Estado (art. 227, *caput*, c/c o § 4º, da Constituição da República) e de instrumentos internacionais.

4. É irrazoável condicionar à opção dos representantes legais da vítima, ou ao critério econômico, a persecução penal dos crimes definidos pela Constituição da República como hediondos, excluindo da proteção do Estado as crianças submetidas à prática de delitos dessa natureza. Vale dizer, é descabida a necessidade de iniciativa dos pais quando o bem jurídico protegido é indisponível, qual seja, a liberdade sexual de criança de 4 anos, que, conquanto não tenha sofrido violência real, não possui capacidade plena para determinação dos seus atos, dada a sua vulnerabilidade.

5. Os temas relativos à nulidade específica de invalidade do depoimento da vítima, a inidoneidade dos laudos - inclusive porque produzido por autoridade incompetente -, e à ausência de laudo produzido por perito oficial portador de diploma de curso superior não foram, especificamente, examinados pelo Tribunal de origem. Apesar do detalhado estudo e cotejo das provas produzidas, não houve debate acerca da validade das provas sob os ângulos apresentados neste recurso especial.

6. Não há irregularidade no édito condenatório que utilizou, como elementos de prova, o depoimento da vítima, os depoimentos das demais testemunhas, os laudos (psicológico, psicossocial e de exame de corpo de delito), notadamente quando essas provas são produzidas na fase processual, em que há respeito ao contraditório - como no caso dos autos.

7. *Para desconstituir a conclusão alcançada - inclusive para afirmar serem inidôneas as provas produzidas -, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório produzido nos autos, providência que, conforme cediço, é incabível na via do recurso especial, consoante o enunciado na Súmula n. 7 do STJ.*

[...]

12. Recurso especial parcialmente provido, tão somente para reduzir a pena para 12 anos e 3 meses de reclusão. Execução imediata da pena determinada. (REsp 1.359.810/RJ, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe 28/11/2017).

III - Da dosimetria da pena - alegação de contrariedade aos arts. 59, 68 e 71 do Código Penal e ao art. 21 da Lei 7.492/1986

Alega a recorrente violação dos arts. 59 e 68 do Código Penal e 21 da Lei 7.492/1986, sob o argumento de houve, *in casu*, “indevida valoração negativa das medidas judiciais de circunstâncias e consequências, pois fundamentadas em elementos necessários e inerentes a realização do crime de evasão de divisas”, bem como “por ter atribuído as medidas judiciais os valor [sic] de 1/4, o que representa exasperação muito superior ao que somente seria possível na 2ª fase da aplicação da pena” (fl. 930).

Aduz, ainda, contrariedade ao art. 71 do Código Penal, “pela aplicação do máximo aumento permitido ao tipo na 3ª fase da dosimetria, com base em elementos utilizados para valorar negativamente as medidas judiciais de circunstâncias e consequências na 1ª fase de aplicação da pena” (fl. 930).

De início, quanto ao dissídio apontado (HC 123.760), assinalo que, nos termos do entendimento estabelecido nesta Corte Superior de Justiça, “não se admite como paradigma para comprovar eventual dissídio, acórdão proferido em habeas corpus, mandado de segurança, recurso ordinário em habeas corpus, recurso ordinário em mandado de segurança e conflito de competência” (AgRg no AREsp n. 807.982/MS, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 26/5/2017), como se deu no presente caso.

Em síntese, requer a recorrente o redimensionamento da sanção aplicada.

Sobre este tema, é preciso ter presente que o Supremo Tribunal Federal tem entendido que “a dosimetria da pena é questão de mérito da ação penal, estando necessariamente vinculada ao conjunto fático probatório, não sendo possível às instâncias extraordinárias a análise de dados fáticos da causa para redimensionar a pena finalmente aplicada” (HC n. 137.769/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 24/10/2016).

O Pretório Excelso também entende não ser possível para as instâncias superiores reexaminar o acervo probatório para a revisão da dosimetria, exceto em circunstâncias excepcionais, já que, ordinariamente, a atividade dos Tribunais Superiores, em geral, e do Supremo, em particular, deve circunscrever-

se “*ao controle da legalidade dos critérios utilizados, com a correção de eventuais arbitrariedades*” (HC n. 128.446/PE, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 15/9/2015).

Na mesma linha, esta Corte tem assentado o entendimento de que a dosimetria da pena é atividade inserida no âmbito da atividade discricionária do julgador, atrelada às particularidades de cada caso concreto.

Desse modo, cabe às instâncias ordinárias, a partir da apreciação das circunstâncias objetivas e subjetivas de cada crime, estabelecer a reprimenda que melhor se amolda à situação, admitindo-se revisão nesta instância apenas quando for constatada evidente desproporcionalidade entre o delito e a pena imposta, hipótese em que deverá haver reapreciação para a correção de eventual desacerto quanto ao cálculo das frações de aumento e de diminuição e a reavaliação das circunstâncias judiciais listadas no art. 59 do Código Penal.

Nesse cenário, *ao contrário do que sustentou a defesa*, mostra-se *idônea a fundamentação* apresentada pelas instâncias ordinárias, a fim de justificar as reprimendas aplicadas. Vejamos:

“ - Dosimetria do delito inserto no art. 22 da Lei n. 7.492/1986

Relativamente à dosimetria, a defesa da apelante requereu a fixação da pena-base no mínimo legalmente cominado e o afastamento da multa, por não ser possível aferir o valor do dano alegado, em razão da inexistência de extratos da conta bancária em questão. Da mesma forma, pleiteou a aplicação da continuidade delitiva no patamar de 1/6, argumentando ser genérica a fundamentação que justificou o aumento em 2/3, assim como o reconhecimento do concurso formal entre os delitos de evasão de divisas e de lavagem de dinheiro, porquanto não seria possível Visualizar quais transações se destinariam’ a cada um desses crimes.

Os argumentos, contudo, devem ser afastados.

As vetoriais consideradas negativas na fixação da pena base foram as circunstâncias e as conseqüências, com fulcro nos seguintes fundamentos:

‘996. Para as vetoriais do art. 59 do CP, merecem especial reprovação as circunstâncias dos crimes de evasão e de lavagem de dinheiro. Em ambos os casos, de se reconhecer a presença de um engenhoso e sofisticado esquema de evasão e lavagem de dinheiro que compreendia a abertura e utilização de contas em nome de off-shores ou de pessoas interpostas em uma instituição financeira em paraíso fiscal, as Antilhas Holandesas, de difícil acesso. O emprego de esquemas sofisticados

de evasão e lavagem, não inerentes aos crimes, e acessíveis apenas a criminosos de colarinho branco de grande sofisticação merece especial reprovação, devendo ser valoradas negativamente as circunstâncias dos crimes para todos os condenados.

997. Também, para as vetoriais do art. 59 do CP, merecem especial reprovação as conseqüências dos crimes, a depender do volume de movimentação financeira das contas e, por conseguinte, do montante evadido fraudulentamente ou lavado.

Segundo a jurisprudência do Tribunal Regional Federal:

A remessa ao exterior de mais de U\$500.000,00 (quinhentos mil dólares) por intermédio do mercado paralelo enseja exasperação da pena base em razão da vetorial conseqüências do crime.’ (ACR 0031109-79.2007.404.7100 – Rel. Des. Federal Leandro Paulsen – 8- Turma do TRF4 – un. – j. 30/04/2014)

998. Ultrapassando a evasão e a lavagem esse montante, a pena será então exasperada também pela valoração negativa das conseqüências do crime. A exasperação. Por essa conseqüência. será verificada caso a caso.’

Deve ser afastado o argumento de que se estaria valorando negativamente elementos do próprio tipo penal, uma vez que ambas as valorações encontram guarida em inúmeras decisões prévias deste tribunal em casos semelhantes, que condenaram grandes esquemas de dólar-cabo envolvendo uma rede de ‘doleiros’.

Assim, não obstante os crimes de evasão de divisas e de lavagem de dinheiro pressuponham uma esquematização prévia das condutas, no presente caso elas extrapolam a elementar do tipo, desenrolando-se em um engenhoso e sofisticado esquema, que envolvia diversas empresas off-shores e cell companies constituídas em variados paraísos fiscais, diversas contas em bancos em diferentes países e uma rede de compensação entre os diversos operadores destas contas. A mencionada valoração encontra-se, conforme referido, em consonância com o entendimento desta Corte, conforme julgados que colaciono:

[...]

Igualmente, a valoração negativa das conseqüências do delito para aqueles que tenham como montante total evadido/lavado valor superior a quinhentos mil dólares encontra-se em sintonia tanto com a jurisprudência desta Corte quanto com a jurisprudência da Corte Superior, conforme se vê dos julgados que seguem [...]

Assim, não há como acolher-se o argumento de que a pena não atenderia ao princípio da individualização da pena, uma vez que o valor movimentado pela ré na conta junto ao FCIB foi superior a oito milhões de dólares (conforme laudo

n. 722/2010, junto ao vol. 7 do IPL). Ademais, o critério estabelecido na sentença, conforme demonstrado, vai ao encontro da jurisprudência desta Corte.

Nestes termos, mantenho a valoração negativa das duas vetoriais para o crime de evasão de divisas, conforme fixado pela sentença recorrida, devendo permanecer inalterada a pena-base para o crime de evasão de divisas.

Em relação à continuidade delitiva do crime de evasão de divisas, destaco que o patamar de 1/6 seria cabível somente no caso de ter havido duas condutas de evasão de divisas, sendo a fração aumentada a cada nova infração, até o limite de 2/3. No presente caso, foram identificadas mais de mil transações na conta em questão, cada uma referente a uma operação dólar-cabo, número este que impõe a manutenção do patamar de aumento pela continuidade em 2/3.

Assim, mantenho a pena imposta na sentença para o crime de evasão de divisas, de 05 (cinco) anos de reclusão e 160 dias-multa.

Extrai-se dos autos que na primeira fase da dosimetria, para ambos os réus, foram considerados negativos os vetores *circunstâncias* e *consequências* do crime de evasão de divisas.

Quanto às *circunstâncias do delito*, assinalaram as instâncias ordinárias a presença de um engenhoso e sofisticado esquema de evasão de dinheiro, com a abertura e utilização de contas em *off-shores* ou de pessoas interpostas em instituição financeira, o *First Curaçao International Bank*, com sede nas Antilhas Holandesas, instituição posteriormente fechada pelas próprias autoridades holandesas.

No que concerne às *consequências do delito perpetrado*, entenderam graves as instâncias ordinárias o expressivo valor evadido (a remessa ao exterior de mais de U\$500.000,00 - quinhentos mil dólares por intermédio do mercado paralelo).

Reputo idônea e bem fundamentada fixação da pena-base, nos exatos termos pontuados pelas instâncias *a quo*. A circunstância em que se praticou o delito, concebida como seu *modus operandi* de elevada sofisticação, não se confunde com sua consequência ou elementar do delito previsto no art. 22 da Lei 7.492/1986. Outrossim, os sofisticados e engenhosos esquemas de evasão de divisas dificulta sobremaneira a persecução penal, situação, portanto, merecedora de valoração negativa.

Da mesma forma, não se tem por elementar do delito em questão o *quantum* do valor evadido, o que autoriza, de pronto, a utilização desse dado

fático no sopesamento da pena-base. Ademais, em casos análogos ao dos autos, essa Eg. Corte Superior tem validado a utilização desse critério para o aumento da pena na primeira fase.

Lado outro, “[A] análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos, a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito, razão pela qual descabe a aplicação da suscitada ‘teoria do termo médio’.” (HC 350.704/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 16/08/2016).

No que diz respeito à fração aplicada pela continuidade delitiva, impende lembrar que esta Corte de Justiça sedimentou sua jurisprudência no sentido de que na fixação do *quantum* de aumento de pena pela continuidade delitiva, o critério fundamental é o número de infrações praticadas. Nessa senda, tendo as instâncias *a quo* registrado que forma identificadas mais de mil transações de remessa ilegal de dinheiro ao exterior, julgo correta a fixação da fração no patamar máximo - 2/3.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

Agravo regimental em recurso especial. Penal e Processo Penal. Crime contra o sistema financeiro nacional. Operação Ouro Verde. Dosimetria. Circunstâncias judiciais. Fundamentação idônea. Pena-base. Discricionariedade regrada. Razoabilidade. Critério aritmético. Não adoção. Continuidade delitiva. Elevado número de operações. Patamar máximo. Arrependimento posterior. Recorrente que não impugna o fundamento do acórdão recorrido. Pena de multa. Capacidade financeira. Reexame de prova. Princípio da indivisibilidade. Inaplicabilidade na ação penal pública. Oitiva de testemunha que é colaborador em outro processo. Regularidade. Lei n. 12.850/2013. Ausência de prequestionamento. Documentos pertinentes à quebra do sigilo telefônico. Livre acesso à defesa. Ausência de prejuízo. Recurso improvido.

1. *É acentuada a culpabilidade da agente que era gerente de agência private de instituição financeira, lidava com clientes de alto poder aquisitivo, tinha pleno conhecimento dos trâmites bancários e aproveitava dessa circunstância para agenciar clientes interessados em empreender remessas ilegais de valores para o exterior.*

2. *O envio de elevado montante ao exterior, mais de US\$2.000.000,00 (dois milhões de dólares), sem comunicação às autoridades brasileiras produz repercussão nas reservas cambiais do país e constitui motivo idôneo para a elevação da pena-base por função das consequências.*

3. *Tratando-se de pessoa que, atuando como verdadeira agenciadora de clientes, desempenhava importante papel nas atividades perpetradas em complexo esquema*

criminoso de evasão de divisas, resta suficientemente justificada a valoração negativa do vetor circunstâncias.

4. A pena-base deve ser fixada fundamentadamente, com base em elementos idôneos, observando-se os princípios da culpabilidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, e da suficiência à reprovação e prevenção ao crime, não se adotando critério matemático ou aritmético.

5. *A prática de 67 operações de remessa ilegal de divisas ao exterior configura quantidade elevada de delitos que justifica a fixação da continuidade delitiva no seu patamar máximo.*

6. O ingresso ilegal de moeda estrangeira no país, também em elevado montante, constitui mais um ilícito praticado pela agente, ainda que de natureza administrativa, e assim, não pode ser considerado em seu benefício para reduzir a reprimenda a qualquer título.

7. “Reavaliar a fixação da pena de multa implicaria no inevitável reexame do conjunto fático probatório dos autos, que se faria necessário para a apuração da situação econômica do réu. Incidência da súmula n. 07/STJ”. (REsp 781.007/PR, Rel. Min. *Gilson Dipp*, Quinta Turma, DJ 11/09/2006).

8. Em sede de ação penal pública vigora o princípio da divisibilidade, sendo admissível que o processo seja desmembrado em tantos quantos forem os réus, não sendo exigível que a persecução penal ocorra por meio de uma única ação. Assim, havendo uma ação penal pública em face de um determinado réu, sempre será possível que o Ministério Público ajuíze outra ação pelo mesmo fato em face de outro acusado, a qualquer tempo.

9. Não há impedimento quanto ao depoimento de colaborador em delação premiada se tal colaborador não está sendo acusado no mesmo processo em que o recorrente figure como réu.

10. Os elementos de prova advindos da Ação Penal 2007.71.00.001796-5 foram trazidos para os presentes autos ou disponibilizados às partes para consulta na secretaria do juízo, de modo que foi franqueado à defesa o livre acesso aos documentos de prova produzidos, não havendo falar em cerceamento de defesa, mormente se a condenação não está embasada exclusivamente na escuta telefônica ou nos depoimentos dos colaboradores mas também em outros elementos coligidos aos autos, notadamente as planilhas de controle da empresa de turismo e a agenda eletrônica apreendida, em que eram mantidos os registros detalhados dos correntistas e das operações da instituição financeira não-autorizada, além da própria confissão da recorrente e de testemunha de defesa.

11. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1.465.912/RS, *Sexta Turma*, Rel. Min. *Maria Thereza de Assis Moura*, DJe 19/02/2018)

Penal e Processo Penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Evasão de divisas. Lei n. 7.492/1986. Violação dos art. 155 do Código de Processo

Penal e 59 do Código Penal. Provas produzidas exclusivamente na fase inquisitorial. Reexame do acervo fático-probatório. Súmula 7 do STJ. Impossibilidade. Pena-base exasperada de forma razoável e proporcional. Discricionariedade. Agravo não provido.

1. Constatou-se que o Tribunal *a quo*, ao apreciar a preliminar de nulidade da sentença, referente à alegação de que a condenação se fundamentou, exclusivamente com base em prova produzida na fase extrajudicial, esclareceu que foram apontadas demais provas nos autos que inclusive não foram impugnadas pela defesa durante a instrução processual, portanto, o acolhimento da pretensão recursal no sentido de invalidação desta decisão, demandaria invariavelmente, o revolvimento das provas carregadas aos autos, procedimento sabidamente vedado, a teor da Súmula 7/STJ (precedentes.)

2. *Não há violação do art. 59 do Código Penal, uma vez que a dosimetria da pena foi devidamente estabelecida dentro dos parâmetros de razoabilidade, proporcionalidade e discricionariedade, considerando que houve a exasperação da pena-base em apenas 6 meses acima do mínimo, com o fundamento de que "as consequências foram graves e de grande monta, envolvendo valores superiores a US\$ 700.000,00 (setecentos mil dólares norte-americanos) em prejuízos à União Federal e à sociedade".*

3. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp 480.474/MG, Quinta Turma, Rel. Min. *Ribeiro Dantas*, DJe 19/10/2016, grifei).

Processual Civil, Processual Penal e Penal. Agravo regimental em embargos de divergência. Evasão de divisas. 1) Lei processual aplicável ao recurso - direito intertemporal - *tempus regit actum* - lei da data da sessão do julgamento. 2) Descabimento de indicação de *habeas corpus* e de enunciado de súmula como paradigma mesmo sob as regras do novo CPC. 3) Inexistência de confissão no caso concreto. 4) Utilização de elementar do delito como justificativa para a majoração da pena base: questão não devolvida ao conhecimento da Corte. 5) Conhecimentos do réu sobre mercado de câmbio e trâmites negociais internacionais não constituem elementar da evasão de divisas: Súm. 168/STJ.

[...]

6. No que toca à terceira dissonância apontada nos embargos de divergência (possibilidade, ou não, de fundamentação de exasperação da pena-base no vetor culpabilidade, em condenações por crimes econômicos, quando esses são realizados com habilidades ínsitas à atividade empresarial), a controvérsia não chegou a ser devolvida ao conhecimento desta Corte, pois demandaria prévia arguição de ofensa ao art. 59 do Código Penal, o que não foi feito pelo réu, que se limitou a apontar violação ao art. 381, III, do CPP, no recurso especial.

7. *Ainda que assim não fosse, no ponto, o recurso esbarraria no óbice do verbete n. 168 da Súmula do STJ, já que a jurisprudência de ambas as Turmas componentes da 3ª Seção desta Corte tem entendido que, no delito de evasão de divisas, "a experiência do agente é valor de maior reprovação social, não se constituindo em elementar do*

crime ou seu elemento subjetivo” (HC 200.292/PR, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Rel. p/ Acórdão Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 07/08/2014, DJe 03/09/2014). Precedente: HC 206.145/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 22/05/2012, DJe 05/06/2012.

8. *Como decorrência dessa orientação, o alto nível de conhecimento que o réu detém do funcionamento do mercado de câmbio e de trâmites negociais internacionais não constitui elementar do delito de evasão de divisas e pode ser utilizado como justificativa para reputar maior a reprovabilidade de sua conduta e, por consequência, para majorar a pena base.*

9. *Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg nos EREsp 1.535.956/RS, Terceira Seção, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 01/06/2016, grifei).*

IV – Da aplicação retroativa do art. 387, IV, do Código de Processo Penal – dissídio jurisprudencial

Sustenta, ainda, a existência de dissídios jurisprudenciais em sentido contrário ao decidido, no tocante à retroatividade do art. 387, IV, do CPP (AgRg no REsp 1.254.742/RS).

Não merece qualquer reparo o r. acórdão regional quanto à questão posta pelos recorrentes, porquanto decidiu-se em consonância com o entendimento prevalente dessa Eg. Corte Superior. Não se desconhece o teor do precedente citado, contudo, a regra estabelecida pelo art. 387, IV, do Código de Processo Penal, por ser de natureza processual, aplica-se a processos em curso. Isso porque a obrigação de reparar o dano sempre existiu, sendo inclusive objeto de diversos comandos normativos do Código Penal (arts. 16; 91, I; 312, § 3º; 65, III, b; 9º, I; 78, § 2º). O art. 387, IV, do CPP apenas possibilitou a antecipação do momento processual para a fixação de valor mínimo para a reparação de danos causados por infração penal, nas hipóteses em que o Juízo sentenciante possua elementos concretos para fazê-lo, contudo, sem prejuízo de que sua fixação seja realizada em execução penal ou mesmo, se fixado valor mínimo, a vítima possa buscar complementação por meio de ação de conhecimento.

Nesse sentido, os apontamentos de Eugênio Pacelli e Douglas Fischer:

“[...] tratando-se de uma regra de natureza procedimental, a incidência é imediata, inclusive em relação aos feitos em curso. A propósito, no julgamento da Ação Penal nº 396, embora não conste da ementa, o Ministro Celso de Mello, do STF, reconheceu a incidência do dispositivo e condenou o réu a reparar os danos causados pela infração, restituindo ao erário o prejuízo causado.” (Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência. 10 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo. Atlas, 2018, fl. 842)

A doutrina ainda esclarece os efeitos da referida norma:

“A condenação penal irrecorrível produz efeitos principais e secundários. O efeito principal é a imposição da sanção privativa de liberdade (reclusão, detenção ou prisão simples), restritiva de direitos ou de multa, no caso de condenação.

Dentre os efeitos secundários, no que toca ao dever de reparar o dano causado pelo delito, o art. 91, caput, I, do CP estabelece que a sentença penal condenatória torna certa a obrigação de indenizar o dano. Isso não significa, por si só, que haja um título executivo cível. Especificamente no tocante ao conteúdo cível, na sentença penal condenatória há uma mera declaração do dever de reparar o dano, sem que haja a imposição de uma sanção cível.

Tal dispositivo, porém, é complementado pelo art. 63, caput, do CPP e pelo art. 515, caput, VI, do CPC, que atribuem à sentença penal condenatória transitada em julgado a natureza de título executivo judicial. A Lei 11.719/2008 acrescentou um novo parágrafo único ao art. 63, nos seguintes termos: “Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do caput do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido”.

Em suma, antes, a sentença penal condenatória sempre gerava um título executivo ilíquido. Com a reforma do CPP de 2008, a sentença penal condenatória poderá gerar um título executivo líquido (se já for possível provar todo o dano no processo penal) ou apenas parcialmente líquido (se somente parte dos danos for provada, por exemplo, o dano emergente) deixando para o processo de liquidação civil a parte do dano não liquidada na condenação penal (por exemplo, lucro cessante). Também é possível que a sentença penal continue a ser um título ilíquido, se não for possível, no âmbito criminal, fazer qualquer comprovação e estipulação do dano sofrido.” (Gustavo Henrique Badaró, Processo Penal, 5 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, fl. 214).

Dessa forma, não merece qualquer reparo o r. acórdão regional quanto à questão posta pelo agravante, porquanto decidiu-se em consonância com o entendimento dessa Eg. Corte Superior.

Colaciono, ainda, precedente da col. Quinta Turma deste Sodalício:

Penal. Agravo regimental em *habeas corpus*. Reforma da decisão monocrática. Provimento. *Habeas corpus* substitutivo de recurso próprio. Inadequação. Concussão tributária (Lei n. 8.137/1990, art. 3º, II). Dosimetria. Discricionariedade relativa. Pena-base. Consequências do crime. Extrema gravidade. Elevado valor exigido da vítima. Exaurimento. Grave prejuízo ao orçamento previdenciário.

Culpabilidade. Inocorrência de *bis in idem*. Fixação da pena-base proporcional. Regime de cumprimento fechado. Adequado. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. *Fixação do valor mínimo de indenização decorrente de infração penal. Norma processual. Aplicação imediata a processos sentenciados posteriormente à vigência da Lei n. 11.719/2008.* Agravo regimental provido e *habeas corpus* não conhecido.

[...]

9. O art. 387, IV, do Código de Processo Penal, cuja redação foi conferida pela Lei n. 11.719/2008, é norma eminentemente processual, que permitiu a antecipação do momento processual para a fixação de valor mínimo para a reparação de danos causados por infração penal. Por conseguinte, como regra intraprocessual, aplica-se imediatamente apenas às infrações sentenciadas após a vigência da referida lei modificadora, hipótese em que surge essa prerrogativa processual, desde que haja pedido nesse sentido e seja respeitado o contraditório. No caso, a sentença foi proferida em 22/7/2010, portanto, indubitável a prerrogativa processual de fixação do valor indenizatório mínimo.

10. Agravo Regimental provido. *Habeas corpus* não conhecido. (AgRg no HC 319.241/SP, *Quinta Turma*, Rel. Min. *Ribeiro Dantas*, DJe 01/12/2017, grifei).

Penal. Processual Penal. Furto qualificado. Abuso de confiança. Configuração. Aggravante. Crime cometido contra vítima com mais de 60 anos. Indenização do art. 387, IV, do CPP. Incidência. Norma processual penal. Ação penal em curso. Sentença proferida após a vigência da Lei 11.719/2008. Recurso provido.

[...]

VI. A Lei 11.719, de 20 de junho de 2008, publicada em 23 de junho de 2008, entrou em vigor 60 (sessenta) dias após a data de sua publicação.

VII. No presente caso, na sentença, proferida em 10/09/2008, isto é, quando já vigente a norma em questão, o Juiz reconheceu a incidência da nova redação do inciso IV do art. 387 do Código de Processo Penal, fixando valor para reparação de danos causados pela infração.

VIII. A norma de Direito Processual Penal se aplica imediatamente às sentenças proferidas após a sua entrada em vigor. Sendo assim, a norma do art. 387, IV, do CPP deve ser aplicada ao presente caso, em que a sentença condenatória foi proferida quando já vigente a lei que modificou os dispositivos da lei adjetiva penal.

IX. Recurso provido, nos termos do voto do Relator. (REsp 1.208.510/RS, *Quinta Turma*, Rel. Min. *Gilson Dipp*, DJe 15/06/2011).

Ante o exposto, nego provimento a agravo regimental.

É o voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 1.720.785-RO
(2018/0019270-9)**

Relator: Ministro Ribeiro Dantas
Agravante: Ministério Público Federal
Agravado: Jonathan Henrique da Silva Vieira
Advogado: Defensoria Pública do Estado de Rondônia
Interes.: Ministério Público do Estado de Rondônia

EMENTA

Agravo regimental em recurso especial. Execução penal. Confecção de artesanato. Fiscalização deficiente. Falha do poder público. Remição. Concedida. Possibilidade. Interpretação extensiva *in bonam partem*. Agravo regimental improvido.

1. Hipótese em que a remição da pena pelo trabalho artesanal foi cassada, pelo Tribunal *a quo*, em virtude da impossibilidade de a autoridade carcerária aferir o quantitativo de horas trabalhadas em decorrência de problemas estruturais e de outros argumentos, para os quais não contribuiu o apenado, que não pode ser prejudicado pela ineficiência dos serviços inerentes ao Estado.

2. Cabe ao Estado ao Estado administrar o cumprimento do trabalho no âmbito carcerário, não sendo razoável imputar ao sentenciado qualquer tipo de desídia na fiscalização ou controle desse meio.

3. No caso em apreço, observa-se que o reeducando efetivamente exerceu o trabalho artesanal, tendo sido essa tarefa devidamente atestada pela administração carcerária. Por tal motivo, descabe ao intérprete opor empecilhos *praeter legem* à remição pela atividade laboral, prevista pelo citado art. 126 da Lei de Execução Penal, uma vez que a finalidade primordial da pena, em fase de execução penal, é a ressocialização do reeducando.

4. Assim, sendo possível a interpretação extensiva *in bonam partem*, não há falar em afastamento da possibilidade da concessão da benesse àqueles apenados que estejam vinculados a atividades

profissionalizantes, tais como a participação em atividades de artesanato no interior do estabelecimento prisional.

5. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Brasília (DF), 03 de maio de 2018 (data do julgamento).

Ministro Ribeiro Dantas, Relator

DJe 11.5.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas: Cuida-se de agravo regimental interposto pelo *Ministério Público Federal* contra decisão de fls. 180-184 (e-STJ), que deu provimento ao recurso especial interposto pela defesa.

Nas razões do inconformismo (e-STJ, fls. 193-200), o insurgente alega que, “ainda que seja possível o reconhecimento do artesanato realizado de forma provisória pelo apenado, para fins de remição da pena, referida admissão implica no cumprimento dos requisitos exigidos pela Lei de Execuções Penais, tais como aferição da carga horária mínima, natureza do trabalho, finalidade econômica e seu papel ressocializador” (e-STJ, fl. 196).

Sustenta que o acórdão recorrido conclui que não houve o devido controle do trabalho artesanal, situação que não pode ser revista nesta instância especial, ante o teor da Súmula 7 do STJ.

Defende que, ante a ausência de comprovação idônea acerca da carga horária e do trabalho efetivamente realizado, não é possível conceder a remição.

Requer a reconsideração da decisão agravada ou a submissão do inconformismo ao Órgão Colegiado.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas (Relator): Na origem, o Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Rolim de Moura/RO concedeu remição ao reeducando - Jhonatan Vieira da Silva -, ainda que a atividade não tenha atendido os requisitos de ato administrativo penitenciário, pois houve certificação por parte da direção da unidade prisional de que o apenado prestou serviço de artesanato (e-STJ, fls. 24-25):

Vejamos. O relatório de atividades para remição de pena juntado pela Unidade Prisional às fls. 359 204 dos autos, traz à menção expressa de que se trata de “atividades laborais, (...) na confecção de artesanatos como jogos de tapetes em crochê (...)

Pois bem. Ainda que não tenha sido atendido a Portaria da Sejus, restou declarado pela Direção da Unidade Prisional que houve a realização de trabalho por parte do apenado. Assim, não obstante tenha a Direção descumprido as regras que a própria Sejus editou, o reeducando não tem culpa pela ineficiência da Sejus, não deve ser prejudicado. Claro é que deve adequar-se e empreender todas as medidas necessárias e cabíveis para cumprir fielmente a Portaria sob pena deste juízo não mais aceitar as Declarações.

No mais, ainda necessário fazer um ajuste na Certidão que enviada a este juízo, pois é certo que não deve ser recepcionada na totalidade. Estabelece o MASP, em seu artigo 92, parágrafo 1º que o trabalho, seja interno ou externo à Unidade Prisional, não pode ser inferior a 06 (seis) horas nem superior a 08 (oito) horas, com descanso aos domingos, feriados e dias sagrados.

[...]

Destarte, em relação a remições de outubro/2016 a fevereiro de 2017, ficam aceito para fins de remição 98 dias, o que equivale a um abatimento de 32 dias.

O Tribunal local, ao prover agravo em execução interposto pelo Ministério Público, deixou de considerar os dias trabalhados para fins de abatimento de pena, tendo em vista a ausência de fiscalização da produtividade, da finalidade educativa e econômica do labor supostamente realizado pelo apenado, muito menos da carga horária cumprida (e-STJ, fls. 113-114):

In casu, a remição foi concedida ao fundamento de que o apenado laborou, por 8 horas diárias, excluídos os sábados, domingos, feriados e dias de visitas, por 15 dias no mês de outubro/2016; 16 dias em novembro/2016; 17 dias em dezembro/2016; 17 em janeiro de 2017; 15 no mês de fevereiro e 18 no mês de março/2017, totalizando 98 dias, em serviços artesanais de confecção de jogos de tapete de crochê, gerando expectativa de remição que totalizariam 32 dias.

Em que pesem os judiciosos argumentos do magistrado *a quo*, examinando os argumentos ministeriais, tenho que lhe assiste razão, porquanto a questão posta esbarra na ausência de formalidade do procedimento adotado para aferição do trabalho executado.

A propósito, tenho me posicionado no sentido de que as grandes mazelas da gestão penitenciária estão calcadas nas ações coletivas ou no emprego da improvisação na sua execução, sendo esse exatamente o caso dos autos.

Com efeito, do modo como feito, ficou evidenciado que a realização deu-se sem nenhuma fiscalização da produtividade, isso porque além do relatório de fls. 18 que atestou que o reeducando trabalhou na confecção de jogos de tapete em crochê por 68 dias, não há nos autos nenhum outro documento que se possa aferir a carga horária em que ele se dedicou a cada uma das peças; a sua finalidade produtiva, educativa e, sobretudo, econômica, requisitos imprescindíveis para o reconhecimento do trabalho artesanal.

Ora, para o trabalho artesanal ser considerado válido para remição da pena, deve a administração pública, em caso de eventual projeto com essa finalidade, se cercar do mínimo de cuidado para dar transparência à empreitada, de modo que permita ao órgão da execução penal aferir, além da carga horária, as especificidades das atividades desempenhadas e seu papel ressocializador, comunicando previamente ao juízo das execuções penais quais os apenados farão parte daquele projeto.

[...]

Assim, não há como admitir a remição pelo artesanato pela inexistência de controle formal das horas trabalhadas, pena de conceder remição ficta, ferindo o princípio da legalidade.

Diante de tais considerações, *dou provimento ao agravo* para reformar a decisão atacada, excluindo os 32 dias de trabalho artesanal concedidos, devendo, de consequência, ser efetuados novos cálculos de liquidação da pena.

O art. 126 da Lei de Execução Penal determina que o condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por meio do trabalho ou do estudo, parte do tempo de execução da pena.

Na hipótese em análise, a remição da pena pelo trabalho foi cassada, pelo Tribunal *a quo*, em virtude da impossibilidade de a autoridade carcerária aferir o quantitativo de horas trabalhadas em decorrência de problemas estruturais e de outros argumentos, para os quais não contribuiu o apenado, que não pode ser prejudicado pela ineficiência dos serviços inerentes ao Estado.

No ponto, confira-se o que atesta o Diretor-Geral da Penitenciária de Rolim de Moura/RO acerca de como é aferido o trabalho dos internos na confecção do trabalho artesanal de tapetes (e-STJ, fl. 43):

Informo que mensalmente é solicitado pelo diretor de segurança desta unidade prisional relação de todos os apenados relatando os tapetes confeccionados, e repassado ao setor administrativo desta penitenciária para a confecção da folha de ponto dos mesmos. Sendo ainda que semanalmente o senhor [...], tem autorização, para estar coletando os jogos de tapetes confeccionados, bem com trazer linhas e barbantes para a confecção de novos tapetes, autorização esta também concedida a familiar dos apenados em dias específicos. Não existe um controle em que determine qual a quantidade de confecções de tapetes devera o apenado realizar mensalmente para obter a referida remição de pena, sendo apenas fiscalizados se realmente os apenados está confeccionando tapetes nesta unidade prisional.

Ademais, verifica-se que a autoridade administrativa supramencionada atestou que o ora recorrente - Jhonatan Vieira da Silva - exerceu atividade laborativa consistente em confecção de jogos de tapetes artesanais (e-STJ, fl. 20):

Informo que o reeducando, *Jhonatan Vieira da Silva*, Autos: que se encontra preso e recolhido nesta Unidade Prisional desde 28 de *novembro* de 2016, exerceu atividades laborais, conforme consta abaixo, na confecção de jogos tapetes em crochê.

Certo é que o trabalho, durante a execução da pena, constitui relevante ferramenta na busca pela reinserção social do sentenciado, devendo o instituto ser interpretado de acordo com a relevância que possui dentro do sistema de execução penal, pois visa a beneficiar os segregados que optam por não se quedarem inertes no deletério ócio carcerário.

O labor, durante execução da sanção corporal, consiste em inegável valorização do trabalho humano, preconizado pela Constituição da República em seu art. 170. No caso dos apenados, traz, em sua essência, especial relevância, diante da finalidade primordial de ressocialização do preso.

Nesse diapasão, cabe, pois, ao Estado, administrar o manuseio de tal instrumento, que tem por meta a reinserção do preso no meio social, não sendo razoável imputar ao sentenciado qualquer tipo de desídia na fiscalização ou controle desse meio, que lhe refoge ao controle.

Conforme se pode notar, no caso, o reeducando efetivamente exerceu o trabalho artesanal, tendo sido essa tarefa devidamente atestada pelo devido responsável. Por tal motivo, descabe ao intérprete opor empecilhos *praeter legem* à remição pela atividade laboral, prevista pelo citado art. 126 da Lei de Execução

Penal, uma vez que a finalidade primordial da pena, em fase de execução penal, é a ressocialização do reeducando.

Assim, sendo possível a interpretação extensiva *in bonam partem*, não há falar em afastamento da possibilidade da concessão da benesse àqueles apenados que estejam vinculados a atividades profissionalizantes, tais como a participação em atividades de artesanato no interior do estabelecimento prisional.

Nesse sentido:

Agravo regimental no *habeas corpus*. Penal e Processual Penal. Remição da pena. Aprovação no ENEM. Incentivo ao estudo. Caráter de ressocialização da pena. Interpretação extensiva do art. 126 da LEP. Possibilidade. Recomendação 44/2013 do CNJ. Utilização. Agravo desprovido.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça tem admitido que a norma do art. 126 da LEP, ao possibilitar a abreviação da pena, tem por objetivo a ressocialização do condenado encorajando inclusive, como no caso concreto, seu estudo por conta própria e consequente aprovação no ENEM, sendo possível o uso da analogia *in bonam partem*, que admita o benefício em comento em razão de atividades que não estejam expressas no texto legal, nos termos da Recomendação n. 44/2013 do Conselho Nacional de Justiça buscando, primordialmente, a readaptação do apenado ao convívio social.

Precedentes.

2. Agravo desprovido. (AgRg no HC 416.050/SC, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 6/2/2018, DJe 19/2/2018).

Recurso especial. Execução penal. Remição. Atividade realizada em coral. Interpretação extensiva *in bonam partem* do art. 126 da LEP. Precedentes. Redação aberta. Finalidade da execução atendida. Incentivo ao aprimoramento cultural e profissional. Afastamento do ócio e da prática de novos delitos. Proporcionar condições para a harmônica reintegração social. Formação profissional. Provimento.

1. Em se tratando de remição da pena, é, sim, possível proceder à interpretação extensiva em prol do preso e da sociedade, uma vez que o aprimoramento dele contribui decisivamente para os destinos da execução (HC n. 312.486/SP, DJe 22/6/2015).

2. A intenção do legislador ao permitir a remição pelo trabalho ou pelo estudo é incentivar o aprimoramento do reeducando, afastando-o, assim, do ócio e da prática de novos delitos, e, por outro lado, proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado (art. 1º da LEP). Ao fomentar o estudo e o trabalho, pretende-se a inserção do reeducando ao mercado de trabalho, a fim de que ele obtenha o seu próprio sustento, de forma lícita, após o cumprimento de sua pena.

3. O meio musical, além do aprimoramento cultural proporcionado ao apenado, promove sua formação profissional nos âmbitos cultural e artístico. A atividade musical realizada pelo reeducando profissionaliza, qualifica e capacita o réu, afastando-o do crime e reintegrando-o na sociedade.

4. Recurso especial provido para reconhecer o direito do recorrente à remição de suas penas pela atividade realizada no Coral Decreto de Vida, determinando ao Juízo competente que proceda a novo cálculo da reprimenda, computando, desta feita, os dias remidos como pena efetivamente cumprida. (REsp 1.666.637/ES, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 26/9/2017, DJe 9/10/2017).

Portanto, não merece reparo a decisão agravada que deu provimento ao recurso especial, para cassar o acórdão impugnado, a fim de que volte a surtir efeitos a decisão de fls. 24-25 (e-STJ), que concedera a remição de pena ao reeducando por força do trabalho artesanal exercido no interior do presídio.

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

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 345.753-RJ (2015/0319503-8)

Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik

Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

Advogado: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Paciente: Joni Herbert de Almeida Silva

EMENTA

Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Impossibilidade. Busca domiciliar. Autorização do morador. Conclusão das instâncias ordinárias. Modificação que incide em revisão fático-probatória. *Writ* não conhecido.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida, segundo

orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.

2. Da atenta leitura do acórdão impugnado, verifica-se que a alegação de que a confissão do paciente foi obtida mediante tortura não foi apreciada pelas instâncias ordinárias, o que impede o conhecimento da tese por esta Corte Superior, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância.

3. “*Não há violação de domicílio quando o ingresso dos policiais na residência para realizar a busca e apreensão ocorre mediante autorização dos moradores*”. AgRg no AREsp 811.547/DF, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 15/03/2017)

4. A apreensão de objetos relacionados aos crime em comento, no interior da residência do paciente, não está maculada pela inexistência de situação flagrancial. Isso porque, as instâncias ordinárias, soberanas na análise das provas, afirmaram, com base na prova oral colhida no curso da instrução processual, que a entrada dos militares na residência do paciente foi franqueada por morador.

Habeas Corpus não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentaram oralmente: Dr. Pedro Paulo Lourival Carriello (p/pacte) e Ministério Público Federal.

Brasília (DF), 19 de junho de 2018 (data do julgamento).

Ministro Joel Ilan Paciornik, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik: Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial impetrado em favor de *Joni Herbert de Almeida Silva*, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Consta dos autos que o paciente foi preso em flagrante pela suposta prática dos crimes de roubo circunstanciado e tentativa de homicídio. O flagrante foi relaxado, por não se amoldar aos termos do art. 302 do Código de Processo Penal – CPP, sendo, no entanto, decretada a prisão preventiva para garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal (fl. 115).

Irresignada com prolação da sentença de pronúncia (fls. 210/212), a defesa interpôs recurso em sentido estrito, ao qual o Tribunal de origem negou provimento em acórdão assim ementado:

Recurso em sentido estrito. Tentativa de homicídio biqualeficado. Sentença de pronúncia. Recurso defensivo. As alegadas irregularidades na fase inquisitorial não têm o condão de contaminar a ação penal. Procedimento meramente informativo e autônomo. Materialidade evidenciada. Indícios suficientes de autoria. *Animus necandi*. Fase de pronúncia onde prevalece o princípio *in dubio pro societate*. Soberania do; Tribunal do Júri. O manutenção da decisão recorrida.

O inquérito policial é um procedimento informativo administrativo que visa embasar futura ação penal. As alegadas irregularidades nesta fase, estritamente inquisitorial, não são aptas a contaminar a ação penal, onde as provas serão repetidas, sob a égide do contraditório e da ampla defesa. A decisão de pronúncia é baseada apenas na materialidade do fato e na existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, a teor do disposto no art. 413, do Código de Processo Penal.

Se há real indício de autoria e prova da materialidade, outro não poderia ser o caminho senão a admissibilidade do julgamento pelo Tribunal do Júri, pois, ainda que existissem outros elementos nos autos a suscitar eventual dúvida.

A pronúncia se impõe como medida jurídica salutar, em respeito ao princípio *in dubio pro societate*. Lado outro, a impronúncia só seria possível se não houvesse nenhum elemento nos autos a amparar a acusação - o que não é o caso - sob pena de indevida usurpação da competência do Conselho de Sentença. *Recurso não provido* (fl. 43).

No presente *mandamus*, o impetrante sustenta que o paciente está submetido à constrangimento ilegal, uma vez que sua confissão durante o inquérito policial foi obtida por meio de tortura, supostamente comprovada pelo laudo de exame de corpo de delito de fl. 16.

Aduz que a busca domiciliar foi feita sem sua autorização dos moradores e sem mandado, irregularidade que ensejou o relaxamento do flagrante.

O Ministério Público Federal se manifestou pelo não conhecimento da impetração, conforme parecer de fls. 301/302.

Requer, assim, a anulação da decisão proferida no recurso em sentido estrito n. 0047856-90.2013.8.19.0021.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik (Relator): Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.

Preliminarmente, da atenta leitura do acórdão impugnado, verifica-se que a alegação de que a confissão do paciente foi obtida mediante tortura não foi apreciada pelas instâncias ordinárias, o que impede o conhecimento da tese por esta Corte Superior, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância.

Nesse sentido:

Habeas corpus. Impetração originária. Substituição ao recurso ordinário. Impossibilidade. Associação criminoso armada. Extorsão mediante sequestro qualificada. [...]. Alegação de prática de tortura pelos policiais e ameaça as testemunhas de defesa. Matérias não analisadas no acórdão objurgado. Supressão de instância. Coação ilegal inexistente. *Writ* não conhecido.

[...]

9. Vedada a apreciação, diretamente por esta Corte Superior de Justiça, sob pena de se incidir em indevida supressão de instância, das alegações de prática de tortura pelos policiais e ameaça às testemunhas arroladas pela defesa, quando as questões não foram analisadas no aresto combatido.

10. *Habeas corpus* não conhecido (HC 408.333/GO, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 11/10/2017).

Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso próprio. Inadequação. Roubo majorado. Impedimento de juiz e de desembargador. Reiteração. Matéria

apreciada nos autos do HC 353.440/MG. Ilicitude da prova. Matéria não apreciada pelo TJMG. Indevida supressão de instância. E trancamento da ação penal por ausência de justa causa. Sentença condenatória superveniente. Prejudicialidade. Atuação, na fase pré-processual, de advogadas sem habilitação. Irregularidades no inquérito policial. Não contaminação da ação penal. Nulidade não configurada. *Habeas corpus* não conhecido.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo de revisão criminal e de recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. O alegado impedimento do juiz e do desembargador já foi apreciado por esta Corte Superior nos autos do HC 353.440/MG, de modo que, no ponto, evidencia-se a prejudicialidade da impetração.

3. *A alegada ilicitude da prova (supostamente obtida mediante tortura) não foi objeto de julgamento pela Corte de origem, o que impede seu conhecimento por este Tribunal, sob pena de indevida supressão de instância.*

[...]

6. “Eventuais irregularidades ocorridas na fase investigatória, dada a natureza inquisitiva do inquérito policial, não contaminam a ação penal” (HC 232.674/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 10/4/2013).

7. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 217.406/MG, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 17/08/2017, DJe 28/08/2017)

Ainda quanto a alegação de tortura, cumpre destacar que o laudo de exame de integridade física do paciente (fl. 16) concluiu que as lesões apresentadas pelo paciente na região da boca, são compatíveis com a versão por ele apresentada, no sentido que teriam sido provocadas por agressões físicas efetuadas por policiais militares. Sem a necessária instrução processual, não é possível concluir, como faz a Defensoria Pública da União à fl. 332, que foi comprovada a prática de tortura.

O Tribunal de origem afastou a alegação de nulidade da provas colhidas na residência do paciente afirmando:

Almeja a defesa a reforma da decisão que pronunciou o réu, alegando ilegalidade da prisão em flagrante e na busca domiciliar, sustentando que o recorrente foi preso mais de 48 (quarenta e oito) horas do fato, tendo o próprio órgão acusador reconhecido a ilegalidade da autuação em flagrante e requerido

fosse relaxada a prisão. Nesse raciocínio, a defesa argumenta que uma vez reconhecida a ilegalidade da prisão em flagrante, outrossim é inválida a busca domiciliar procedida pelos policiais na residência do réu e, por conseguinte, a apreensão do material supostamente lá arrecadado

Sem razão a defesa.

Embora o representante do *Parquet*, ao emitir o parecer constante em pasta eletrônica n. 53, reconheça que a prisão em flagrante não se deu nas hipóteses descritas no art. 302 do CPP, por outro lado, presentes os pressupostos e requisitos do art. 312 do CPP, o alegado vício não impede a decretação da prisão preventiva.

Nesse raciocínio, verifica-se que o magistrado de primeiro grau, acolhendo manifestação ministerial, acertadamente reconheceu a ilegalidade do flagrante relaxando a prisão e, na mesma oportunidade, decretou a prisão cautelar do recorrente com motivação idônea, conforme consta na decisão irrecorrível, abaixo transcrita:

Pasta 64 “Na hipótese dos autos necessário se faz decidir sobre a manutenção ou não da prisão do(s) acusado(s). No caso dos autos, verifica-se que a prisão em flagrante não foi legal, eis que não se amolda nos termos do art. 302 do CPP, pelo que *relaxo a prisão em flagrante*, conforme bem lançada manifestação ministerial.

Entretanto, conforme bem aponta a mesma promoção, extrai-se dos depoimentos, que o indiciado *Joni Hebert de Almeida Silva* foi reconhecido como partícipe dos delitos de roubo e tentativa de homicídio. Verifica-se, ainda, pela FAC ora acostada pelo douto representante do Ministério público que o indiciado tem condenação pretérita pelo crime de Roubo. Assim, a situação vexatória é indispensável seja mantida, tanto em prol da garantia da ordem pública quanto pela conveniência da instrução criminal, o que permite a presunção de que uma vez solto(s) não relutará(ão) em intimidar as testemunhas que hajam de depor, bem como continuará a envolver-se em crimes, conforme denota a FAC, bem como a conversa dos policiais com o irmão do indiciado, constante dos depoimentos.

Por tais motivos expostos, bem como os expostos na promoção ministerial, as quais também adoto como razão de decidir, é que tenho por bem *decretar* a prisão preventiva do(s): nacional *Joni Hebert de Almeida Silva*, o que faço com fundamento nos Artigos 312 e seguintes do C.P.P.. Cientifique-se o M.P., expedindo-se o(s) competente(s) mandado(s) de prisão com finalidade regularizadora do recolhimento carcerário já existente. Após, volvam ao M. P., para os devidos fins.”

Também não prospera a alegação de ser inválida a busca domiciliar e, por conseguinte, a apreensão do material supostamente lá arrecadado, sustentando que a que a entrada dos policiais, na residência do réu, não foi franqueada.

*Vejam os depoimentos dos policiais colhidos em Juízo que, indubitavelmente, ratificam as declarações tomadas por termo na delegacia policial, descrevendo sobre a ocorrência realizada na residência do acusado **Joni**, após serem informados por um transeunte que em uma casa localizada no beco do Himalaia encontrava-se um elemento de nome **Joni**, e que **Joni** havia participado de um roubo a um policial militar.*

[...]

*Corroborando esse depoimento, igualmente o policial militar, Cb. Cândido Lopes dos Santos Júnior, relata que ao chegarem na frente da casa do acusado e após baterem, Jhonatan, irmão de **Joni** atendeu e o Sgt. Geraldo perguntou se **Joni** estava em casa e Jhonatan informou que **Joni** estava dormindo e franqueou a entrada na casa.*

Por sua vez, a defesa argumenta que Jhonatan, irmão do acusado, não autorizou a entrada dos agentes públicos na residência de *Joni*. Todavia embora as declarações de Jhonatan, irmão do acusado, testemunha arrolada pela defesa, estejam em conflito com as declarações dos policiais que participaram da ocorrência, certo é que a prova oral consistente no depoimento dos policiais, *in casu*, é relevante meio de prova e apto a embasar o decreto de pronúncia, pois, se trata de elemento probatório fundamental ao deslinde do crime e idôneo à formação do convencimento do Juiz, sobretudo porque ausente qualquer dado no sentido de que os policiais, que participaram da ocorrência, tivessem interesse em falsear a verdade. Não há porque negar credibilidade a esses agentes, na oportunidade em que vêm à Juízo informar o que ocorreu por ocasião do desempenho de suas atividades, o que possibilita a aplicação, por analogia, da Súmula n. 70 deste Tribunal.

Indubitável é que quaisquer vícios ocorridos durante o inquérito policial não tem o condão de contaminar a ação penal, porquanto se trata de procedimento administrativo, meramente inquisitorial, que resulta em peças informativas e não probatórias por não serem colhidas sob o crivo da ampla defesa e do contraditório (fls. 43/53).

Como visto, o Tribunal de origem reconheceu o acerto da decisão de primeiro grau que relaxou a prisão em flagrante e decretou a prisão preventiva. Com efeito, os fatos narrados nos autos demonstram que não havia, de fato, a situação de “flagrante impróprio”, prevista no art. 302, inciso III, do Código de Processo Penal – CPP em razão do lapso temporal e da descontinuidade na perseguição policial.

Ocorre que a apreensão de objetos relacionados aos crime em comento, no interior da residência do paciente, não está maculada pela inexistência de situação flagrancial. Isso porque, as instâncias ordinárias, soberanas na análise

das provas, afirmaram, com base na prova oral colhida no curso da instrução processual, que a entrada dos militares na residência do paciente foi franqueada pelo irmão do paciente que, posteriormente, mudou sua versão dos fatos.

Desconstituir tais conclusões sobre a dinâmica dos fatos demandaria o aprofundado revolvimento do conjunto fático-probatório, procedimento vedado na via estreita do *habeas corpus*.

Nesse sentido:

Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Impossibilidade. Busca domiciliar. Flagrante delito. Autorização do morador. Conclusão das instâncias ordinárias. Modificação que incide em revisão fático-probatória. Atividade da Polícia Militar. Ausência de ilegalidade. Pena de multa. Constitucionalidade. Instrumento inadequado para discussão. *Writ* não conhecido.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.

2. As instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos, reconheceram que a busca residencial realizada pelos policiais ocorreu com a autorização do morador, no caso, o próprio paciente.

Afastar as conclusões sobre a forma como se deu o ingresso dos militares na casa do paciente demandaria aprofundada revisão fático-probatória vedada na via eleita.

3. O agente foi flagrado tendo em depósito aproximadamente 369g de maconha, circunstância que se amolda ao tipo penal previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Sendo tal crime, na modalidade descrita, do tipo permanente. O ingresso dos policiais na residência, ainda que não houvesse autorização do morador, estaria amparado no art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal.

4. Tratando-se de busca domiciliar realizada com autorização do morador após o relato de populares e fundada suspeita da ocorrência de tráfico de drogas, não há falar, in casu, em atividade de investigação realizada indevidamente pela polícia militar. Além disso, nos termos da CF, conforme a jurisprudência consolidada nesta Corte Superior, a atividade de polícia investigativa, não foi conferida com exclusividade à polícia civil e federal.

5. O *habeas corpus* é o instrumento cabível para a tutela da liberdade ambulatorial de qualquer pessoa que se encontre em território nacional, não se prestando a outros fins, ainda que legítimos. O atual ordenamento jurídico

pátrio veda a conversão da pena de multa em medida que restrinja a liberdade ambulatorial do paciente, sendo que a eventual execução forçada se dá nos termos do art. 51 do Código Penal, com a aplicação das normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública.

Desse modo, não é possível, na via eleita, discutir a constitucionalidade ou a proporcionalidade da pena de multa, uma vez que esta não ameaça de qualquer forma a liberdade de locomoção do paciente.

Habeas Coprus não conhecido (HC 311.385/SC, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 26/10/2017)

Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Tráfico de drogas. Flagrante. Nulidade. Dinâmica dos fatos. Revisão fático-probatória. Nulidade. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Parecer do Ministério Público. Não vincula o Tribunal de origem. Prisão preventiva. Fundamentação idônea. Quantidade de droga apreendida. Seiscentos gramas de maconha. *Writ* não conhecido.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.

2. *Afastar as conclusões das instâncias ordinária sobre a dinâmica da prisão em flagrante depende de aprofundado reexame fático-probatório, procedimento vedado na via estreita do habeas corpus.*

3. É imprescindível a demonstração do prejuízo para que seja declarada a nulidade do depoimento das testemunhas em sede policial sem a presença do advogado do acusado, o que não foi feito no presente caso.

4. “Manifestação do Ministério Público, traduzida em parecer, é peça de cunho eminentemente opinativo, sem carga ou caráter vinculante ao órgão julgador, dispensando abordagem quanto ao seu conteúdo” (AgRg nos EDcl no AREsp 809.380/AC, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 26/10/2016).

5. Considerando a natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição quando evidenciado, de forma fundamentada e com base em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal - CPP. Deve, ainda, ser mantida a prisão antecipada apenas quando não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, nos termos previstos no art. 319 do CPP. Na hipótese dos autos, presentes elementos concretos a justificar a imposição da segregação antecipada. As instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos, entenderam que restou demonstrada a maior periculosidade do

paciente, evidenciada pela elevada quantidade de droga apreendida (600g de maconha), o que autoriza a imposição da medida extrema para garantia da ordem pública.

Nesse contexto, forçoso concluir que a prisão processual está devidamente fundamentada na necessidade de garantir a ordem pública, não havendo falar, portanto, em existência de evidente flagrante ilegalidade capaz de justificar a sua revogação e tampouco em aplicação de medida cautelar alternativa.

Habeas Corpus não conhecido (HC 391.259/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 18/05/2017)

Regimental no agravo em recurso especial. Penal. Ingresso dos policiais na residência. Autorização do morador. Violação de domicílio. Inexistência. Pronúncia. Desconstituição. Revolvimento de provas. Óbice da Súmula n. 7/STJ. Prova cabal de autoria. Desnecessidade. Exclusão de qualificadora. Excepcionalidade. Incidência da Súmula n. 83/STJ. Insurgência desprovida.

1. Não há violação de domicílio quando o ingresso dos policiais na residência para realizar a busca e apreensão ocorre mediante autorização dos moradores.

2. Para se chegar a conclusão diversa do acórdão a quo, no intuito de abrigar o pleito defensivo de impronúncia do acusado, bem como para se afastar a qualificadora do recurso que impossibilitou a defesa da vítima, seria necessário o revolvimento no material fático-probatório dos autos, providência exclusiva das instâncias ordinárias e vedada a este Sodalício em recurso especial, ante o óbice da Súmula n. 7/STJ.

3. A pronúncia do réu para o julgamento pelo Tribunal do Júri não exige a existência de prova cabal da autoria do delito, sendo suficiente, nessa fase processual, a mera existência de indícios da autoria, devendo estar comprovada, apenas, a materialidade do crime, uma vez que vigora o princípio do *in dubio pro societate*.

4. Do mesmo modo, somente será possível a exclusão de qualificadora quando esta for manifestamente improcedente, sob pena de usurpação da competência do Tribunal do Júri.

5. Encontrando-se o aresto recorrido em consonância com a jurisprudência firmada nesta Corte, a pretensão do agravante esbarra no óbice previsto no Enunciado n. 83 da Súmula do STJ.

6. Agravo regimental desprovido (AgRg no AREsp 811.547/DF, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 15/03/2017)

Ausente, portanto, qualquer constrangimento ilegal sanável pela via eleita.
Ante o exposto, voto no sentido de não conhecer da impetração.

HABEAS CORPUS N. 428.181-RS (2017/0319394-9)

Relator: Ministro Ribeiro Dantas

Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul

Advogados: Rafael Raphaelli - RS032676

Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

Paciente: Ederson Stolz da Rosa

EMENTA

Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso próprio. Inadequação. Art. 14 da Lei n. 10.826/2003. Posse irregular de munição de uso permitido. Absolvição. Excepcionalidade na via eleita. Crime de perigo abstrato. Atipicidade material da conduta evidenciada. Uma munição apreendida. Ausência de dispositivo de disparo. *Writ* não conhecido. Ordem concedida de ofício.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. O *habeas corpus* não se presta para apreciação de alegações que buscam a absolvição do paciente, em virtude da necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é inviável na via eleita.

3. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça aponta que os crimes previstos no art. 14 e 16 da Lei n. 10.826/2003 são de perigo abstrato, sendo desnecessário perquirir sobre a lesividade concreta da conduta, porquanto o objeto jurídico tutelado não é a incolumidade física e sim a segurança pública e a paz social, colocadas em risco com a posse de munição, ainda que desacompanhada de arma de fogo, revelando-se despicienda a comprovação do potencial ofensivo do artefato através de laudo pericial. Por esses motivos, via de regra, inaplicável, nos termos da jurisprudência desta Corte, o princípio da insignificância aos crimes de posse e de porte de arma de

fogo ou munição, sendo irrelevante inquirir a quantidade de munição apreendida.

4. O Supremo Tribunal Federal, em recente julgado, analisando as circunstâncias do caso concreto, reconheceu ser possível aplicar a bagatela na hipótese de apreensão de apenas uma munição de uso permitido desacompanhada de arma de fogo, tendo concluído pela total inexistência de perigo à incolumidade pública (RHC 143.449/MS, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 9/10/2017).

5. No caso, o réu foi preso em flagrante em posse de uma munição calibre 38, de uso permitido, desacompanhada de dispositivo que possibilitasse o disparo do projétil. Por conseguinte, deve ser reconhecida a inocorrência de ofensa à incolumidade pública, sendo, pois, de rigor o afastamento da tipicidade material do fato, conquanto seja a conduta formalmente típica.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para absolver o paciente do crime do art. 14 da Lei n. 10.826/2003.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder “Habeas Corpus” de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de março de 2018 (data do julgamento).

Ministro Ribeiro Dantas, Relator

DJe 26.3.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas: Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio impetrado em favor de **Ederson Stolz da Rosa** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 2 anos de reclusão, em regime prisional aberto, e ao pagamento de 10 dias-multa, como incurso nas sanções do art. 14, *caput*, da Lei n. 10.826/2003 (e-STJ, fls. 110-120).

O recurso defensivo foi desprovido pelo Tribunal de origem, nos termos da ementa do seguinte acórdão:

Apelação crime. Posse ilegal de munição de uso permitido. Autoria e materialidade demonstradas. Inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato não configurada. Atipicidade do agir. Tese afastada. Delito de mera conduta. Pedido de isenção da multa. Impossibilidade. Sanção cumulativamente prevista à carcerária, conforme dispositivo infringido. Condenação mantida. Recurso defensivo improvido (e-STJ, fl. 158).

Neste *writ*, a Defensoria Pública sustenta, em síntese, que: a) “o paciente portava meramente *um* cartucho, calibre 38, sem autorização. Ainda, não tinha em sua posse nenhuma arma de fogo, é evidente, nesse caso, não haver nenhum tipo de risco à incolumidade pública, porque a munição, por si só, não é capaz de gerar perigo, ainda mais em se tratando de uma quantidade tão ínfima”; b) “há ausência de lesividade ao bem jurídico tutelado, visto que, um mero cartucho não possui potencialidade lesiva alguma, e para a perfectibilização dos delitos de perigo abstrato é preciso que haja, além de previsão legislativa, um resultado material”; c) “não é razoável que o paciente seja punido pela mera desobediência da letra da lei, sem que se comprove a existência de ofensa, tampouco lesão ao bem jurídico protegido, qual seja, a segurança pública” (e-STJ, fls. 1-5).

Pugna, ao final, pela concessão da ordem com o fim de absolver o réu quanto ao delito descrito no art. 14, *caput*, da Lei n. 10.826/2003.

Requerimento de tutela provisória indeferido (e-STJ, fl. 177-178).

A Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento do *mandamus* ou, caso conhecido, pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 515-520).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas (Relator): Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas*

corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

O *habeas corpus* não se presta para apreciação de alegações que buscam a absolvição da paciente, em virtude da necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é inviável na via eleita.

A propósito do tema, trago à colação os seguintes julgados desta Quinta Turma:

Habeas corpus impetrado em substituição a recurso próprio. Impropriedade da via eleita. Estupro. Pleito absolutório. Impossibilidade. Necessidade de revolvimento do arcabouço fático-probatório inviável na via eleita. Pena-base majorada acima do mínimo legal. Fundamentação concreta. Agravantes. Reconhecimento de ofício pelo magistrado. Possibilidade. Inteligência do art. 385 do CPP. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício.

I - *Mostra-se inviável o pedido de absolvição do paciente por ausência de provas, porquanto evidente a necessidade de amplo reexame do material fático-probatório dos autos, procedimento incompatível com a estreita via do habeas corpus.*

II - *Mostra-se possível a majoração da pena-base em patamar acima do mínimo legal quando as circunstâncias do crime ultrapassarem aquelas ínsitas ao tipo penal e o aumento se basear em elementos concretos, como no caso, em que a pena-base em relação ao delito de estupro foi exasperada em um ano em razão das lesões corporais praticadas em face da vítima.*

III - *É franqueado o reconhecimento de agravantes pelo magistrado, ainda que não descritas na denúncia, porquanto tal reconhecimento não envolve a questão da quebra de congruência entre a imputação e a sentença, sendo aplicável o disposto no art. 385 do CPP (precedentes).*

Habeas corpus não conhecido.

(HC 385.736/SC, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 20/4/2017, DJe 9/5/2017, grifou-se).

Habeas corpus. Substitutivo de recurso próprio. Não cabimento. Roubo majorado. Pedido de absolvição. Inviabilidade. Matéria fático-probatória. Dosimetria. Arma de fogo. Apreensão e perícia. Desnecessidade. *Habeas corpus* não conhecido.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. O acolhimento do pedido da defesa de absolvição demanda o reexame aprofundado de provas, inviável em habeas corpus.

3. É firme o entendimento desta Corte Superior de Justiça de que “é despicienda a apreensão e a perícia da arma de fogo, para a incidência da majorante do § 2º, I, do art. 157 do CP, quando existirem nos autos outros elementos de prova que comprovem a sua utilização no roubo, como na hipótese, em que há farta prova testemunhal atestando o seu emprego” (HC 343.524/SC, Rel. Ministro *Ribeiro Dantas*, Quinta Turma, DJe 29/3/2016).

Habeas corpus não conhecido.

(HC 199.556/MS, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 20/10/2016, DJe 28/10/2016, grifou-se).

Por outro lado, a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça aponta que os crimes previstos no art. 14 e 16 da Lei n. 10.826/2003 são de perigo abstrato, sendo desnecessário perquirir sobre a lesividade concreta da conduta, porquanto o objeto jurídico tutelado não é a incolumidade física e sim a segurança pública e a paz social, colocadas em risco com a posse de munição, ainda que desacompanhada de arma de fogo, revelando-se despicienda a comprovação do potencial ofensivo do artefato através de laudo pericial. Por esses motivos, via de regra, inaplicável, nos termos da jurisprudência desta Corte, o princípio da insignificância aos crimes de posse e de porte de arma de fogo ou munição, sendo irrelevante inquirir a quantidade de munição apreendida.

A fim de corroborar tais entendimentos, confirmam-se os seguintes julgados:

Habeas corpus. Afastamento do art. 12 da Lei n. 10.826/2003. Impossibilidade. Posse ilegal de munição. Potencialidade lesiva. Crime de mera conduta. Ordem denegada.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que, por serem delitos de mera conduta ou de perigo abstrato, o simples porte ou posse ilegal de munição são condutas típicas, que não dependem da apreensão de arma de fogo para sua configuração.

2. Na espécie, preso o paciente em flagrante na posse ilegal, em sua residência, de munição, não é possível afastar a incidência do art. 12 da Lei n. 10.826/2003 pela pretendida absolvição.

3. Ordem denegada. (HC 391.736/MS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 3/8/2017, DJe 14/8/2017, grifou-se).

Penal e Processual Penal. Recurso em *habeas corpus*. Salvo conduto. Medidas cautelares diversas da prisão. Fundamentação inidônea. Trancamento da ação

penal. Absolvição. Art. 12 da Lei n. 10.826/2003. Posse ilegal de munição. Crime de perigo abstrato. Atipicidade da conduta não evidenciada. Recurso parcialmente provido.

1. Para a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, exige-se fundamentação específica que demonstre a necessidade e adequação da medida em relação ao caso concreto.

2. Tendo sido tão somente listadas as cautelares fixadas, sem justificativa de sua pertinência aos riscos que se pretendia evitar, tem-se a falta de suficiente fundamento e decorrente ilegalidade.

3. *É entendimento desta Corte que o porte ilegal de munição, ainda que desacompanhado da respectiva arma de fogo, é delito de perigo abstrato, sendo punido antes mesmo que represente qualquer lesão ou perigo concreto.*

4. Recurso em *habeas corpus* parcialmente provido, para cassar as medidas cautelares impostas ao recorrente, *Eduardo Marques Fonseca Sindô*, o que não impede a fixação de novas medidas cautelares, pelo juízo de piso, por decisão fundamentada, inclusive menos graves que a prisão processual. (RHC 80.631/PI, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 18/4/2017, DJe 26/4/2017, grifou-se).

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito. Pleito de absolvição. Necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório. Atipicidade da conduta. Crime de perigo abstrato. Exame pericial. Desnecessidade. Redução do prazo de prescrição. Não ocorrência.

I - O eg. Tribunal de origem deixou consignado que os elementos carreados aos autos comprovam a autoria delitiva, já que, mesmo não sendo proprietário das armas e munições, o agravante sabia que elas estavam guardadas na propriedade por ele administrada, sendo, portanto, responsável pelos artefatos encontrados. Na hipótese, restou consignado que "Restou claro que, mesmo não sendo o proprietário das armas e munições, o apelante sabia que elas estavam guardadas na propriedade, a qual administrava, logo, era o responsável direto pelo armamento e munições, não podendo se falar em negativa de autoria" (fl. 672). A desconstituição de tal entendimento depende de nova incursão no conjunto de fatos e provas, o que não é viável em sede de recurso especial a teor do Enunciado Sumular n. 7 desta Corte.

II - *Tanto a posse irregular de arma de fogo de uso permitido (art. 12 da Lei n. 10.826/2003) quanto o porte ou posse de arma de fogo de uso restrito (art. 16 da mesma lei) são crimes de perigo abstrato, dispensando-se prova de efetiva situação de risco ao bem jurídico tutelado.*

III - *"O simples porte de arma de fogo, acessório ou munição, por si só, coloca em risco a paz social, porquanto o instrumento, independentemente de sua*

potencialidade lesiva, intimidada e constrange as pessoas, o que caracteriza um delito de perigo abstrato. O tipo penal visa à proteção da incolumidade pública, não sendo suficiente a mera proteção à incolumidade pessoal” (AgRg no REsp n. 1.434.940/GO, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 4/2/2016).

IV - A Terceira Seção desta Corte, no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 749.912/PR, pacificou o entendimento de que o benefício previsto no artigo 115 do Código Penal não se aplica ao réu que completou 70 anos de idade após a data da primeira decisão condenatória. Assim, na hipótese, não há como reduzir o prazo prescricional pela metade, já que o recorrente contava com menos de 70 (setenta) anos na data de prolação da sentença condenatória.

Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 1.027.337/MT, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 14/3/2017, DJe 27/3/2017, grifou).

Agravo regimental no recurso especial. Posse ilegal de munição de uso permitido. Art. 12 da Lei n. 10.826/2003. Crime de perigo abstrato. Insignificância. Inaplicabilidade. Recurso não provido.

1. *A teor dos precedentes desta Corte, o porte ilegal de munição, ainda que não associado a arma de fogo de calibre compatível, é lesivo à segurança pública e compromete a paz social. Por tal razão, em princípio, é incabível a aplicação do princípio da insignificância ao crime previsto no art. 12 da Lei n. 10.826/2003.*

2. *A sentença descreve a apreensão em poder do acusado de seis munições de uso permitido, em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, o que é suficiente para caracterizar a tipicidade material da conduta, pois a natureza dos projéteis não estava descaracterizada mediante utilização em obra de arte, para confecção de chaveiro etc.*

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1.621.389/RS, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 27/6/2017, DJe 1/8/2017, grifou-se).

Habeas corpus impetrado em substituição a recurso próprio. Porte de munição de uso permitido. Tipicidade. Ausência de lesividade da conduta. Não ocorrência. Crime de perigo abstrato. Quantidade de munição apreendida e ausência da arma de fogo. Irrelevância. *Habeas corpus* não conhecido.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

2. “O crime de porte ilegal de munição de uso permitido, tipificado no artigo 14 da Lei n. 10.826/2003, é de perigo abstrato - ou de mera conduta - e visa a proteger a segurança jurídica e a paz social. Sendo assim, é irrelevante a apreensão conjunta de arma de fogo para que o delito seja caracterizado” (HC n. 326.868/SC, Rel. Min. *Felix Fischer*, Quinta Turma, Dje 6/11/2015).

3. “[...] inaplicável o princípio da insignificância aos crimes de posse e de porte de arma de fogo, por reconhecer-lhes a natureza de crimes de perigo abstrato, independentemente da quantidade da munição apreendida e se esta se encontrava ou não acompanhada da arma” (AgRg no AREsp 644.499/MG, Rel. Ministro **Gurgel de Faria**, Quinta Turma, julgado em 23/6/2015, DJe 4/8/2015).

4. *Habeas corpus* não conhecido. (HC 393.617/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares de Fonseca, Quinta Turma, julgado em 13/6/2017, DJe 20/6/2017, grifou-se).

Contudo, o Supremo Tribunal Federal, em recente julgado, analisando as circunstâncias do caso concreto, reconheceu ser possível aplicar a bagatela na hipótese de apreensão de apenas uma munição de uso permitido desacompanhada de arma de fogo, tendo concluído pela total inexistência de perigo à incolumidade pública (RHC 143.449/MS, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 9/10/2017).

Nesse mesmo sentido, a Sexta Turma desta Corte Superior reconheceu a atipicidade da conduta perpetrada por agente, pela incidência do princípio da insignificância, diante da ausência de afetação do bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora:

Recurso especial. Direito Penal. *Estatuto do Desarmamento. Posse irregular de munição de uso permitido. Crime de perigo abstrato. Excepcionalidade do caso concreto. Absoluta ausência de significado lesivo.*

1. Os delitos previstos no Estatuto do Desarmamento são crimes formais, de mera conduta e de perigo abstrato e se consumam independentemente da ocorrência de efetivo prejuízo para a sociedade, sendo o dano presumido pelo tipo penal. Assim, como regra geral, é inaplicável o princípio da insignificância aos crimes de posse e porte de arma de fogo ou munição, notadamente porque não se cuidam de delitos desprovidos de periculosidade social em face mesmo da natureza dos bens jurídicos tutelados e do princípio da proteção eficiente.

2. Não obstante, inexistente perigo de lesão ou probabilidade de dano aos bens jurídicos tutelados pela norma na conduta de alguém que é ourives e vive de sua profissão comercializando jóias, sem qualquer notícia de envolvimento com práticas criminosas, em que foram apreendidas apenas três munições

dentro da gaveta de uma mesa no interior do seu estabelecimento comercial, desacompanhadas de arma de fogo.

3. Recurso ministerial improvido.

(REsp n. 1.699.710/MS, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 13/11/2017, grifou-se).

Agravo regimental em recurso especial. Estatuto do Desarmamento. Violação dos arts. 12, *caput*, da Lei n. 10.826/2003; e 395, III, do CPP. Posse irregular de munição de uso permitido. Ausência de potencialidade lesiva atestada pelas instâncias ordinárias. Quantidade apreendida. 3 cartuchos de calibre 22. Ausência de arma de fogo. Bem jurídico. Incolumidade pública preservada. Perigo não constatado. Absoluta ineficácia do meio. Manutenção da rejeição da denúncia.

1. A apreensão de ínfima quantidade de munição, aliada à ausência de artefato apto ao disparo, implica o reconhecimento, no caso concreto, da incapacidade de se gerar de perigo à incolumidade pública, o que impõe a preservação do quanto decidido pelas instâncias ordinárias.

2. A Sexta Turma desta Corte Superior, em recente julgado, orientou-se no sentido da atipicidade da conduta perpetrada, diante da ausência de afetação do referido bem jurídico, tratando-se de crime impossível pela ineficácia absoluta do meio (REsp n. 1.699.710/MS, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 13/11/2017).

3. A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal posicionou-se no sentido de desconsiderar a potencialidade lesiva na hipótese em que pouca munição é apreendida desacompanhada de arma de fogo (RHC n. 143.449/MS, Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 9/10/2017).

4. Agravo regimental improvido.

(AgInt no REsp 1.704.234/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 8/2/2018, DJe 19/2/2018, grifou-se).

No caso, verifica-se que o réu foi preso em flagrante em posse de uma munição calibre 38, de uso permitido, desacompanhada de dispositivo que possibilitasse o disparo do projétil. Por conseguinte, deve ser reconhecida a inocorrência de ofensa à incolumidade pública, sendo, pois, de rigor o afastamento da tipicidade material do fato, conquanto seja a conduta formalmente típica.

Ante o exposto, *não conheço do habeas corpus*, mas *concedo* a ordem de ofício para absolver o paciente do crime do art. 14 da Lei n. 10.826/2003.

É como voto.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 72.673-SC (2016/0172098-4)

Relator: Ministro Jorge Mussi

Recorrente: Maria Eduarda Oliveira Fuganti (Presa)

Advogados: Leoberto Baggio Caon - SC003300

Leonardo Elias Bittencourt - SC009815

Leonardo Pereima de Oliveira Pinto - SC013001

Gabriel Henrique da Silva - SC022400

Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

EMENTA

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Tráfico de drogas e associação para o tráfico. Negativa de acesso da defesa a ação penal referente a um dos corréus que tramitou em segredo de justiça. Violação ao Enunciado 14 da Súmula Vinculante. Direito de vista aos depoimentos e documentos indispensáveis ao exercício do direito de defesa. Coação ilegal inexistente. Provimento parcial do reclamo.

1. Conquanto a Súmula Vinculante 14 do Supremo Tribunal Federal preconize constituir “direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”, o certo é que os precedentes que fundamentaram a edição do mencionado verbete excepcionam do direito de vista do advogado as diligências ainda em curso.

2. No caso dos autos, a simples tramitação sigilosa de processo criminal que seria conexo ao deflagrado contra a recorrente não constitui justificativa plausível para a negativa de acesso aos depoimentos e demais documentos que a incriminem, uma vez que o segredo de justiça em feito relativo ao tráfico de drogas restringe-se a medidas investigatórias em curso, a fim de evitar a frustração das diligências que estejam sendo adotadas para a apuração do delito, sendo que, uma vez encerrada a apuração fática e iniciada a ação penal, não faz sentido tal restrição seja mantida. Precedentes.

3. Recurso parcialmente provido para que a recorrente tenha acesso aos depoimentos prestados pelo corréu nos autos da Ação n. 0003620-41.2015.8.24.0037, bem como a outros documentos correlatos indispensáveis ao exercício da defesa e que não comprometam os propósitos que ensejaram a decretação do sigilo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de fevereiro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Jorge Mussi, Relator

DJe 28.2.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Mussi: Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por *Maria Eduarda Oliveira Fuganti* contra acórdão proferido pela 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, no julgamento do HC 4001475-21.2016.8.24.0000.

Noticiam os autos que a recorrente foi presa preventivamente e posteriormente denunciada como incurso nos artigos 33 e 35 da Lei 11.343/2006.

Buscando o acesso aos autos de ação penal instaurada contra corréu que tramita em segredo de justiça, a defesa impetrou prévio *writ* na origem, que não foi conhecido.

Sustentam os patronos da recorrente que as provas contidas no Processo n. 0003620-41.2015.8.24.0037 seriam indispensáveis para que a defesa pudesse analisar a legalidade de sua prisão preventiva e a deflagração de ação penal em seu desfavor, já que os depoimentos prestados por um dos corréus no referido feito conteriam acusações contra ela.

Alegam que a denúncia ofertada contra a recorrente teria estabelecido uma relação entre os fatos nela contidos e os versados em anterior ação penal deflagrada contra o aludido corréu, o que tornaria imprescindível o seu acesso aos elementos probantes contidos na demanda, sob pena de cerceamento de defesa.

Salientam que a acusada já teria tido acesso à íntegra do Processo 0003473-15.2015.8.24.0037, referente a outro corréu, não havendo motivos para tratamento díspar no tocante ao Processo n. 0003620-41.2015.8.24.0037.

Requerem o provimento do reclamo para que os advogados constituídos pela recorrente possam ter acesso às provas documentadas no Processo n. 0003620-41.2015.8.24.0037.

Contra-arrazoada a irresignação, os autos ascenderam a esta Corte Superior de Justiça, tendo o Ministério Público Federal, em parecer de fls. 186/196, manifestado-se pelo parcial provimento da insurgência, para que a recorrente tenha acesso aos depoimentos prestados pelo corréu nos autos da Ação n. 0003620-41.2015.8.24.0037, bem como a outros documentos correlatos indispensáveis ao exercício da defesa e que não comprometam os propósitos que ensejaram a decretação do sigilo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Mussi (Relator): Por meio deste recurso ordinário constitucional, pretende-se, em síntese, que seja garantido aos advogados da recorrente o acesso a processo deflagrado contra um dos corréus, do qual não é parte, e que tramita em segredo de justiça.

Nos termos do verbete 14 da Súmula Vinculante, constitui “direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

Com efeito, da leitura da Proposta de Súmula Vinculante 1, que deu origem ao citado enunciado sumular, retiram-se diversos julgados nos quais se excluem as provas ainda em produção do acesso ao defensor.

A propósito, confira-se um dos primeiros precedentes sobre o tema, da lavra do eminente Ministro Sepúlveda Pertence:

Ementa: (...) 4. O direito do indiciado, por seu advogado, tem por objeto as informações já introduzidas nos autos do inquérito, não as relativas à decretação e às vicissitudes da execução de diligências em curso (cf. L. 9.296, atinente às interceptações telefônicas, de possível extensão a outras diligências); dispõe, em consequência a autoridade policial de meios legítimos para obviar inconvenientes que o conhecimento pelo indiciado e seu defensor dos autos do inquérito policial possa acarretar à eficácia do procedimento investigatório. 5. *Habeas corpus* deferido para que aos advogados constituídos pelo paciente se faculte a consulta aos autos do inquérito policial, antes da data designada para a sua inquirição. (HC 82.354, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 10/08/2004, DJ 24/09/2004 pp-00042 Ement vol-02165-01 pp-00029 RTJ vol-00191-02 pp-00547)

E, pela excelência dos argumentos desenvolvidos, vale transcrever a seguinte passagem do voto condutor:

54. A informação já introduzida nos autos do inquérito é que o investigado, por seu advogado, tem direito.

55. A interceptação telefônica é o caso mais eloqüente da impossibilidade de abrir-se ao investigado (e a seu advogado) a determinação ou a efetivação da diligência ainda em curso: por isso mesmo, na disciplina legal dela se faz nítida a distinção entre os momentos da determinação e da realização da escuta, sigilosos também para o suspeito, e da sua documentada, que, embora mantida em autos apartados - e sigilosos para terceiros - estará aberta à consulta do defensor do investigado: o mesmo procedimento pode aplica-se à determinação e produção de outras provas, no inquérito policial, sempre que o conhecimento antecipado da diligência pelo indiciado possa frustrá-la.

Verifica-se, assim, que o verbete sumular em questão objetiva garantir ao investigado, no curso do inquérito policial ou procedimento investigatório similar, o pleno exercício do direito de defesa, permitindo-lhe o acesso a todos os elementos de prova já documentados nos autos, consoante vem destacando o Supremo Tribunal Federal em diversos julgados, a exemplo dos abaixo colacionados:

Ementa: Reclamação. Agravo regimental. Alegação de violação à Súmula Vinculante 14. Inexistência. Termos de colaboração premiada que não dizem respeito à acusação à qual responde o reclamante. Depoimentos cujo conteúdo encontrava-se submetido ao sigilo do art. 7º da Lei 12.850/2013. Não evidenciada a prática de atos violadores ao enunciado sumular vinculante. Recurso desprovido. 1. O enunciado sumular vinculante 14 assegura ao defensor legalmente constituído o direito de acesso às “provas já produzidas e formalmente incorporadas ao

procedimento investigatório, excluídas, conseqüentemente, as informações e providências investigatórias ainda em curso de execução e, por isso mesmo, não documentados no próprio inquérito ou processo judicial” (HC 93.767, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 01/04/2014). 2. O conteúdo dos depoimentos pretendidos pelo reclamante, embora posteriormente tornado público e à disposição, encontrava-se, à época do ato reclamado, submetido a sigilo, nos termos do art. 7º da Lei 12.850/2013, regime esse que visa, segundo a lei de regência, a dois objetivos básicos: (a) preservar os direitos assegurados ao colaborador, dentre os quais o de “ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados” (art. 5º, II) e o de “não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito” (art. 5º, V, da Lei 12.850/2013); e (b) “garantir o êxito das investigações” (art. 7º, § 2º e art. 8, § 3º). 3. Enquanto não instaurado formalmente o inquérito propriamente dito acerca dos fatos declarados, o acordo de colaboração e os correspondentes depoimentos estão sujeitos a estrito regime de sigilo. *Instaurado o inquérito, “o acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento”* (art. 7º, § 2º). Assegurado, como assegura, o acesso do investigado aos elementos de prova carreados na fase de inquérito, o regime de sigilo consagrado na Lei 12.850/2013 guarda perfeita compatibilidade com a Súmula Vinculante 14. Agravo regimental a que se nega provimento.

(Rcl 22.009 AgR, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 16/02/2016, Processo Eletrônico DJe-095 divulg 11/05/2016 public 12/05/2016)

Ementa Agravo regimental na reclamação. Inexistência de identidade de temas entre o ato reclamado e o paradigma. Agravo regimental não provido. 1. É necessário haver aderência estrita do objeto do ato reclamado ao conteúdo das decisões paradigmas para que seja admitido o manejo da reclamatória constitucional. 2. *O entendimento consolidado na Súmula Vinculante n. 14 visa a fazer prevalecer as garantias mínimas de exercício da ampla defesa pelo investigado, perante autoridade com competência de polícia judiciária, na fase inquisitorial do processo penal, garantindo o acesso do investigado e de seu defensor aos documentos e demais elementos de provas já documentados em procedimento protegido pelo sigilo previsto no art. 20 do Código de Processo Penal.* 3. Agravo regimental ao qual se nega provimento.

(Rcl 19.390 AgR, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 30/06/2015, Processo Eletrônico DJe-164 divulg 20-08-2015 public 21-08-2015)

Na hipótese em apreço, a defesa requereu acesso ao Processo n. 0003620-41.2015.8.24.0037, referente ao corrêu Bryan Carlos Massucatto, sob o

argumento de que os depoimentos por ele prestados no referido feito guardariam conexão com os fatos apurados na presente ação penal (e-STJ fls. 76/77).

O magistrado singular indeferiu o pedido porque “o processo referido pela e Defesa encontra-se em segredo de justiça, circunstância que, assim, permite o acesso somente às partes e aos Advogados atuantes naquele feito” (e-STJ fl. 83).

Da leitura da passagem reproduzida, constata-se que não foram declinadas justificativas plausíveis para a negativa de acesso à defesa de processo criminal que seria conexo ao deflagrado contra o recorrente, uma vez que o segredo de justiça em feito relativo ao tráfico de drogas restringe-se a medidas investigatórias em curso, a fim de evitar a frustração das diligências que estejam sendo adotadas para a apuração do delito, sendo que, uma vez encerrada a apuração fática e iniciada a ação penal, não faz sentido que continue tramitando em sigilo.

Com efeito, encerrado o inquérito policial e já tendo sido deflagrada ação penal contra o corréu, nada impede que a recorrente tenha acesso aos depoimentos e demais documentos que a incriminem, os quais, à toda evidência, interessam à sua defesa.

Ademais, vale ressaltar que, assim como o corréu Bryan Carlos Massucatto, acusado Kioma Jorge Aguiar Luiz também responde a outro processos também pelo crime de narcotráfico, tendo-se conferido à recorrente o direito de vista aos autos a ele referentes, não havendo, portanto, motivos razoáveis para que lhe seja sonegado o acesso à ação penal do primeiro.

Em caso semelhante, assim já decidiu o Pretório Excelso:

Reclamação. 2. Direito Penal. 3. Delação premiada. “Operação Alba Branca”. Suposta violação à Súmula Vinculante 14. Existente. TJ/SP negou acesso à defesa ao depoimento do colaborador Marcel Ferreira Júlio, nos termos da Lei n. 12.850/2013. Ocorre que o art. 7º, § 2º, do mesmo diploma legal consagra o “amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa”, ressalvados os referentes a diligências em andamento. É ônus da defesa requerer o acesso ao juiz que supervisiona as investigações. *O acesso deve ser garantido caso estejam presentes dois requisitos. Um, positivo: o ato de colaboração deve apontar a responsabilidade criminal do requerente (INQ 3.983, rel. min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 3.3.2016). Outro, negativo: o ato de colaboração não deve referir-se à diligência em andamento. A defesa do reclamante postulou ao Relator do processo o acesso aos atos de colaboração do investigado. 4. Direito de defesa violado. 5. Reclamação julgada procedente, confirmando a liminar deferida.*

(Rcl 24.116, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 13/12/2016, Processo Eletrônico DJe-028 divulg 10/02/2017 public 13/02/2017)

Ante o exposto, *dá-se parcial provimento* ao recurso para que a recorrente tenha acesso aos depoimentos prestados pelo corréu nos autos da Ação n. 0003620-41.2015.8.24.0037, bem como a outros documentos correlatos indispensáveis ao exercício da defesa e que não comprometam os propósitos que ensejaram a decretação do sigilo.

É o voto.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 83.944-CE (2017/0102245-0)

Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik

Recorrente: Thiago Verissimo Andrade Batista de Moraes (Preso)

Recorrente: Josiel Silveira Gomes (Preso)

Recorrente: Gerson Vitoriano Carvalho (Preso)

Advogado: Régio Rodney Menezes e outro(s) - CE023996

Recorrido: Ministério Público do Estado do Ceará

EMENTA

Processual Penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Múltiplos homicídios qualificados consumados e tentados. Tortura física e psicológica. Concurso de agentes. Chacina da Messejana ou Chacinha do Curió. Malferimento dos princípios do promotor natural e do juiz natural. Constituição de órgão colegiado. Lei n. 12.694/2012. Inviável a análise da matéria, neste *writ*, por este STJ. Questão não debatida pela Corte *a quo*. Supressão de instância. Inépcia da denúncia. Não ocorrência. Descrição das elementares do tipo. Observância ao artigo 41 do CPP. Trancamento da ação penal. Alegação de ausência de justa causa para persecução penal. Inocorrência. Recurso desprovido.

1. O Tribunal de origem se limitou a refutar, na hipótese, a questão relativa à inépcia da denúncia. Não se debateu a questão da nulidade da constituição, *ex vi* do comando do art. 1º, da Lei 12.694/2012, de um colegiado julgador, específico o processamento e julgamento da aludida ação penal, pelo que, obstada a análise de tal

matéria por este Superior Tribunal de Justiça, sob risco de se incorrer em indesejável supressão de instância. Precedentes.

2. Esta Corte Superior pacificou o entendimento segundo o qual, em razão da excepcionalidade do trancamento da ação penal, tal medida somente se verifica possível quando ficar demonstrado, de plano e sem necessidade de dilação probatória, a total ausência de indícios de autoria e prova da materialidade delitiva, a atipicidade da conduta ou a existência de alguma causa de extinção da punibilidade.

É certa, ainda, a possibilidade de encerramento prematuro da persecução penal nos casos em que a denúncia se mostrar inepta, não atendendo o que dispõe o art. 41 do Código de Processo Penal – CPP, o que, de todo modo, não impede a propositura de nova ação desde que suprida a irregularidade.

3. No caso em comento, a denúncia faz a devida qualificação dos acusados, descreve de forma suficiente as condutas delituosas perpetradas pelos supostos agentes, que, em tese, configuram crimes (homicídios qualificados e torturas física e psicológica em associação), e, ao revés do alegado nas razões recursais, não faz imputações genéricas, traz, ainda, relação de testemunhas, pelo que se mostra em conformidade com o comando pertinente do Estatuto Processual Penal, de modo a permitir o exercício da ampla defesa.

4. Outrossim, esta Corte Superior de Justiça admite a denúncia de caráter geral, quando for ação criminosa com múltiplos agentes e condutas (ou que), por sua própria natureza, devem ser praticadas em concurso – como na hipótese em concreto, em que os acusados perpetraram crimes de homicídio duplamente qualificados e consumados (em número de onze) e na modalidade tentada (em número de três), além de torturas físicas e psicológicas –, na medida em que, em tais hipóteses, não se mostra possível, de pronto, pormenorizar as ações de cada um dos envolvidos. Não se pode descuidar do fato de que da narrativa delitiva deve ser possível o exercício da ampla defesa e do contraditório, bem como lembrar que os acusados se defendem dos fatos e não da tipificação dada pelo *Parquet*, sendo reservado para a instrução criminal o detalhamento mais preciso de suas condutas, a fim de que se permita a correta e equânime aplicação da lei penal. Precedentes.

5. Nesse contexto, não há, na espécie, constrangimento ilegal passível de correção, não merecendo prosperar a irresignação no que se refere ao trancamento prematuro da persecução penal por inépcia da denúncia posto descritos fatos e circunstâncias necessários ao exercício do pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, sendo descabido o nível de detalhamento perseguido, por somente se mostrar viável durante a instrução processual.

Recurso ordinário em *habeas corpus* desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Sustentou oralmente: Dr. Régio Rodney Menezes (p/rectes).

Brasília (DF), 22 de maio de 2018 (data do julgamento).

Ministro Joel Ilan Paciornik, Relator

DJe 8.6.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik: Cuida-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por *Thiago Verissimo Andrade Batista de Moraes*, *Josiel Silveira Gomes* e *Gerson Vitoriano Carvalho*, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, no julgamento do HC n. 0627875-92.2016.8.06.0000.

Infere-se dos autos que os pacientes, juntamente com outros 45 corréus, todos pertencentes ao quadro da Polícia Militar do Estado do Ceará, foram denunciados e presos preventivamente pela suposta prática dos delitos tipificados nos arts. 121, § 2º, incisos I e IV (por onze vezes), art. 121, § 2º, incisos I e IV, c/c art. 14, inciso II (por três vezes), todos do Código Penal (homicídios

qualificados consumados e tentados), e art. 1º, incisos I, alínea a, II e §§ 2º, 3º e 4º, inciso I, da Lei 9.455/1997 (tortura), c/c com o art. 29, do Código Penal, entre o final da noite do dia 11.11.2015 e as primeiras horas da madrugada do dia 12.11.2015, contra vítimas, quase todas jovens, que estavam em sua grande maioria, em frente ou no interior de suas respectivas residências, localizadas em variados pontos da região da grande Messejana, especialmente o Bairro Curió, em Fortaleza/CE (“Chacina do Curió”), em suposta represália à morte de um colega de profissão deles, assinado horas antes ao reagir a um crime de roubo.

Irresignada, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal de origem, tendo o desembargador relator indeferido liminarmente a impetração, em decisão juntada às fls. 439/445.

Interposto agravo interno, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso apenas para conhecer o *habeas corpus*. O acórdão ficou assim ementado:

EMENTA: Agravo interno. *Habeas corpus* para trancamento da ação penal por inépcia da denúncia. Admissibilidade em casos excepcionais. Denúncia genérica. Não ocorrência. Crimes plurissubjetivos. Cabimento de denúncia geral. Existência de indícios suficientes para instauração da persecução criminal. Recurso parcialmente provido.

1. Em casos excepcionais, a via do *habeas corpus* é admitida como meio de impugnar a decisão do magistrado que aceita denúncia em discordância com os ditames do art. 41 do Código de Processo Penal. Precedentes do STJ.

2. Sabe-se que um mesmo crime pode ser desdobrado em várias ações diversas e, se não for feita a correta delimitação de cada uma delas, impossível se toma não só a defesa dos envolvidos como a apuração do fato criminoso e a conseqüente responsabilização dos agentes.

3. De fato, a peça acusatória deve conter a exposição do fato delituoso em toda sua essência e com todas as suas circunstâncias. Essa narrativa impõe-se ao acusador como exigência derivada do postulado constitucional que assegura ao réu o pleno exercício do direito de defesa.

4. A peça delatória é uma proposta da demonstração de prática de um fato típico e antijurídico imputado a determinada pessoa, sujeita à efetiva comprovação e à contradita, e apenas deve ser repelida quando não houver indícios da existência de crime ou, de início, seja possível reconhecer, indubitavelmente, a inocência do acusado ou, ainda, quando não houver, pelo menos, indícios de sua participação, de modo a permitir o pleno exercício da ampla defesa, descrevendo conduta que, ao menos em tese, configura crime. Ou seja, não é inepta a denúncia que, atenta aos ditames do art. 41 do Código de Processo Penal, qualifica os acusados, descreve o fato criminoso e suas circunstâncias e apresenta o rol de testemunhas.

5. Além disso, havendo descrição do liame entre a conduta dos pacientes e os fatos tidos por delituosos, evidenciados nas assertivas constantes na denúncia, não há que se falar em inépcia da denúncia por falta de individualização da conduta. A circunstância, por si só, de o Ministério Público ter imputado a mesma conduta aos diversos denunciados não torna a denúncia genérica.

6. Ainda, é geral, e não genérica, a denúncia que atribui a mesma conduta a todos os denunciados, desde que seja impossível a delimitação dos atos praticados pelos envolvidos, isoladamente, e haja indícios de acordo de vontades para o mesmo fim.

7. Ao contrário do que sugeriram os agravantes, não se está fazendo qualquer juízo de valor, neste momento, acerca da sua culpabilidade pelos crimes praticados na aludida chacina. O que se pontuou foi tão somente a existência de indícios suficientes para a instauração da persecução criminal.

8. Como é cediço, a ação penal iniciada com a denúncia não encerra juízo condenatório. Esta só virá ao final de toda a instrução criminal tendo o paciente todas as oportunidades de defender-se segundo os preceitos da lei processual vigente.

9. No caso *sub examine*, temos uma denúncia geral e não uma acusação genérica, pois era impossível delimitar-se precisamente a conduta de cada um dos acusados, já que, aparentemente, todos estiveram voltados para o resultado criminoso obtido, sendo a condição de policiais fator que tornou ainda mais difícil a investigação e detalhamento das circunstâncias em que os crimes ocorreram.

10. Embora não se admita a instauração de processos temerários e levianos ou despidos de qualquer sustentáculo probatório, nessa fase processual deve ser privilegiado o princípio do *in dubio pro societate*. De igual modo, não se pode admitir que o Julgador, em juízo de admissibilidade da acusação, termine por cercear o *jus accusationis* do Estado, salvo se manifestamente demonstrada a carência de justa causa para o exercício da ação penal, o que não ocorre neste caso.

11. Proceder na maneira pretendida pelos agravantes implicaria em patente julgamento prematuro da ação penal, ferindo de morte o postulado constitucional do juiz natural e a distribuição de competências previstas na Constituição Federal. Cabe ao magistrado de primeiro grau, neste momento, a primazia de decidir, segundo as provas apresentadas, a adequação jurídico-penal dos fatos apresentados, sendo defeso à esta Corte antecipar-se ao seu pronunciamento sobre a questão.

12. Recurso conhecido e parcialmente provido, apenas para conhecer o *habeas corpus* no tocante à alegação de inépcia da denúncia, mas no mérito negando-lhe provimento (fls. 479/480).

Na presente impetração, sustenta, inicialmente, a existência de um tribunal de exceção, tendo em vista que, embora não se trate de crime relacionado com organização criminosa, a ação penal tem sido presidida por um juízo colegiado.

Alega que a decisão que determinou a formação do juízo colegiado foi fundamentada no art. 1º, da Lei 12.694/2012, todavia, em nenhum momento da denúncia foi apontada a existência de organização criminosa. Aduz, portanto, haver violação do princípio do Juiz Natural, pelo que, no ponto, entende que devem ser declarados nulos todos os atos praticados pelo referido colegiado desde a sua formação, inclusive o recebimento da denúncia.

Assevera, por outro lado, a inépcia da denúncia, bem como a falta de justa causa para a ação penal, salientando que não foram individualizadas as condutas dos recorrentes, não tendo sido demonstrados o nexos causal entre suas condutas e os fatos criminosos imputados.

Aduz não haver indícios mínimos de autoria quanto ao delito de homicídio, tendo em vista não ter sido demonstrado o *animus necandi*, nem tampouco a omissão penalmente relevante, por parte dos recorrentes, tendo a denúncia se baseado exclusivamente em presunções.

O recorrente pleiteia, em liminar, a suspensão da ação penal, com a imediata colocação dos recorrentes em liberdade. No mérito, pugna pelo seu trancamento.

A liminar foi por mim indeferida conforme decisão de fls. 752-761. Informações prestadas às fls. 762-761.

O *Parquet* federal apresentou parecer pelo desprovimento do recurso (fls. 765-774).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik (Relator): O acórdão recorrido encontra-se fundamentado nos seguintes termos, *in verbis*:

Presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos, conheço do agravo.

A irresignação recursal dos agravantes, inicialmente, diz respeito à rejeição liminar do *writ*, aduzindo que o mesmo merece ser conhecido por esta Colenda Câmara dada a possibilidade de sua impetração para atacar a decisão que recebe denúncia reputada como inepta.

Em casos excepcionais, a via do *habeas corpus* é admitida como meio de impugnar a decisão do magistrado que aceita denúncia em discordância com os ditames do art. 41 do Código de Processo Penal.

[...]

Destarte, dá-se acolhida ao presente agravo para determinar o conhecimento e processamento do *habeas corpus*, pelo que passo a analisar o seu mérito acerca de eventual inépcia da denúncia.

Sabe-se que um mesmo crime pode ser desdobrado em várias ações diversas e, se não for feita a correta delimitação de cada uma delas, impossível se torna não só a defesa dos envolvidos como a apuração do fato criminoso e a conseqüente responsabilização dos agentes.

Antes de tudo, convém lembrar que o réu - em nosso sistema processual penal - se defende de uma imputação concreta (e nunca em tese, *ex vi* do art. 41 do CPP), imputação esta que permita uma adequação típica seja de subordinação imediata ou, então, mediata (v.g. tentativa e concurso de pessoas). E, isto é pacífico.

De fato, a peça acusatória deve conter a exposição do fato delituoso em toda sua essência e com todas as suas circunstâncias. Essa narrativa impõe-se ao acusador como exigência derivada do postulado constitucional que assegura ao réu o pleno exercício do direito de defesa.

A denúncia é uma proposta da demonstração de prática de um fato típico e antijurídico imputado a determinada pessoa, sujeita à efetiva comprovação e à contradita, e apenas deve ser repelida quando não houver indícios da existência de crime ou, de início, seja possível reconhecer, indubitavelmente, a inocência do acusado ou, ainda, quando não houver, pelo menos, indícios de sua participação.

A peça delatória é uma proposta da demonstração de prática de um fato típico e antijurídico imputado a determinada pessoa, sujeita à efetiva comprovação e à contradita, e apenas deve ser repelida quando não houver indícios da existência de crime ou, de início, seja possível reconhecer, indubitavelmente, a inocência do acusado ou, ainda, quando não houver, pelo menos, indícios de sua participação, de modo a permitir o pleno exercício da ampla defesa, descrevendo conduta que, ao menos em tese, configura crime.

Ou seja, não é inepta a denúncia que, atenta aos ditames do art. 41 do Código de Processo Penal, qualifica os acusados, descreve o fato criminoso e suas circunstâncias e apresenta o rol de testemunhas.

Nesse diapasão é a pacífica jurisprudência da Corte Superior. Veja-se:

[...]

Além disso, havendo descrição do liame entre a conduta dos pacientes e os fatos tidos por delituosos, evidenciado nas assertivas constantes na denúncia, não há que se falar em inépcia da denúncia por falta de individualização da

conduta. A circunstância, por si só, de o Ministério Público ter imputado a mesma conduta ao diversos denunciados não torna a denúncia genérica.

Ainda, é geral, e não genérica, a denúncia que atribui a mesma conduta a todos os denunciados, desde que seja impossível a delimitação dos atos praticados pelos envolvidos, isoladamente, e haja indícios de acordo de vontades para o mesmo fim.

[...]

Nesse ponto, tenho que a inaugural do Ministério Público está de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que “é desnecessária a descrição individualizada das condutas de cada acusado nos crimes societários, sendo suficientes para garantia do direito de defesa a narrativa do fato e a indicação da suposta participação dos denunciados” (HC n. 249.473/MG, Quinta Turma, Rei. Min. Gurgel de Faria, DJe de 3/3/2015).

De forma geral, o entendimento é o de que nos delitos plurissubjetivos não há a necessidade de se indicar de forma individualizada as condutas perpetradas, restando válida a apresentação da chamada denúncia geral, que não se confunde com a denúncia genérica.

Sobre o tema, vejamos a importante lição de Eugênio Pacelli acerca da distinção de acusação genérica e acusação geral, *in verbis*:

[...]

Com efeito, verifica-se que a denúncia em análise, apesar de não descrever minuciosamente a conduta dos denunciados, esclareceu os fatos nos quais se baseou para encontrar indícios de participação dos pacientes no delito.

Na (denúncia) genérica, em que pode ser descrita a conduta de cada um dos envolvidos na empreitada criminosa, mas não o faz o acusador, limitando-se a enfeixar na descrição dos fatos uma única conduta, atribuindo-a a todos os denunciados, temos, sem qualquer dúvida, uma denúncia inepta, pois dificulta a atividade defensiva dos réus, ferindo o constitucional princípio da ampla defesa.

Entretanto, nem sempre é possível separar a contribuição de cada um dos envolvidos para a prática criminosa, tornando-se impossível a correta delimitação das suas condutas, casos em que o acusador é obrigado a atribuir a todos os envolvidos uma única conduta, desde que entenda presente o acordo de vontades voltado para o mesmo fim, e, nesta hipótese, temos uma denúncia geral, que não impede a ampla defesa, pois a todos foi atribuído um único fato e dele podem todos se defender com amplitude.

Ao contrário do que sugeriram os agravantes, não se está fazendo qualquer juízo de valor, neste momento, acerca da sua culpabilidade pelos crimes praticados na aludida chacina. O que se pontuou foi tão somente a existência de indícios suficientes para a instauração da persecução criminal.

Como é cediço, a ação penal iniciada com a denúncia não encerra juízo condenatório. Esta só virá ao final de toda a instrução criminal tendo o paciente todas as oportunidades de defender-se segundo os preceitos da lei processual vigente.

No caso sub examine, temos uma denúncia geral e não uma acusação genérica, pois era impossível delimitar-se precisamente a conduta de cada um dos acusados, já que, aparentemente, todos estiveram voltados para o resultado criminoso obtido, sendo a condição de policiais fator que tornou ainda mais difícil a investigação e detalhamento das circunstâncias em que os crimes ocorreram.

Assim, podem os agravantes e demais réus da aludida ação penal se defenderem amplamente dos fatos que lhes foram atribuídos, de forma geral e não genérica, não tendo ocorrido qualquer nulidade que contaminasse o processo.

Embora não se admita a instauração de processos temerários e levianos ou despidos de qualquer sustentáculo probatório, nessa fase processual deve ser privilegiado o princípio do *in dubio pro societate*. De igual modo, não se pode admitir que o Julgador, em juízo de admissibilidade da acusação, termine por cercear o *jus accusationis* do Estado, salvo se manifestamente demonstrada a carência de justa causa para o exercício da ação penal, o que não ocorre neste caso.

Proceder na maneira pretendida pelos agravantes implicaria em patente julgamento prematuro da ação penal, ferindo de morte o postulado constitucional do juiz natural e a distribuição de competências previstas na Constituição Federal. Cabe ao magistrado de primeiro grau, neste momento, a primazia de decidir, segundo as provas apresentadas, a adequação jurídico-penal dos fatos apresentados, sendo defeso à esta Corte antecipar-se ao seu pronunciamento sobre a questão.

Nessa esteira de raciocínio, válido conferir o que decidiu o Excelso Pretório:

[...]

Desta forma, tratando-se de denúncia que, amparada nos elementos que sobressaem do inquérito policial, expõe fatos teoricamente constitutivos de delito, imperioso o prosseguimento do processo-crime, não havendo que se cogitar da hipótese de inépcia da denúncia em relação aos agravantes.

Ex positis, dou parcial provimento ao presente agravo, apenas para conhecer o habeas corpus no que tange ao pedido de trancamento da ação penal por inépcia da inicial, mas no mérito negar-lhe provimento.

É como voto (fls. 479-491).

Quanto ao tema de nulidade do julgamento colegiado.

Ao que se tem, o Tribunal de origem se limitou a refutar, na hipótese, a questão relativa à inépcia da denúncia. Não se debateu, conforme leitura dos

trechos do *decisum* acima transcritos, a questão da nulidade da constituição, *ex vi* do comando do art. 1º, da Lei 12.694/2012, de um colegiado julgador, específico o processamento e julgamento da aludida ação penal, pelo que, obstada a análise de tal matéria por este Superior Tribunal de Justiça, sob risco de se incorrer em indesejável supressão de instância.

Passo ao exame, nesse contexto, da apontada nulidade decorrente do recebimento de denúncia, por se cuidar, conforme alegações trazidas no presente *writ*, de peça inaugural inepta, assim como por faltar de justa causa para a ação penal.

Oportunamente, destaco os seguintes excertos da exordial acusatória:

Introdução

1. O oferecimento da presente denúncia se ampara em elementos de informações obtidos a partir de uma profunda e criteriosa investigação iniciada pela Divisão de Homicídios e Proteção à Pessoa - DHPP, mas que, devido ao envolvimento de policiais, foi logo em seguida transferida e conduzida, até relatório final, pela Delegacia de Assuntos Internos - DAI, vinculada à Controladoria-Geral de Disciplina dos Órgãos de Segurança Pública e Sistema Penitenciário do Estado do Ceará - CGD.

2. Os fatos objetos da referida investigação ocorreram no horário compreendido entre o final da noite "o dia 11/11/2015 e as primeiras horas da madrugada do dia 12/11/2015, os quais consistiram, em suma, em diversos homicídios consumados e tentados, assim como delitos conexos, tais como de torturas e lesões corporais delas decorrentes, por exemplo, como 3 seguir são dados a conhecer.

3. As vítimas, quase todas jovens, estavam, inicialmente, em sua grande maioria, em frente ou no interior de suas respectivas residências, localizadas em variados pontos da região da Grande Messejana, especialmente o Bairro Curió, nesta Capital, cujos fatos, por isso, ficaram conhecidos como Chacina da Messejana ou Chacina do Curió.

4. Os crimes, pois, objetos desta denúncia, sob os pálios da vingança, da torpeza e sem proporcionar sequer a menor chance de defesa a qualquer uma das múltiplas vítimas, foram* praticados a partir de uma ação implacável e articulada por policiais militares que visaram promover uma demonstração de força e poder de retaliação, especialmente à morte, em decorrência de disparos de arma de fogo, de um colega de profissão deles, de nome Valtermberg Chaves *Serpa*, o qual, embora não estivesse de serviço, foi assassinado horas antes dos fatos aqui narrados, ao reagir a um crime de roubo perpetrado em desfavor de sua esposa. Esse fato, segundo consta, ocorreu em um campo de futebol, no bairro Lagoa redonda, nesta capital.

5. Referido crime foi rapidamente difundido entre inúmeros policiais. Parte deles, a partir de então, se articularam, sobretudo em conversas por telefone, redes sociais e grupos de conversação disponíveis na rede mundial de computadores (WhatsApp, Zello e outros), cuja facilidade de comunicação permitiu que, em pouco tempo, contassem com a adesão de dezenas e, possivelmente, mais de uma centena de outros policiais, muitos dos quais estavam de folga no dia dos fatos, mas todos dispostos a um audacioso plano de retaliação, ao qual aderiram e o fizeram por acontecer.

6. Imbuídos desse firme propósito, projetaram os ora denunciados uma ação importante, com divisão de tarefas, que começou pela procura de alvos preferenciais, de regra pessoas com envolvimento em práticas delitivas ou sobre as quais recaiam suspeitas de ações delituosas, ou, ainda, desafetos pessoais de alguns policiais que estavam participando da mencionada ação de retaliação.

7. Em que pese também houvesse o interesse de obter alguma informação sobre quem poderia estar envolvido na morte do Policial Militar *Serpa*, a preocupação maior era uma imediata retaliação, a qualquer custo, pouco importando se as vítimas tinham, ou não, qualquer relação com este ou qualquer outro evento criminoso.

E, ao final, foi exatamente isso o que ocorreu.

8. Na medida em que passava o tempo, e como já tarde da noite havia cada vez menos pessoas nas ruas, os executores foram escolhendo aleatoriamente as vítimas, o que se traduziu em um típico “justiçamento”, culminando com a morte e ofensa a integridade física e mental de várias pessoas absolutamente inocentes e que sequer tinham qualquer envolvimento na morte do Policial Militar *Serpa*.

9. Assinale-se que a confiança na impunidade era muito grande, de um lado porque os PMs tomaram cautelas para não serem reconhecidos e fazerem desaparecer vários dos vestígios dos crimes por eles perpetrados, e, de outro, porque sabiam que as vítimas não tinham a quem recorrer, pois se tratava de uma ação coordenada pelos próprios policiais.

10. Daí que, enquanto diversas vítimas eram covardemente assassinadas e a população, desesperada, ligava insistentemente para a CIOPS, vários dos policiais militares que estavam em viaturas próximas e tinham pleno conhecimento do que estava acontecendo, ao invés de saírem em socorro delas como seria de se esperar e de seu dever -, aderiram e colaboraram na prática dos referidos crimes.

11. Apenas para se ter uma dimensão do que ocorreu, Informações de ordem técnica, tais como dados oficiais sobre os monitoramentos eletrônicos das viaturas, demonstraram, aliás, que policiais militares que estavam próximos somente se dirigiram aos locais dos fatos horas depois, quando tudo já havia se passado.

12. Imagens, depoimentos de testemunhas e registros de ordem técnica também demonstraram que algumas viaturas ficaram se movimentando pelas

redondezas dos locais onde estavam ocorrendo as execuções, mas não pararam nem mesmo diante do apelo da população por socorro.

13. Outras, quando se aproximaram do local, passaram inclusive ao lado de corpos de vítimas, mas nada fizeram.

14. Ambulâncias do SAMU acionadas, as quais vinham de locais mais distantes e, mesmo assim, chegaram primeiro do que as viaturas que estavam bem próximas dos locais, tiveram dificuldades em fazer o atendimento de algumas vítimas porque, sem saber precisamente o que se passava e sem o apoio efetivo da Polícia Militar, os socorristas não sentiram segurança para pararem e fazerem os preliminares atendimentos.

15. Enquanto isso, a população, familiares, amigos e conhecidos das vítimas providenciavam, da forma como podiam, o atendimento às vítimas, conduzindo-as a hospitais, inclusive em carrocerias abertas de veículos particulares de carga.

16. E, mesmo cientes disso, policiais militares causaram obstáculos a esses socorros providenciados pela população, chegando a abordar e parar um veículo, por exemplo, que socorria algumas vítimas para determinado hospital, e/ na sequência, atentaram contra a vida de uma das pessoas que estava prestando socorro as referidas vítimas, a qual foi atingida por 8 (oito) disparos.

17. Ligações recebidas da população que clamavam desesperadamente por ajuda, dão uma dimensão do terror levado pelos policiais militares a toda uma comunidade, no que, talvez, tenha sido a maior e mais sangrenta chacina da história do Ceará.

18. Assinale-se, por oportuno, que os autos da investigação que dão suporte à presente denúncia já contam com mais de 3.300 (três mil e trezentas) laudas, distribuídas em 12 (doze) volumes e 3 (três) anexos, nos quais foram ouvidas mais de 240 (duzentos e quarenta) pessoas e coletados os mais variados elementos de informações possíveis, que foram resumidamente indicados no índice constante às fls. 2.413/2.430,

19. Importa registrar, outrossim, que a denuncia ora oferecida somente abrange as pessoas em face das quais, a partir do exame de tais elementos de informação, já foram reunidos elementos sérios, concretos, suficientes e idôneos de autoria ou participação, sem prejuízo de que, oportunamente, seja feito o devido e competente aditamento, se necessário, para inclusão de outros agentes ainda não identificados no polo passivo da respectiva ação penal.

20. De acordo com os fólios, foram perpetrados vários homicídios consumados e tentados, em horários e locais relativamente próximos, sendo que, embora façam parte de uma mesma projetada e articulada ação criminosa, serão divididos nesta denúncia em 9 (nove) episódios, conforme os horários e locais em que ocorreram.

21. Visando a adequada compreensão dos fatos e, também, para proporcionar o pleno exercício constitucional, pelos denunciados, do direito ao contraditório e à ampla defesa, a presente denúncia, em complemento a esta introdução, individualizará cada um desses 9 (nove) episódios atinentes aos homicídios (consumados e tentados) e demais crimes conexos, seguindo-se com a individualização, mais precisa possível, das condutas dos denunciados.

22. A propósito da individualização das condutas dos denunciados, cumpre asseverar que, a despeito de não ser exigido, em situações similares, um grande rigor na individualização da conduta dos envolvidos, no caso, não se deixará de descrever a conduta deles de modo a lhes assegurar, por óbvio, o pleno exercício j ampla defesa e ao contraditório.

23. Em arremate, consigne-se que o Ministério Público Estadual, a partir de um grupo especial de trabalho constituído pela Procuradoria-Geral de Justiça, acompanhou de perto todas as fases da investigação.

[...]

Da Autoria

103. Após extensa investigação, a qual se utilizou de diversos meios probatórios, como os depoimentos testemunhais, as imagens captadas de câmeras de segurança e as interceptações telefônicas, foi possível, apesar dos óbices criados pelos denunciados, constatar indícios de autoria concretos e suficientes para a imputação dos delitos aos denunciados abaixo elencados:

[...]

Gerson Vitoriano Carvalho, Josiel Silveira Gomes e Thiago Veríssimo Andrade Batista de Carvalho

182. Os Policiais Militares *Gerson Vitoriano Carvalho, Josiel Silveira Gomes e Thiago Veríssimo Andrade Batista de Carvalho* estavam de serviço desde a noite do dia 11/11/2015 até o final da madrugada do dia 12/11/2015, compondo a viatura RD 1.307, na ocasião em que ocorria na região da Grande Messejana, uma série de homicídios.

183. Nesse ponto destaca-se as ocorrências narradas no Episódio 03 desta peça acusatória, as quais se consumaram na rua Lucimar de Oliveira, tendo vitimado 05 (cinco) jovens. Através das imagens captadas por uma câmera de segurança de um estabelecimento comercial localizado no referido logradouro, constata-se a presença de uma viatura da Polícia Militar transitando, com os intermitentes desligados, na rua Lucimar de Oliveira, às 00h52min, deixando de parar para socorrer as vítimas que permaneciam estendidas no chão. Posteriormente, a referida viatura foi identificada, através do sistema SIGV, como sendo a RD 1.307, ocupada, repita-se, pelos Policiais Militares *Gerson Vitoriano | Carvalho, Josiel Silveira Gomes e Thiago Veríssimo Andrade Batista de Carvalho*.

184. Ressalta-se que a composição da viatura dos fatos delituosos ocorridos naquele local, conforme pode ser constatada por meio do áudio M1860, realizado às 00h28min, o qual informava que haviam pessoas feridas à bala no local. Esclareça-se, nesse ponto, que embora a viatura designada para apurar aquela ocorrência tenha sido a RD 1.087, isso não exime os policiais que estavam compondo a viatura RD 1.307 da responsabilidade de prestar socorro às vítimas no momento em que se deparou com estas no local do crime,

185. Ademais, ressalte-se que o Operador da CIOPS já havia, inclusive, notificado a existência de um Golf, cor cinza, com indivíduos suspeitos, momento em que requereu que alguma viatura fosse verificar a “denúncia”. Nessa ocasião, foi repassado que a RD 1.307 estava próximo ao local, todavia, em nenhum momento constam registros de que esta tenha empreendido diligências no seuJo de Interceptar e/ou averiguar o veículo suspeito.

186. Pelo exposto, fica evidente que os policiais *Gerson Vitoriano Carvalho, Josiel Silveira Gomes e Thiago Veríssimo Andrade Batista de Carvalho* que estavam a serviço, na viatura RD 1.307, além de haver se omitido, dolosamente, de cumprirem com os seus deveres legais, anuíram às ações delituosas perpetradas na região da Grande Messejana, a qual foi palco de diversos crimes, fato este que concorreu, sobremaneira, para a consumação da chacina narrada nos episódios supramencionados.

[...]

Da Materialidade

217. A materialidade delituosa relativa a todos fatos típicos, antijurídicos e culpáveis descritos nesta denúncia encontra-se abundantemente comprovada pelos Autos de Exames de Corpo de Delito e Autos Cadavéricos, bem como pelos Laudos Periciais acostados aos fólhos do procedimento inquisitorial que instrui esta exordial delatória.

Do Concurso de Agentes (CP, artigo 29)

217. A despeito de já haver, *in casu*, provas Idôneas, concretas e objetivas quanto ao envolvimento dos ora denunciados, a forma como atuaram, com a utilização de instrumentos e métodos de que dispunham, inclusive, com a utilização de balaclavas, e sendo eles Policiais Militares, houve dificuldade na identificação de várias outras pessoas que, além deles, também de algum modo contribuíram para a prática nos delitos narrados nesta peça delatória, o que não impedirá, se for o caso, porém, o oportuno e pertinente aditamento desta denúncia.

218. De qualquer modo, um conjunto robusto de informações, inclusive de ordem técnica, demonstram que os denunciados atuaram mediante unidade de desígnios, em típica situação de concurso de agentes e com divisão de tarefas para viabilizar a maior abrangência de atuação, o que de *per si*, já são suficientes para a responsabilização penal deles relativamente a todos os fatos.

219. O fato de terem dividido funções, por outro lado, permitiu que algumas ações ocorressem quase que simultaneamente em pontos diversos. Todos os ora denunciados, no entanto, embora com tarefas distintas, agiram unidos por um único propósito, mantendo um vínculo subjetivo.

Da Tipificação

220. De tudo quanto exposto, resta claro que os ora denunciados perpetraram, em concurso de agentes, crimes de homicídio duplamente qualificados e consumados (em número de onze) e na modalidade tentada (em número de três), com a incidência das mesmas qualificadoras, e de torturas física (em número de três) e psicológica (em número de uma), tipificados, respectivamente, nos artigos 121, § 2º, incisos I e IV, 121, § 2º, incisos 1 e IV, c/c art. 14, inciso II, todos do Código Penal, e art. 1º, incisos I, alínea a, II c §§ 2º, 3º e 4º, inciso I, da Lei 9.455/1997, c/c com o art. 29, do Código Penal.

Dos Pedidos

221. Diante do exposto, requer o Ministério Público Estadual que Vossa Excelência digne-se receber a presente denúncia, ordenando, inicialmente, a citação dos acusados (art. 358, do CPP), nos termos e para os fins do

Dos Pedidos

221. Diante do exposto, requer o Ministério Público Estadual que Vossa Excelência digne-se receber a presente denúncia, ordenando, inicialmente, a citação dos acusados (art. 358, do CPP), nos termos e para os fins do art. 396 e 396-A, do CPP, vindo, ao final, pronunciá-los, a fim de que os mesmos, submetidos a julgamento pelo Tribunal Popular do Júri, venham a ser condenados nas sanções preconizadas nos dispositivos penais retromencionados, a tudo, porém, oportunizando-lhes o exercício do contraditório e da ampla defesa, ouvindo-se, outrossim, as testemunhas vítimas e declarantes adiantes elencadas.

Em razão da excepcionalidade do trancamento da ação penal, tal medida somente se verifica possível quando ficar demonstrado, de plano e sem necessidade de dilação probatória, a total ausência de indícios de autoria e prova da materialidade delitiva, a atipicidade da conduta ou a existência de alguma causa de extinção da punibilidade.

É certa, ainda, a possibilidade de trancamento da persecução penal nos casos em que a denúncia for inepta, não atendendo o que dispõe o art. 41 do Código de Processo Penal, o que não impede a propositura de nova ação desde que suprida a irregularidade.

Nesse sentido, trago à colação os seguintes precedentes:

Processual Penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Homicídio doloso praticado por omissão imprópria. Inépcia da denúncia. Não ocorrência. Descrição

das elementares do tipo. Observância ao artigo 41 do CPP. Trancamento da ação penal. Falta de justa causa. Inocorrência. Reexame probatório. Impossibilidade. Recurso não provido.

1. A denúncia formulada em observância aos parâmetros impostos no artigo 41 do Código de Processo Penal, descrevendo-se o fato tido por criminoso, com suas circunstâncias de tipicidade (conduta, resultado e nexos causal), ilicitude (contrariedade ao ordenamento jurídico e ausência de condutas justificadoras) e de culpabilidade do agente, procedendo a qualificação do acusado e à classificação do crime, não pode ser acoimada de inepta, eis que possibilita o exercício da ampla defesa.

2. Sendo imputada a prática de homicídio doloso praticado por omissão imprópria, necessária a descrição do comportamento omissivo voluntário, a consciência de seu dever de agir e da situação de risco enfrentada pelo ofendido, a previsão do resultado decorrente de sua omissão, o nexos normativo de evitação do resultado, o resultado material e a situação de garantidor nos termos do artigo 13, § 2º, do Código Penal, o que se verificou no caso dos autos. Logo, observados os parâmetros do artigo 41 do CPP.

3. O trancamento de inquérito ou de ação penal só se justifica em face de prova cabal que torne evidente faltar-lhe justa causa, quer pela total ausência de provas sobre a autoria e materialidade, quer pela atipicidade da conduta, ou pela ocorrência de uma causa de extinção da punibilidade. Precedentes do STF e desta Corte.

4. Na espécie, constata-se que a denúncia imputa ao ora paciente, de forma clara e individualizada, conduta que, em tese, pode caracterizar o crime de que é acusado (homicídio doloso por omissão imprópria), permitindo o perfeito exercício do direito de defesa. A exordial descreve de forma lógica e coerente a conduta imputada ao recorrente, especificando os fatos que deram ensejo à ação penal. Inviável, portanto, o trancamento da ação penal.

5. Registre-se que, segundo entendimento jurisprudencial consagrado por esta Corte Superior de Justiça, a pretensão de trancar ação penal, por inexistência de indícios de participação do réu no delito pelo qual foi denunciado, não pode ser apreciada na via do *habeas corpus*, pois demandaria, necessariamente, o reexame do conjunto fático-probatório dos autos.

6. Recurso em *habeas corpus* não provido (RHC 46.823/MT, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 15/4/2016).

Processual Penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Estelionato, receptação e fraude à concorrência. Operação Tormenta. Prevenção na origem não caracterizada. Inépcia da denúncia. Não ocorrência. Trancamento da ação penal. Não cabimento. Recurso desprovido.

I - Não há prevenção quando se tratam de ações penais diversas, em trâmite em Varas Federais diferentes, nas quais se abordam fatos distintos e com diferenciada qualificação jurídico-penal.

II - A peça acusatória deve conter a exposição do fato delituoso em sua essência e circunstâncias. Denúncias genéricas, que não descrevem os fatos na sua devida conformação, não se coadunam com os postulados básicos do Estado de Direito, e caracterizam situação configuradora de desrespeito ao princípio do devido processo legal (precedentes).

III - In casu, contudo, a exordial acusatória descreve pormenorizadamente as condutas praticadas, em tese, pelos ora recorrentes, permitindo a compreensão dos fatos e possibilitando o exercício do direito de defesa, razão pela qual o não acolhimento do pleito referente a inépcia da denúncia é medida que se impõe.

IV - O trancamento da ação penal por meio do habeas corpus constitui medida excepcional, que somente deve ser adotada quando houver comprovação, de plano, da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito (precedentes do STF), o que incorreu na espécie.

V - Na hipótese, como já decidido por esta Corte Superior, considera-se prematuro o trancamento da ação penal, pois "os crimes foram cometidos com *modus operandi* diverso da denominada 'cola eletrônica', tendo a paciente contratado diretamente os 'serviços' de uma quadrilha especializada em fraudar concursos públicos, em âmbito nacional, obtendo as respostas das questões antes da realização da prova" (HC n. 193.982/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe de 18/9/2015).

Recurso ordinário desprovido (RHC 62.988/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 8/4/2016).

No caso em comento, após análise detida dos autos, e na esteira das conclusões da Corte *a quo*, tem-se que a denúncia faz a devida qualificação dos acusados, descreve de forma suficiente as condutas delituosas perpetradas pelos supostos agentes, que, em tese, configuram crimes (homicídios qualificados e torturas física e psicológica em associação), e, ao revés do alegado nas razões recursais, não faz imputações genéricas, traz, outrossim, relação de testemunhas, pelo que se mostra em conformidade com o comando pertinente do Estatuto Processual Penal, de modo a permitir o exercício da ampla defesa

Ademais, é certo que, considerando a demonstração da existência de materialidade delitiva e indícios de autoria, a alegação de ausência de justa causa para a ação penal, em razão da atipicidade da conduta, somente deverá ser debatida durante a instrução processual, pelo Juízo competente para o julgamento da causa, sendo inadmissível seu debate na via eleita, ante a necessária incursão probatória.

No mesmo sentido:

Penal e Processo Penal. Recurso em *habeas corpus*. 1. Trancamento da ação penal. Crimes da Lei de Licitações. 2. Inépcia. Denúncia alternativa. Não verificação. Existência de duas condutas individualizadas. Arts. 89 e 90 da Lei n. 8.666/1993. 3. Ampla defesa preservada. 4. Recurso em *habeas corpus* improvido.

1. O trancamento da ação penal na via estreita do *habeas corpus* somente é possível, em caráter excepcional, quando se comprovar, de plano, a inépcia da denúncia, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito.

2. Não há se falar em denúncia inepta, uma vez que não há imputação alternativa, mas sim cumulativa, haja vista serem narradas duas condutas. Imputam-se aos recorrentes as condutas relativas à contratação sem licitação fora das hipóteses previstas em lei (art.89 da Lei n. 8.666/1993), e a posterior realização de licitação, de forma fraudulenta, para acobertar a irregular contratação anterior (art. 90 da Lei n. 8.666/1993). Assim, não se verifica alternatividade de imputações, mas sim cumulatividade.

3. Tem-se, portanto, um encadeamento lógico de condutas, devidamente narradas, com suas circunstâncias, em observância ao regramento legal. Assim, “não pode ser acoimada de inepta a denúncia formulada em obediência aos requisitos traçados no artigo 41 do Código de Processo Penal, descrevendo perfeitamente as condutas típicas, cuja autoria é atribuída ao acusado devidamente qualificado, circunstâncias que permitem o exercício da ampla defesa no seio da persecução penal, na qual se observará o devido processo legal”. (HC 339.644/MG, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 08/03/2016, DJe 16/03/2016)

4. Recurso em *habeas corpus* improvido (RHC 62.938/PA, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 03/08/2017, DJe 16/08/2017).

Processo Penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Fraude e dispensa indevida de licitação. Trancamento da ação penal. Excepcionalidade na via do *writ*. Denúncia que preenche os requisitos do art. 41 do CPP. Carência de justa causa para a persecução penal. Revolvimento fático-probatório. Impossibilidade. Recurso não provido.

1. Nos termos do entendimento consolidado desta Corte, o trancamento da ação penal por meio do *habeas corpus* é medida excepcional, que somente deve ser adotada quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito, o que não se infere não hipótese dos autos.

2. A rejeição da denúncia e a absolvição sumária do agente, por colocarem termo à persecução penal antes mesmo da formação da culpa, exigem que o Julgador tenha convicção absoluta acerca da inexistência de justa causa para a ação penal.

3. Embora não se admita a instauração de processos temerários e levianos ou despidos de qualquer sustentáculo probatório, nessa fase processual deve ser privilegiado o princípio do *in dubio pro societate*. De igual modo, não se pode admitir que o Julgador, em juízo de admissibilidade da acusação, termine por cercear o *jus accusationis* do Estado, salvo se manifestamente demonstrada a carência de justa causa para o exercício da ação penal.

4. No caso dos autos, a pretensão do recorrente, no que se refere ao trancamento da ação penal, mostra-se incabível, já que os fatos descritos na denúncia configuram, ao menos em tese, ilícito penal. Encontram-se presentes indícios mínimos de autoria e materialidade em face das provas produzidas, com destaque ao laudo pericial, que comprova a ocorrência de superfaturamento de valores dos materiais e divergência quanto à quantidade de material que foi utilizada e à informada.

5. A denúncia deve ser analisada de acordo com os requisitos exigidos pelos arts. 41 do Código de Processo Penal e 5º, LV, da CF/1988. Portanto, a peça acusatória deve conter a exposição do fato delituoso em toda a sua essência e com todas as suas circunstâncias, de maneira a individualizar o quanto possível a conduta imputada, bem como sua tipificação, com vistas a viabilizar a persecução penal e o exercício da ampla defesa e do contraditório pelo réu.

6. Hipótese em que a inicial acusatória preenche os requisitos exigidos pelo art. 41 do CPP, porquanto descreve que a conduta atribuída ao ora recorrente, com vistas a viabilizar a persecução penal e o exercício da ampla defesa e do contraditório.

7. O reconhecimento da inexistência de justa causa para o exercício da ação penal, demanda uma análise ampla da alegação do que o recorrente não agiu com dolo, ou mesmo que não tenha se beneficiado com a dispensa da licitação, não sendo possível a estreita via do *habeas corpus*, vez que tais argumentos demandam ampla dilação probatória, exigindo profundo exame do contexto probatórios dos autos, o que é inviável na via estreita do *writ*.

8. Recurso ordinário não provido (RHC 76.832/AM, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 27/06/2017, DJe 01/08/2017).

Penal. Processual Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso especial, ordinário ou de revisão criminal. Não cabimento. Quadrilha. Corrupção passiva. Licitação. Fraude. Trancamento da ação penal. Inépcia da denúncia. Requisitos do art. 41 do CPP. Decisão que recebe a denúncia. Fundamentação. Prescindibilidade. Ausência de constrangimento ilegal.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. O trancamento da ação penal por meio do *habeas corpus* só é cabível quando houver comprovação, de plano, da ausência de justa causa, seja em

razão da atipicidade da conduta supostamente praticada pelo acusado, seja da ausência de indícios de autoria e materialidade delitivas, ou ainda da incidência de causa de extinção da punibilidade.

3. É afastada a inépcia quando a denúncia preencher os requisitos do art. 41 do CPP, com a individualização da conduta do réu, descrição dos fatos e classificação dos crimes, de forma suficiente para dar início à persecução penal na via judicial, bem como para o pleno exercício da defesa.

4. Este Superior Tribunal consolidou o entendimento de que prescinde de fundamentação o *decisum* que recebe a denúncia, especialmente antes da Lei n. 11.719/2008.

5. *Habeas corpus* não conhecido (HC 94.163/RJ, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 15/10/2015, DJe 05/11/2015).

De outra banda, não se olvida, outrossim, que este Superior Tribunal de Justiça admite a denúncia de caráter geral, quando a ação criminosa for com múltiplos agentes e condutas ou que, por sua própria natureza, deve ser praticada em concurso – como na hipótese em concreto, em que os acusados, conforme consta da inicial acusatória e o Tribunal de origem, em concurso de agentes, perpetraram crimes de homicídio duplamente qualificados e consumados (em número de onze) e na modalidade tentada (em número de três), além de torturas físicas e psicológicas.

Em tais hipóteses, não se mostra possível, de pronto, pormenorizar as ações de cada um dos envolvidos. Não se pode descuidar do fato de que da narrativa delitiva deve ser possível o exercício da ampla defesa e do contraditório, bem como lembrar que os acusados se defendem dos fatos e não da tipificação dada pelo *Parquet*, sendo reservado para a instrução criminal o detalhamento mais preciso de suas condutas, a fim de que se permita a correta e equânime aplicação da lei penal.

São os seguintes precedentes:

Processual Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Não cabimento. Inépcia da denúncia não caracterizada. Alegação de ausência de justa causa para persecução penal. Inocorrência. *Writ* não conhecido.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.

2. Esta Corte Superior pacificou o entendimento segundo o qual, em razão da excepcionalidade do trancamento da ação penal, tal medida somente se verifica

possível quando ficar demonstrado, de plano e sem necessidade de dilação probatória, a total ausência de indícios de autoria e prova da materialidade delitiva, a atipicidade da conduta ou a existência de alguma causa de extinção da punibilidade.

É certa, ainda, a possibilidade de trancamento da persecução penal nos casos em que a denúncia for inepta, não atendendo o que dispõe o art. 41 do Código de Processo Penal – CPP, o que não impede a propositura de nova ação desde que suprida a irregularidade.

3. No caso em comento, a denúncia traz a devida qualificação dos acusados, descreve de forma suficiente as condutas delituosas perpetradas pelos supostos agentes, que, em tese, configuram crimes (artigos 157, *caput*, 158, *caput*, 288, parágrafo único, 316, *caput*, c/c os artigos 29 e 69, todos do CP), e, ao revés do alegado nas razões recursais, não faz imputações genéricas, traz, outrossim, relação de testemunhas, pelo que se mostra em conformidade com o comando pertinente Estatuto Processual Penal, de modo a permitir o exercício da ampla defesa.

4. Outrossim, esta Corte Superior de Justiça admite a denúncia de caráter geral, quando for ação criminosa com múltiplos agentes e condutas (ou que), por sua própria natureza, deve ser praticadas em concurso – como na hipótese em concreto, em que os acusados, conforme consta da inicial acusatória, “se associaram para a prática de **crimes**, em especial, crimes de **concussão**, **extorsão** e **roubo**, para tanto, todos se faziam passar por Policiais Civis” –, na medida em que, em tais hipóteses, não se mostra possível, de pronto, pormenorizar as ações de cada um dos envolvidos. Não se pode descuidar do fato de que da narrativa delitiva deve ser possível o exercício da ampla defesa e do contraditório, bem como lembrar que os acusados se defendem dos fatos e não da tipificação dada pelo *Parquet*, sendo reservado para a instrução criminal o detalhamento mais preciso de suas condutas, a fim de que se permita a correta e equânime aplicação da lei penal. Precedentes.

5. Nesse contexto, não há, na hipótese, constrangimento ilegal passível de correção, não merecendo prosperar a irresignação no que se refere ao trancamento prematuro da persecução penal por inépcia da denúncia posto descritos fatos e circunstâncias necessários ao exercício do pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, sendo descabido o nível de detalhamento perseguido, por somente se mostrar viável durante a instrução processual.

Habeas corpus não conhecido (HC 131.085/CE, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe de 13.4.2018).

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Coação no curso do processo. Inépcia da denúncia. Não ocorrência. Crimes perpetrados em concurso de pessoas. Descrição suficiente ao exercício do direito de defesa.

1. De acordo com a jurisprudência desta Casa, o trancamento da ação penal é medida de exceção, sendo cabível, tão somente, quando, de forma inequívoca,

emergirem dos autos a atipicidade da conduta, a inocência do acusado ou, ainda, quando for impedida a compreensão da acusação, em flagrante prejuízo à defesa.

2. *Nos crimes perpetrados mediante concurso de pessoas, defronta-se o órgão acusatório, no momento de oferecer a denúncia, com uma pluralidade de acusados envolvidos na prática delituosa. Nessa situação, a narrativa minudente de cada uma das condutas atribuídas aos vários agentes é tarefa bastante dificultosa, muitas vezes impraticável. Nesse contexto, a jurisprudência desta Casa vem admitindo, excepcionalmente, em relação aos coautores e partícipes, possa o titular da ação penal descrever os fatos de forma geral, sem apontar, separadamente, a conduta atribuível a cada um dos acusados, tendo em vista a incapacidade de se mensurar, com precisão, em detalhes, o modo de participação de cada um dos réus na empreitada criminosa. Portanto, será válida a peça acusatória quando, a despeito de não delinear as condutas individuais dos corréus, anunciar o liame entre a atuação do denunciado e a prática delituosa, demonstrando a plausibilidade da imputação e garantindo o pleno exercício do direito de defesa. Precedentes.*

3. Na espécie, narrou o titular da ação penal pública, com arrimo nos dados coletados durante o inquérito policial, o modo de atuação dos recorrentes, anunciando, com inteligibilidade, todos os elementos do tipo penal, notadamente a grave ameaça empregada e o intuito de favorecer interesse próprio ou alheio, permitindo o contraditório e a ampla defesa. Há nos autos elementos conducentes à ocorrência dos crimes narrados na incoativa, tudo a recomendar remessa do feito à amplitude própria da instrução criminal, momento oportuno ao exame da procedência da acusação, mediante cotejo de provas.

4. Recurso ordinário a que se nega provimento (RHC 43.049/RJ, Sexta Turma, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, DJe de 04.10.2017; grifo nosso).

Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. Penal. Ausência de ilegalidade manifesta. Art. 58 da Lei das Contravenções Penais. Arts. 288 e 33 do CP. Inépcia da denúncia. Inexistência. Justa causa. Demonstração.

[...]

2. *A denúncia não é inepta, pois nela há a descrição de condutas que, em tese, enquadram-se nos tipos do art. 58 da Lei das Contravenções Penais e nos arts. 288, parágrafo único, e 333, parágrafo único, ambos do Código Penal, todos cometidos em concurso de pessoas, sendo mencionado que o paciente tinha domínio e ciência dos fatos criminosos, o que é suficiente para justificar a sua inclusão no polo passivo da ação penal.*

3. A peça acusatória demonstrou a existência de elementos probatórios mínimos a autorizar a deflagração da ação penal, consistentes na transcrição de trechos de conversas telefônicas interceptadas com autorização judicial, que demonstrariam o envolvimento do paciente nas práticas ilícitas descritas na denúncia, não procedendo a alegação de falta de justa causa.

4. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 242.129/RJ, Sexta Turma, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 06/05/2014, grifo nosso.)

Habeas corpus. Impetração originária. Substituição ao recurso especial cabível. Impossibilidade. Respeito ao sistema recursal previsto na Carta Magna. Não conhecimento. [...] Homicídio qualificado (artigo 121, § 2º, incisos III e IV, do Código Penal). Inépcia da denúncia. Delito praticado em concurso de agentes. Descrição idônea dos fatos. Ampla defesa garantida. Constrangimento ilegal não evidenciado.

1. Não pode ser acoimada de inepta a denúncia formulada em obediência aos requisitos elencados no artigo 41 do Código de Processo Penal, a qual descreve a conduta típica cuja autoria é atribuída aos pacientes devidamente qualificados e permite o exercício da ampla defesa no seio da persecução penal, na qual se observará o devido processo legal.

2. Nos delitos praticados em concurso de agentes a jurisprudência desta Corte não exige a descrição minuciosa da colaboração de cada um para o evento delituoso, bastando que seja narrado o fato principal de forma que se possibilite o exercício do direito de defesa, como ocorre na hipótese. Precedentes.

[...]

2. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 260.318/MA, Quinta Turma, Rel. Ministro Jorge Mussi, DJe 26/03/2014, grifo nosso.)

Nesse contexto, não vislumbro, no caso concreto, constrangimento ilegal passível de correção, não merecendo prosperar a irresignação no que se refere ao trancamento prematuro da ação penal por inépcia da denúncia.

Diante do exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso em *habeas corpus*.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 90.847-PI (2017/0273908-6)

Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca
Recorrente: Francisco Valdeci de Sousa Cavalcante
Advogados: Vera Carla Nelson Cruz Silveira - DF019640
Eustáquio Nunes Silveira - DF025310
Rodrigo Barros de Souza - DF050952
Recorrido: Ministério Público Federal

EMENTA

Penal e Processo Penal. Recurso em *habeas corpus*. 1. Trancamento do inquérito policial. Ausência de justa causa. 2. Irregularidades em entidade paraestatal. Inquérito requisitado pelo MPF. Ausência de atribuição. Súmula 516/STF. Imputação do art. 90 da Lei n. 8.666/1993. Não submissão do SENAC à Lei de licitações. Precedentes do STF. 3. Declínio de atribuição ao MPE. Possibilidade de outra tipificação. Art. 312 c/c o art. 327, § 1º, do CP e art. 335 do CP. Não verificação. 4. Peculato. Crime contra a administração pública. Entidade paraestatal. Patrimônio e receita próprias. Não preenchimento do tipo. 5. Fraude de concorrência. Dúvidas quanto à sua revogação pela Lei 8.666/1993. Pena máxima já prescrita. 6. Manutenção do inquérito que se revela temerária. Ausência de justa causa. 7. Possibilidade de desarquivamento. Art. 18 do CPP e Súmula 524/STF. 8. Recurso provido, para trancar o inquérito policial.

1. O trancamento da ação penal, bem como do inquérito policial, na via estreita do *habeas corpus*, somente é possível, em caráter excepcional, quando se comprovar, de plano, a inépcia da denúncia, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito.

2. A instauração do inquérito policial foi requisitada por autoridade sem atribuição, no caso o Ministério Público Federal, uma vez que o enunciado n. 516/STF dispõe que os serviços sociais autônomos estão sujeitos à jurisdição da justiça estadual. Ademais, visava apurar a prática do crime previsto no art. 90 da Lei n. 8.666/1993, apesar de as entidades paraestatais não se submeterem à referida lei de licitações, nos termos do art. 1º, *caput* e parágrafo único, da mencionada lei. Precedentes do STF.

- Na dicção da Suprema Corte de Justiça (MS 33.442-DF, Rel. Min. *Gilmar Mendes*, DJe de 03/04/2018): a) *as entidades do Sistema "S" têm natureza privada e não integram a administração pública direta ou indireta, não se submetendo à Lei 8.666/1993*; b) *as entidades do Sistema S desempenham atividades privadas de interesse coletivo, em regime de colaboração com o poder público, e possuem patrimônio e receitas próprias. São patrocinadas pelo setor produtivo beneficiado e têm*

autonomia administrativa, embora se submetam ao controle finalístico do TCU. A propósito: ADI 1.864-PR, Rel. designado Min. Joaquim Barbosa, DJ de 2/5/2008 e RE 789.874-DF, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 19/11/2014.

3. Posterior declinação de atribuição para o Ministério Público Estadual, com manutenção do inquérito para investigar possível crime de peculato (art. 312 c/c o art. 327, § 1º, do CP) ou de impedimento, perturbação ou fraude de concorrência (art. 335 do CP).

4. O art. 312 do CP se insere no capítulo dos crimes contra a Administração Pública, e as entidades paraestatais não fazem parte da Administração Pública. Ademais, o produto das contribuições, ao ingressar nos cofres dos Serviços Sociais Autônomos perde o caráter de recurso público, não havendo se falar em dinheiro público ou particular, *mas sim próprio*. Precedentes do STF.

- Nesse diapasão, *os serviços sociais autônomos do denominado sistema “S”, embora compreendidos na expressão de entidade paraestatal, são pessoas jurídicas de direito privado, definidos como entes de colaboração, mas não integrantes da Administração Pública. (...) Quando o produto das contribuições ingressa nos cofres dos Serviços Sociais Autônomos perde o caráter de recurso público. (ACO 1.953 AgR – ES, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 19/02/2014).*

5. Boa parte da doutrina entende que o art. 335 do CP foi revogado pela Lei n. 8.666/1993. Ainda que assim não seja, a pena máxima do mencionado crime já se encontra fulminada pela prescrição, o que inviabiliza o prosseguimento das investigações.

6. Embora eventual superfaturamento ou direcionamento de contratações demandem melhor esclarecimento, não podem de plano ensejar a instauração de inquérito policial requisitado por autoridade sem atribuição para investigar e para apurar crime previsto em lei à qual o recorrente não se submete. E mesmo a tentativa de redirecionar os fatos para nova tipificação penal se revelou frustrada, não sendo possível, portanto, manter em trâmite investigação por suposto crime que ainda não se conseguiu especificar.

7. Registre-se que o trancamento não impede que, diante da obtenção de outras provas, sejam realizadas novas pesquisas, nos termos do art. 18 do CPP e do enunciado n. 524/STF.

8. Recurso em *habeas corpus* provido, para trancar o inquérito policial n. 7012011, por ausência de justa causa, sem prejuízo de seu desarquivamento, nos termos do art. 18 do CPP.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presente na tribuna: Dra. Vera Carla Nelson Cruz Silveira (p/recte)

Brasília (DF), 10 de abril de 2018 (data do julgamento).

Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Relator

DJe 18.4.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca: Trata-se de recurso em *habeas corpus* interposto por *Francisco Valdeci de Sousa Cavalcante* contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Consta dos autos que o recorrente está sendo investigado pela prática, em tese, do crime previsto no art. 90 da Lei n. 8.666/1993. Irresignada, a defesa impetrou prévio *mandamus*, cuja ordem foi denegada, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fls. 608/609):

Processual Penal. Habeas corpus. Sistema "S". Crime previsto no art. 90 da Lei 8.666/1993. Competência da Justiça Federal. Interesse da União caracterizado. Trancamento do inquérito policial incabível. Ordem denegada. 1. Habeas corpus impetrado objetivando o arquivamento de inquérito instaurado por requisição do Ministério Público Federal para apurar a possível ocorrência do crime tipificado no art. 90 da Lei n. 8.666/1993 (frustrar ou fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação) em razão da alegada atipicidade da conduta, sem prejuízo do envio dos autos para a justiça estadual. 2. É patente o interesse da União na apuração dos crimes que envolvam o emprego

dos recursos oriundos das contribuições sociais na consecução das finalidades públicas a que se encontram submetidas as entidades integrantes do "Sistema S". 3. O Supremo Tribunal Federal, acompanhando o voto do Relator Ministro Carlos Velloso, no julgamento do conhecido Recurso Extraordinário 138.284-CE - verdadeiro *leading case* em matéria de classificação das espécies tributárias - firmou a compreensão de que as contribuições sociais se subdividem em: (i) contribuições de seguridade social (CF art. 195, I, II, III); (ii) outras contribuições de seguridade social (CF art. 195, § 40); (iii) contribuições sociais gerais (abrangendo o FGTS, o salário-educação, e as contribuições para o SESI, SENAI e SENAC, CF art. 240); (iv) contribuições especiais de intervenção no domínio econômico (CF art. 149) e as contribuições corporativas (CF art. 149) (STF, RE 138.284, Relator Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 01/07/1992, DJ 28/08/1992 pp-13.456 Ement vol-01672-03 pp-00437 RTJ vol-00143-01 pp-00313). 4. Não há como se afastar a realidade de que o SENAC, além de atuar em todas as unidades da federação, desempenha finalidade pública e, para tanto, lança mão de contribuições sociais arrecadadas pela União e submetidas ao cumprimento de finalidade constitucional específica, qual seja, a de oferecer, em larga escala, educação profissional destinada à formação e à preparação de trabalhadores para o comércio (Decreto-Lei 8.621/1964). 5. Não se reveste de consistência a argumentação de que a natureza da pessoa jurídica que administra o dinheiro público afastaria a competência da justiça federal no âmbito criminal. Na esfera penal o que importa é o recebimento da verba pública - submetido à prestação de contas perante o TCU - e seu regular emprego sem desvios que possam evidenciar ilícito. Caracterizada a competência da justiça federal. 6. Quanto ao pedido de trancamento do inquérito policial, ainda que se afigure plausível a tese de que o SENAC não se subordina às disposições da Lei n. 8.666/1993, tal fato não justifica, só por si, o pretendido trancamento, uma vez que a capitulação delitiva nele levada a efeito, notadamente em sua fase inicial, é meramente provisória, sendo passível de alteração. 7. O fato de as entidades integrantes do "Sistema S" não se submeterem à regra do concurso público nem à observância estrita da Lei 8.666/1993 não tem aptidão para afastar a possibilidade de seus dirigentes serem investigados por delitos de competência da justiça federal que envolvam, especificamente, o regular emprego dos recursos oriundos das contribuições sociais destinadas às referidas entidades e submetidos à prestação de contas perante o TCU. 8. Em suas informações a autoridade impetrada menciona expressamente a possível prática dos delitos tipificados nos arts. 312 c/c 327, § 1º e 335, todos do Código Penal, evidenciando que, ao se desfiar o novelo dos fatos, o inquérito deixou de se restringir ao seu mote inicial, qual seja, a apuração do crime previsto no art. 90 da Lei n. 8.666/1993. 9. Ordem de *habeas corpus* denegada.

No presente recurso, aduz o recorrente, em síntese, que a conduta é atípica, uma vez que os entes do chamado sistema "S" não se submetem ao regramento

da Lei n. 8.666/1993. Afirma, outrossim, que igualmente não há se falar em possível prática dos crimes descritos nos arts. 312 c/c o art. 327, § 1º, e 335, ambos do Código Penal, uma vez que o recorrente não é funcionário público e o SENAC não integra a Administração Pública.

Pugna, assim, pelo arquivamento do inquérito policial.

O Ministério Público Federal manifestou-se, às e-STJ fls. 665/674, pelo improvimento do recurso, nos seguintes termos:

Recurso ordinário em habeas corpus. Inquérito policial instaurado com vistas à apuração de suposto cometimento de crime de fraude em licitação (art. 90 da Lei 8.666/1993). Pleito de trancamento do procedimento inquisitivo, sob alegativa de atipicidade dos fatos tidos por delituosos. Descabimento. Não se acham demonstrados, de plano, a atipicidade da ação do recorrente-paciente, nem que não estão presentes indícios de autoria e provas da materialidade da infração. Inquérito policial lastreado, primordialmente, em minuciosa apuração realizada pela Controladoria-Geral da União, que, após auditoria na sede do Departamento Regional do Senac – Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial –, aponta a existência de fraudes envolvendo processos licitatórios. Temerário trancamento do feito investigativo. A indicação do tipo penal supostamente violado em sede de inquérito não vincula o órgão de acusação quando do oferecimento da denúncia, nem, tampouco, o juiz sentenciante, pois o réu se defende dos fatos e, não, da adequação da conduta, em tese, típica. As entidades paraestatais integrantes do Sistema “S”, por arrecadarem e gerenciarem recursos públicos de natureza parafiscal, estão sujeitas à fiscalização do TCU. Parecer pelo conhecimento e pelo improvimento do recurso, presente a justa causa para o prosseguimento da investigação criminal.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca (Relator): Como é cediço, o trancamento da ação penal, bem como do inquérito policial, na via estreita do *habeas corpus*, somente é possível, em caráter excepcional, quando se comprovar, de plano, a inépcia da denúncia, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça entendem que “o trancamento de inquérito policial ou de ação penal em sede de *habeas corpus* é medida excepcional, só admitida quando restar

provada, inequivocamente, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático-probatório, a atipicidade da conduta, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade, ou, ainda, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito” (RHC n. 43.659/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 04/12/2014, DJe 15/12/2014).

Não se admite, por essa razão, na maior parte das vezes, a apreciação de alegações fundadas na ausência de dolo na conduta do agente ou de inexistência de indícios de autoria e materialidade em sede mandamental, pois tais constatações dependem, via de regra, da análise pormenorizada dos fatos, ensejando revolvimento de provas incompatível, como referido alhures, com o rito sumário do *mandamus*.

No caso dos autos, o inquérito policial foi instaurado, a requerimento do Ministério Público Federal, em virtude dos seguintes fatos (e-STJ fl. 561):

Segundo o Relatório de Auditoria da CGU/PI, que justificou a requisição de instauração de inquérito policial, o SENAC/PI realizou procedimentos licitatórios para execução de obras e aquisições durante os anos de 2006 a 2010 com indícios de irregularidades consistentes no superfaturamento e no sobrepreço dos valores licitados, bem assim com indicativos de conluio entre as empresas participantes dos procedimentos, dentre outras constatações.

No curso das investigações, foram elaborados os Laudos Periciais n. 428/2015-SETEC/SR/DPF/PI (fls. 179/245 dos autos do IPL 701/2011) e 004/2016-SETEC/SR/DPF/PI (fls. 250/268 dos autos do IPL 701/2011).

O primeiro deles (Laudo 428/2015), relacionado aos exames de 08 (oito) certames que tinham por objeto a construção, reforma ou adaptação de unidades do Sesc/Senac nas cidades de Teresina, Picos, Floriano e Parnaíba, atestou a existência de superfaturamento na ordem de três milhões e meio de reais (fls. 215/216) em pelo menos 3 (três) certames (Concorrências 05/2007, 01/2008 e Carta-convite 12/2010), totalizando o sobrepreço de 27,95%, 12,77% e 11,68%, respectivamente.

Esse mesmo laudo revelou a concentração de contratações a um restrito grupo de empresas, haja vista que apenas dois licitantes venceram todos dos certames inspecionados durante o período de quatro anos. Os contratos analisados totalizaram a cifra de R\$ 11.181.753.74 (onze milhões, cento e oitenta e um mil, setecentos e cinquenta e três reais e setenta e quatro centavos).

Por sua vez, o Laudo 004/2016 evidenciou o superfaturamento de 04 contratos destinados ao fornecimento de mobiliário para as unidades do Senac/PI, além do direcionamento dos certames a determinadas empresas, mediante a estipulação da exigência de “Certificação ISO 9000” (fl. 266).

Diante dos fatos apurados, a autoridade policial determinou o comparecimento do paciente para prestar declarações. Cumprida a diligência em 22/03/2016, o termo foi acostado às fls. 274/275 dos autos do referido feito.

Como visto, o apuratório encontra-se em fase de instrução, com a realização de perícias pela SR/DPF/PI (fls. 179/245).

Os fundamentos que determinaram a instauração do citado inquérito policial foram a expressiva relevância das constatações da Controladoria-Geral da União que demonstraram a existência de fraudes envolvendo licitações do Senac/PI, com indícios de superfaturamento de obras e aquisições, restrição do caráter competitivo e conluio entre os licitantes, a indicar a possível perpetração dos delitos do art. 312 c/c art. 327, § 1º e art. 335 do Código Penal.

Ainda não foi juntado aos autos documentação que comprove a origem dos recursos despendidos nessas contratações, vez que a própria CGU, quando do seu levantamento, apontou que não foram mencionados nos contratos a referida origem.

A Corte local, por seu turno, entendeu não ser o caso de trancar o inquérito policial, sob o fundamento de que, “ainda que se reconheça a procedência da tese de que o SENAC não se encontra subordinado aos termos da Lei n. 8.666/1993, tal fato não justifica, só por si, o pretendido trancamento do inquérito policial, porquanto a capitulação delitiva nele levada a efeito, notadamente em sua fase inicial, isto é, no ato da instauração, é meramente provisória, passível, portanto, de alteração” (e-STJ fl. 573).

Assentou, outrossim, que (e-STJ fl. 573):

Se no âmbito da própria ação penal se permite a utilização do instituto da *emendatio libelli* e da *mutatio libelli*, a partir da verificação de que os fatos apurados se subsumem a tipos distintos dos que contidos na denúncia, ou de que os fatos típicos apurados são diferentes daqueles descritos na peça acusatória, muito mais possível é a adoção de diretriz equivalente na fase inquisitorial, na qual ditos fatos são ainda objeto de apuração.

Ora, o inquérito policial substancia procedimento de natureza administrativa, inquisitório, voltado à apuração do eventual cometimento de crimes e de sua respectiva autoria, inexistindo obrigatoriedade de que sua conclusão se vincule estritamente à capitulação do delito que ensejou sua instauração.

Observe-se, nesse sentido, que, em suas informações a autoridade impetrada menciona expressamente a possível prática dos delitos tipificados nos arts. 312, c/c 327, § 1º e 335, todos do CP (cf. fls. 393), evidenciando que, ao se desfiar o novelo dos fatos, o inquérito deixou de se restringir ao seu mote inicial, qual seja, a apuração do crime previsto no art. 90 da Lei n. 8.666/1993.

Consignou, ademais, que “o fato de as entidades integrantes do Sistema ‘S’ não se submeterem à regra do concurso público, nem à observância estrita da Lei 8.666/1993, não tem, seguramente, aptidão para afastar a possibilidade de seus dirigentes serem investigados por delitos, (...), que envolvam, especificamente, o regular emprego dos recursos oriundos das contribuições sociais destinadas às referidas entidades e submetidos à prestação de contas perante o TCU” (e-STJ fl. 577).

Registrou, ainda, que (e-STJ fl. 577):

Por outro lado, mesmo não se encontrando submetidas aos ditames da Lei 8.666/1993, há decisões da Corte de Contas que se orientam no sentido de que as entidades do “Sistema S” devem obedecer aos princípios gerais que norteiam as licitações, a saber, a legalidade, a moralidade, a impessoalidade, a publicidade, a eficiência, dentre outros, vez que cada uma delas possui regulamento próprio de licitação e contratos e, por isso, devem seguir a lei de licitações somente na parte em que o aludido regulamento for omissivo.

Observa-se, portanto, que o inquérito policial foi instaurado para apurar a prática, em tese, do crime descrito no art. 90 da Lei n. 8.666/1993, perante a Justiça Federal. Posteriormente, aventou-se a possibilidade de prática dos delitos previstos nos arts. 312, c/c o art. 327, § 1º, e 335 do Código Penal, a fim de manter a investigação, a qual passou a tramitar perante a Justiça Estadual.

Dessa forma, verifico, de pronto, que a instauração do inquérito policial foi requisitada por autoridade sem atribuição, no caso o Ministério Público Federal, e para apurar a prática de crime previsto em lei à qual não se submetem as entidades paraestatais, qual seja, a Lei n. 8.666/1993 (e-STJ fl. 34).

Por oportuno, trago à colação notícia da página eletrônica do Supremo Tribunal Federal, sobre recente julgado daquela Corte que anulou decisão do Tribunal de Contas da União, que determinou às entidades do Sistema “S” a inclusão, em seus editais de licitação, de regras previstas na Lei 8.666/1993, cujas normas se referem às licitações e contratos da Administração Pública:

O ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal (STF), anulou decisão do Tribunal de Contas da União (TCU) que determinava ao Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (Senac) a inclusão, em seus editais de licitação, de regras previstas na Lei 8.666/1993, que trata de normas para licitações e contratos da administração pública. A decisão foi tomada no Mandado de Segurança (MS) 33.224, impetrado pelo Senac. Segundo o relator, o STF firmou orientação no sentido de que as entidades do Sistema “S” têm natureza privada e não integram a administração pública direta ou indireta, não se submetendo à Lei 8.666/1993.

O ministro Gilmar Mendes apontou ainda que, ao apreciar o Recurso Extraordinário (RE) 789.874, com repercussão geral, o Supremo fixou o entendimento no sentido de que os serviços sociais autônomos possuem natureza jurídica de direito privado e não estão sujeitos à regra do artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, que exige a realização de concurso público para contratação de pessoal. *“Na oportunidade, ressaltou-se que as entidades do Sistema S desempenham atividades privadas de interesse coletivo, em regime de colaboração com o poder público, e possuem patrimônio e receitas próprias”, assinalou, lembrando que essas entidades são patrocinadas pelo setor produtivo beneficiado e têm autonomia administrativa, embora se submetam ao controle finalístico do TCU.*

A decisão do TCU determinou à entidade que incluísse em seus editais de licitação o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e custos unitários e critério de aceitabilidade dos preços unitários. De acordo com o relator, no entanto, o Senac possui regulamento próprio sobre licitações (Resolução 25/2012), no qual não constam tais exigências. O ministro frisou que o fato de a entidade não anexar ao edital tais orçamentos tem possibilitado contratações mais vantajosas, atendendo dessa forma aos princípios da isonomia e da seleção da melhor proposta.

O ato do TCU já estava suspenso por decisão liminar deferida pelo relator em março de 2015. Agora, ao julgar o mérito, o ministro concedeu o mandado de segurança impetrado pelo Senac.

Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374450>>. Acesso em: 6 de Abr. de 2017.

Nesse contexto, não há dúvidas de que não poderia ter sido instaurado inquérito policial para apurar delito previsto em lei à qual mencionada entidade não se encontra submetida. De fato, o art. 1º, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 8.666/1993, é claro ao estabelecer o âmbito de aplicação legal.

Da mesma forma, no que concerne à falta de atribuição do Ministério Público Federal, tem-se o enunciado sumular n. 516 do Supremo Tribunal Federal, o qual dispõe que “o Serviço Social da Indústria (SESI) está sujeito à jurisdição da Justiça estadual”, assim como os demais serviços sociais autônomos do denominado sistema “S”.

Certo é que existem entendimentos dissonantes no que concerne à aplicação do mencionado verbete, uma vez que este é anterior à Constituição Federal de 1988. Há, inclusive, precedentes do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de reconhecer a competência da Justiça Federal, com fundamento no enunciado n. 208 da Súmula desta Corte.

Ao ensejo:

Conflito de competência. Justiça Estadual e Justiça Federal. Crime de peculato e apropriação indébita praticado em detrimento do Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial - SENAC. Entidade paraestatal sujeita ao controle do Tribunal de Contas da União. Aplicação da Súmula 208 deste Sodalício. Competência da Justiça Federal.

1. O Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial - SENAC, por ser entidade paraestatal com atuação em todo território nacional, está sujeita ao controle e fiscalização pelo Tribunal de Contas da União. 2. Aplicação do Verbete Sumular n. 208 desta Corte, que enuncia ser competência da Justiça Federal a instrução e julgamento de ilícitos praticados por Prefeitos Municipais em detrimento de verbas sujeitas prestação de contas perante órgão federal. 3. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo da 3ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária de Porto Alegre/RS. (CC 66.354/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, julgado em 28/02/2007, DJ 26/03/2007, p. 201)

No mesmo sentido são as decisões monocráticas proferidas nos Conflitos de Competência n. 118.485, de Relatoria do Ministro Gilson Dipp, publicada em 10/4/2012, e n. 111.649, de Relatoria do Ministro Nefi Cordeiro, publicada em 2/9/2014.

Nada obstante, no Supremo Tribunal Federal, permanece o entendimento estampado no enunciado sumular n. 516 daquela Corte, conforme se verifica do seguinte precedente:

Conflito negativo de atribuições. Ministério Público Federal e Ministério Público Estadual. Suposta irregularidade na aplicação de recursos por ente sindical e serviço social autônomo. Incompetência da Justiça Federal. Competência do Supremo Tribunal Federal para dirimir o conflito. Súmula 516 do STF. Atribuição do Ministério Público do Estado do Espírito Santo.

I - O SENAI, a exemplo do Serviço Social da Indústria - SESI, está sujeito à jurisdição da Justiça estadual, nos termos da Súmula 516 do Supremo Tribunal Federal. Os serviços sociais autônomos do denominado sistema "S", embora compreendidos na expressão de entidade paraestatal, são pessoas jurídicas de direito privado, definidos como entes de colaboração, mas não integrantes da Administração Pública. II - Quando o produto das contribuições ingressa nos cofres dos Serviços Sociais Autônomos perde o caráter de recurso público. Precedentes. III - Seja em razão da pessoa, seja em razão da natureza dos recursos objeto dos autos, não se tem por justificada a atuação do Ministério Público Federal, posto que não se vislumbra na hipótese a incidência do art. 109 da Constituição Federal. IV - Agravo regimental a que se nega provimento. (ACO 1.953 AgR, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/2013, Acórdão Eletrônico DJe-034 divulgado 18/02/2014 public 19/02/2014)

Nesse contexto, o próprio Ministério Público Federal declinou da sua atribuição, considerando que, “em que pesem as conclusões das auditorias, em especial da CGU, a atribuição para providências relativas aos fatos é do Ministério Público Estadual”. Consignou, outrossim, que (e-STJ fl. 526):

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, julgando conflito negativo de atribuição entre o Ministério Público Federal e o Ministério Público Estadual, definiu essa atribuição. Em decisão do Ministro Eros Grau do ano de 2009, que acatou integralmente a fundamentação expendida no feito pelo Procurador-Geral da República (ressalte-se), consolidou-se o entendimento de que as providências quanto a atos de improbidade administrativa - sejam lesivos ao patrimônio sejam lesivos à moralidade na gestão - relativos às entidades do denominado “Sistema S” (SESI, SENAI; SESC, SEBRAE, SESCOOP) são de atribuição do Ministério Público Estadual.

Superada a questão relativa à atribuição e à impossibilidade de aplicação da Lei n. 8.666/1993, deve se aferir se ainda persistem elementos outros que justifiquem a manutenção do inquérito policial.

O SENAC é entidade paraestatal, com natureza jurídica de direito privado, cujas receitas são oriundas de contribuições parafiscais instituídas e arrecadadas pela União, o que implica a subordinação dessa entidade ao controle e fiscalização do Tribunal de Contas da União. Assim, embora estejam submetidas a regime de direito privado, sobre elas também incidem normas de direito público.

Dessa forma, a investigação foi iniciada em virtude de indícios de superfaturamento e de direcionamento indevido nas contratações realizadas pela mencionada instituição, constatadas em relatório de auditoria da Controladoria Geral da União.

Relevante registrar, no ponto, conforme noticiado pelo recorrente, que foi deferido efeito suspensivo, determinando-se a suspensão dos acórdãos proferidos pela 2ª Câmara do Tribunal de Contas da União, em desfavor do recorrente, sob o fundamento de, aparentemente, terem sido extrapolados os limites do controle finalístico daquela Corte.

Contudo, como é de conhecimento há independência entre as esferas penal e cível, motivo pelo qual eventual impossibilidade de aferição de irregularidades na esfera cível ou administrativa não retira o poder investigatório sobre a prática, em tese, de crime.

Reitero que o inquérito policial foi instaurado para investigar a suposta prática do crime do art. 90 da Lei n. 8.666/1993, o qual não pode ser imputado ao recorrente, uma vez que o SENAC não se submete à mencionada lei.

Considerou-se, então, a possibilidade de se investigar a prática do crime de peculato, o qual poderia sim, em tese, ser praticado pelo recorrente, uma vez que o art. 327, § 1º, do Código Penal equipara “a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função *em entidade paraestatal*”.

Contudo, o art. 312 do Código Penal se insere no capítulo dos crimes contra a Administração Pública, e as entidades paraestatais não fazem parte da Administração Pública. Ademais, o produto das contribuições, ao ingressar nos cofres dos Serviços Sociais Autônomos perde o caráter de recurso público, não havendo se falar em dinheiro público ou particular, *mas sim próprio*.

Por oportuno:

Administrativo e Constitucional. Serviços sociais autônomos vinculados a entidades sindicais. Sistema “S”. Autonomia administrativa. Recrutamento de pessoal. Regime jurídico definido na legislação instituidora. Serviço social do transporte. Não submissão ao princípio do concurso público (art. 37, II, da CF). 1. Os serviços sociais autônomos integrantes do denominado Sistema “S”, vinculados a entidades patronais de grau superior e patrocinados basicamente por recursos recolhidos do próprio setor produtivo beneficiado, ostentam natureza de pessoa jurídica de direito privado e não integram a Administração Pública, embora colaborem com ela na execução de atividades de relevante significado social. Tanto a Constituição Federal de 1988, como a correspondente legislação de regência (como a Lei 8.706/1993, que criou o Serviço Social do Trabalho – SEST) asseguram autonomia administrativa a essas entidades, sujeitas, formalmente, apenas ao controle finalístico, pelo Tribunal de Contas, da aplicação dos recursos recebidos. Presentes essas características, não estão submetidas à exigência de concurso público para a contratação de pessoal, nos moldes do art. 37, II, da Constituição Federal. Precedente: ADI 1.864, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 2/5/2008. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (RE 789.874, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2014, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-227 divulg 18/11/2014 public 19/11/2014)

Por fim, no que concerne à tipificação do art. 335 do Código Penal, tem-se, em um primeiro momento, que boa parte da doutrina entende que mencionada norma foi revogada pela Lei n. 8.666/1993, que passou a tratar de forma mais específica do crime de impedimento, perturbação ou fraude de concorrência. Lado outro, considerando-se que mencionada lei não se aplica às entidades

paraestatais, as quais são expressamente citadas no art. 335 do Código Penal, é possível considerar que referida norma não foi revogada por completo.

Entretanto, observo que a pena máxima prevista no preceito secundário da referida norma é de 2 (dois) anos de detenção, a qual prescreve, portanto, em 4 (quatro) anos, nos termos do art. 109, inciso V, do Código Penal. Dessa forma, considerando-se que os fatos sob investigação se referem ao período entre os anos de 2006 e 2010, tem-se o decurso de mais de 8 (oito) anos, sem que tenha sido apresentada denúncia contra o recorrente.

Esclareço, no ponto, que não incide na hipótese a vedação do art. 110, § 1º, parte final, do Código Penal, inserida pela Lei n. 12.234/2010, uma vez que a impossibilidade de o termo inicial da prescrição ser anterior à denúncia ou queixa se refere apenas à prescrição retroativa com base na pena em concreto. Na hipótese, verifica-se eventual prescrição com base na pena máxima em abstrato.

Nesse encadeamento de ideias, verifico que, embora eventual superfaturamento ou direcionamento de contratações demandem melhor esclarecimento, não podem de plano ensejar a instauração de inquérito policial requisitado por autoridade sem atribuição para investigar e para apurar crime previsto em lei à qual o recorrente não se submete. E mesmo a tentativa de redirecionar os fatos para nova tipificação penal se revelou frustrada, não sendo possível, portanto, manter em trâmite investigação por suposto crime que ainda não se conseguiu especificar.

Como é de conhecimento, não apenas o processo penal, mas igualmente o inquérito policial, devem ser embasados em indícios mínimos de que foi cometido um crime e de que a pessoa investigada pode ter contribuído para o fato típico. Necessário, portanto, que existam elementos mínimos que preservem o direito do acusado ou do investigado de conhecer o conteúdo da imputação contra si.

Dessa forma, tendo o inquérito sido instaurado para apurar crime da lei de licitações, à qual o recorrente não se submete, e, posteriormente, justificada sua manutenção em virtude de crime cuja tipicidade não é preenchida na hipótese (art. 312 do CP) ou cuja pena máxima já se encontra fulminada pela prescrição (art. 335 do CP), manifesta a ausência de justa causa na manutenção do inquérito policial que ora se pretende o trancamento.

Por fim, registro que o trancamento não impede que, diante da obtenção de outras provas, sejam realizadas novas pesquisas, nos termos do art. 18 do Código de Processo Penal e do enunciado n. 524 do Supremo Tribunal Federal.

Ao ensejo:

Processual Penal. Habeas corpus. Substitutivo de recurso especial. Não cabimento. Inquérito policial. Desarquivamento. Suposta afronta ao art. 18 do CPP e Súmula 524 do STF. Não configuração. Novas provas produzidas durante a instrução do feito que tramitou contra corréus. Violação ao sistema acusatório. Limites de atuação do assistente da acusação. Art. 271. Rol não taxativo. Ato judicial em atendimento a solicitação do MP. Pedido de desarquivamento apresentado pelo Parquet. Regularidade. Habeas corpus não conhecido. I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, sedimentou orientação no sentido de não admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício. II - Após o arquivamento do inquérito policial, por ordem da autoridade judiciária e a requerimento do Ministério Público, posterior retomada da persecução estatal, seja pelo desarquivamento do inquérito policial, seja pelo oferecimento de denúncia, fica condicionada à existência de novas provas. III - Para o caso de reabertura das investigações policiais, o art. 18 do CPP prevê que “Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia”. Por sua vez, a Súmula 524/STF condiciona o oferecimento da denúncia à efetiva existência de nova prova. IV - No caso dos autos, durante a instrução da ação penal que tramitou em desfavor dos corréus, foram produzidas novas provas acerca da suposta participação do paciente no esquema de subtração de compostos metálicos da empresa onde trabalhava, suficientes para o desarquivamento do inquérito e imediato oferecimento de denúncia. V - Na linha do recente posicionamento desta Corte, “não obstante a existência de posicionamentos, no âmbito doutrinário e jurisprudencial, que questionam a própria constitucionalidade da assistência à acusação, o Supremo Tribunal Federal reconhece a higidez do instituto processual, inclusive com amplo alcance, admitindo sua projeção não somente para as hipóteses de mera suplementação da atividade acusatória do órgão ministerial, como pacificamente aceito pelos Tribunais em casos de inércia do *Parquet*, mas também para seguir o assistente da acusação atuando no processo em fase recursal, mesmo em contrariedade à manifestação expressa do Ministério Público quanto à sua conformação com a sentença absolutória (RMS 43.227/PE, Quinta Turma, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe 7/12/2015). VI - Não há qualquer afronta ao sistema acusatório, quando o d. Juízo de 1º Grau, após manifestação do Assistente da Acusação, abre vistas dos autos para o *Parquet*, a fim de se manifestar acerca das novas provas produzidas na instrução, que em tese configurariam indícios de autoria aptos a determinar o desarquivamento do inquérito policial e recebimento da denúncia em desfavor do paciente, o que de fato ocorre, após devida atuação daquele órgão. *Habeas*

corpus não conhecido. (HC 400.465/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 28/11/2017, DJe 07/12/2017)

Ante o exposto, *dou provimento* ao recurso em *habeas corpus*, para trancar o inquérito policial n. 7012011, por ausência de justa causa, sem prejuízo de seu desarquivamento, nos termos do art. 18 do Código de Processo Penal.

É como voto.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 93.090-PR (2017/0329017-9)

Relator: Ministro Felix Fischer

Recorrente: Wilson Carlos Cordeiro da Silva Carvalho (Preso)

Advogados: Diego Fernandes do Valle - RJ185642

Pedro de Albuquerque e Sá - RJ185608

Recorrido: Ministério Público Federal

EMENTA

Processual Penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Prisão preventiva. Alegação de inidoneidade da fundamentação do decreto prisional. Segregação cautelar fundamentada na garantia da ordem pública e na instrução processual. Medidas cautelares diversas da prisão. Impossibilidade. Recurso não provido.

I - A prisão cautelar deve ser considerada exceção, e só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, *ex vi* do artigo 312 do Código de Processo Penal. A prisão preventiva, enquanto medida de natureza cautelar, não pode ser utilizada como instrumento de punição antecipada do indiciado ou do réu.

II - *A concreta gravidade das condutas atribuídas ao recorrente e o justificado receio de reiteração criminosa, aliado à real possibilidade de se prejudicar a escorreita produção de prova, eis que responde a outros*

processos, revestem-se de idoneidade para justificar a segregação cautelar (Precedentes).

III - Não se faz viável a substituição da custódia por medidas cautelares diversas da prisão, em razão dos múltiplos riscos à ordem pública, à instrução e à aplicação da lei penal.

Recurso ordinário *desprovido*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentou oralmente: Dr. Pedro de Albuquerque e Sá (p/recte)

Brasília (DF), 13 de março de 2018 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJe 21.3.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de *Recurso Ordinário em Habeas Corpus*, interposto por **Wilson Carlos Cordeiro da Silva Carvalho**, em face da denegação da ordem anteriormente pleiteada junto à 8ª Turma do eg. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, nos autos 5053266-66.2017.4.04.0000/PR.

Vê-se do procedimento que o recorrente foi processado, e *condenado*, em 13 de junho de 2017, pelo Juízo da 13ª Vara Criminal Federal de Curitiba/PR, *pelos delitos insertos nos artigos 317, § 1º do Estatuto Repressivo (Corrupção passiva) e pelo artigo 1º, § 4º, da Lei 9.613/1998 (Lavagem de capitais)*, à pena de 10 (dez) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, uma vez que foi apontado como *integrante de um grande esquema de corrupção e lavagem de dinheiro, consistentes no pagamento de vantagem indevida ao então Governador do Estado do Rio de Janeiro (Sérgio Cabral), em decorrência do contrato celebrado entre a Andrade Gutierrez e a Petrobrás, para obras de terraplanagem no Complexo Petroquímico do Rio de Janeiro/COMPERJ*.

Quando da prolação da sentença condenatória, o *Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR* negou o direito de recorrer em liberdade e manteve a prisão preventiva anteriormente decretada em 21 de novembro de 2016 (prisão temporária convertida em preventiva). Na oportunidade, reiterou-se no referido *decisum* os mesmos fundamentos da decisão cautelar (autos n. 5056390-43.2016.4.04.7000/PR - *risco à ordem pública e à instrução criminal*) e destacou-se, ainda, a necessidade de se prevenir o envolvimento dos condenados em outros esquemas delituosos, além de evitar o recebimento do saldo da propina em acertos de corrupção, visando impedir ou dificultar novas condutas de ocultação e dissimulação do produto do crime.

Inconformada, a defesa impetrou *Habeas Corpus* perante o eg. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que, à unanimidade de votos, denegou a ordem, cuja ementa a seguir transcrevo (fls. 243/244):

“Operação Lava-Jato”. *Habeas corpus*. Código de Processo Penal. Prisão preventiva. Materialidade e indícios de autoria. Presença dos requisitos. Corrupção. Cartel de licitações. Sociedade de economia mista. Lavagem de dinheiro. Complexo envolvimento do criminoso. Novos paradigmas. Prolação de sentença condenatória. Manutenção dos pressupostos e requisitos. Cognição exauriente.

1. A prisão provisória é medida rigorosa que, no entanto, se justifica nas hipóteses em que presente a necessidade, real e concreta, para tanto.

2. Para a decretação da prisão preventiva é imprescindível a presença do *fumus commissi delicti*, ou seja, prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, bem como do *periculum libertatis*, risco à ordem pública, à instrução ou à aplicação da lei penal.

3. A complexidade e as dimensões das investigações relacionadas com a denominada “Operação Lava-Jato”, os reflexos extremamente nocivos decorrentes da infiltração de grande grupo criminoso em sociedade de economia mista federal, bem como o desvio de quantias nunca antes percebidas, revela a necessidade de releitura da jurisprudência até então intocada, de modo a estabelecer novos parâmetros interpretativos para a prisão preventiva, adequados às circunstâncias do caso e ao meio social contemporâneo aos fatos.

4. Em grupo criminoso complexo e de grandes dimensões, a prisão cautelar deve ser reservada aos investigados que, pelos indícios colhidos, possuem o domínio do fato, como os representantes das empresas envolvidas no esquema de cartelização, ou que exercem papel importante na engrenagem criminosa.

5. Havendo prova e conclusão a respeito da responsabilidade criminal do paciente com a prolação de sentença penal condenatória, justifica-se a decretação da prisão preventiva, para a garantia da ordem pública para assegurar a aplicação da lei penal.

6. À luz do art. 387, parágrafo único do CP, via de regra, é garantido ao réu o direito de recorrer em liberdade, sendo lícita, contudo, a manutenção ou decretação da prisão processual, caso presentes os requisitos previstos no art. 312 do CPP (HC 114.323, Luiz Fux, STF).

7. A presunção de inocência não é absoluta e perde força no decorrer do processo, pelo menos após condenação, ainda que de primeira instância (HC 114.688, Luiz Fux, STF), sobretudo por se tratar de decisão fundada em cognição exauriente.

8. Se é admissível a prisão cautelar já na fase de inquérito policial ou no início do processo, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, com mais razão deve-se aceitá-la após longa instrução e condenação, ainda que pendente de apreciação recurso de apelação.

9. Hipótese em que não amenizados os requisitos da prisão preventiva antes decretada, consistentes na garantia à ordem pública e à instrução criminal, deve ser mantida a segregação do paciente.

10. Ordem de habeas corpus denegada.

No presente recurso, sustenta o Impetrante a ilegalidade da prisão cautelar, por ausência dos requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, aduzindo, em síntese: (a) Que as circunstâncias pessoais do paciente já não seriam as mesmas, pois não mais ocupa o cargo de Secretário de Estado, estancando-se a possibilidade de reiteração delitiva, em razão do afastamento das respectivas funções; (b) Que não resta vulnerada a ordem pública, mormente pelo fato de já ter sido prolatada sentença condenatória, ao passo em que, em liberdade, não apresentaria qualquer risco à sociedade; (c) No que se refere à garantia da aplicação da lei penal, não se baseou o acórdão objurgado em dados empíricos e aptos a demonstrar a que ponto a soltura do recorrente se converteria em eventual óbice ao cumprimento do comando normativo; (d) Que a sentença penal condenatória em desfavor do recorrente não potencializaria a manutenção da prisão preventiva, principalmente quando ainda não acobertada pelo manto da coisa julgada; (e) Que há excesso de prazo na “formação da culpa” (fls. 264), pois a restrição de liberdade se arrasta ao longo de mais de 11 (onze) meses, sendo irrelevante a existência de sentença condenatória, configurando clara e indevida antecipação da pena; (f) Que há outras medidas cautelares menos gravosas e aptas a resguardar a produção de provas.

Por fim, requer o provimento da presente irresignação, para que seja reformado o acórdão recorrido e revogada a prisão preventiva imposta ao recorrente. Alternativamente, postula pela substituição da custódia por medidas cautelares diversas do cárcere, nos termos do art. 319 do Código de Processo Penal.

Às fls. 490/491, o recurso foi admitido pela Corte de Origem.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal pugnou pelo conhecimento, todavia, pelo não provimento do recurso (fls. 506/518).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Trata-se de *Recurso Ordinário em Habeas Corpus*, interposto por **Wilson Carlos Cordeiro da Silva Carvalho**, em que se alega a existência de constrangimento ilegal decorrente da decretação de sua prisão preventiva, em descompasso com os pressupostos e fundamentos exigidos pelo ordenamento jurídico.

Inicialmente, de acordo com o art. 312 do Código de Processo Penal, para a decretação da prisão preventiva, é imprescindível a demonstração da *prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria*.

Pois bem. Compulsando as informações colacionadas ao procedimento, pode-se extrair que foram imputados aos acusados *Adriana Ancelmo, Carlos Carvalho Miranda, Sérgio Cabral e ao recorrente Wilson Carlos Cordeiro da Silva Carvalho, os crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro, juntamente, nesse último fato, com a acusada e esposa do recorrente Mônica Araújo Macedo Carvalho.*

Relata-se que a empreiteira Andrade Gutierrez teria acertado o pagamento de vantagem indevida ao então Governador Sérgio Cabral, envolvendo todo grande contrato avençado pela empresa no Estado do Rio de Janeiro, sendo que, no caso em mesa, os fatos se direcionam especificamente às propinas pagas no âmbito do contrato de terraplanagem do Complexo Petroquímico do Rio de Janeiro, celebrado entre o Consórcio Terraplanagem/COMPERJ e a Petrobrás, em 28/03/2008, cujo o valor original de R\$ 819.800.000,00, sofreu cinco aditivos, os quais levaram ao incremento da quantia ao patamar de R\$ 1.179.845.319,30 (fl. 229).

O negócio jurídico teria sido firmado pela Andrade Gutierrez, no âmbito dos ajustes fraudulentos de licitação que foram realizados entre as empresas fornecedoras da Petrobrás, sendo que as propinas foram implementadas pelos dirigentes da própria construtora (Andrade Gutierrez) com o então Governador (Sérgio Cabral) e seus associados (incluindo o recorrente), frente à concordância de Rogério Nora de Sá, Presidente da empresa (Andrade Gutierrez), assim

como de Clóvis Renato Numa Peixoto Primo, Diretor Geral da empresa (Andrade Gutierrez).

No âmbito dos beneficiários, vale salientar que teriam participado dos irregulares acertos, bem como da operacionalização da empreitada, o próprio Governador (Sérgio Cabral), o recorrente Wilson Carlos Cordeiro da Silva Carvalho, além de Carlos de Carvalho Miranda (fl. 230).

Constatou-se, também, que foram pagos cerca de R\$ 2.700.000,00 em propinas, com inúmeros delitos de lavagem do produto do crime de corrupção, através de diversas modalidades de ocultação e dissimulação (inclusive mediante aquisições de bens com vultosos pagamentos em dinheiro), utilizando-se valores ilícitamente recebidos e a interposição de terceiras pessoas, além da estruturação de depósitos, também em espécie, em quantia inferior a R\$ 10.000,00, para evitar os sistemas de controle e prevenção contra a lavagem de dinheiro instituídos pela Lei n. 9.613/1998 e pela Circular n. 3.461, de 24/07/2009, do Banco Central.

Após decretada a prisão temporária em desfavor do paciente, foi a mesma convertida em custódia preventiva, na data de 21/11/2016, cotejando-se os diversos elementos de convicção, dentre eles as declarações dos colaboradores Rogério Nora de Sá, Paulo Roberto Costa, Alberto Quintaes, integrados pelos interrogatórios, em sede policial, de Sergio Cabral e Carlos Miranda (fls. 49).

Na oportunidade, verificou-se a existência de fortes indícios de que os valores recebidos pela GRALC Consultoria consistiram em pagamentos dissimulados de propinas em favor de Sérgio Cabral e Carlos Mirada, ao mesmo passo em que, após serem cumpridas diligências de busca e apreensão na casa do recorrente (Wilson Carlos), foi apreendido documento com anotações por ele manuscritas, nas quais constam instruções para que a empresa Print Gpost efetuasse depósito na conta da empresa LRG Consultoria e Participações (GRALC Consultoria), em virtude de serviços supostamente prestados pela Print Gpost, constando como contato a pessoa de “Carlos Miranda, tel. 2511-7977” (fl. 50).

Como bem destaca o Magistrado na decisão que converteu a custódia temporária em preventiva, as referidas anotações, frente ao contexto fático apresentado, vinculariam materialmente o recorrente (Wilson Carlos), aos depósitos (propinas) efetuados nas contas das empresas LRG Consultoria (antiga Gralc Consultoria).

Na mesma ocasião, foram colhidos indícios de que o *recorrente* (Wilson Carlos) e sua esposa Monica Araújo Macedo Carvalho possuíam *padrão de vida extremamente elevado e incompatível com as rendas por eles declaradas às autoridades fiscais* (sendo que foi informado pelo próprio paciente que estaria desempregado desde abril de 2014, após a sua saída do Governo do Estado do Rio de Janeiro), o que inclui a propriedade de uma residência de luxo no Município de Mangaratiba, no Estado do Rio de Janeiro, no valor de 6.000.000 (seis milhões) de reais, aparentemente não declarado aos órgãos de fiscalização.

Da mesma forma, diversos outros documentos foram encontrados em sua residência, também quando do cumprimento do mandado de busca e apreensão, que indicavam a constante prática de lavagem de dinheiro por parte do *recorrente*, isso, aliado às informações decorrentes da quebra de sigilo fiscal então decretada pelo Juízo de primeiro grau, e pela 7ª Vara Criminal Federal do Rio de Janeiro, demonstra que o *recorrente* Wilson Carlos e seus familiares (à semelhança do ocorrido com Sergio Cabral, Carlos Miranda e Adriana Ancelmo) teriam por padrão de conduta a aquisição de bens mediante vultuosos pagamentos em espécie.

Destacou o Magistrado quando da conversão da prisão temporária em preventiva que:

“Wilson Carlos contratou em 03/2010 a empresa ALB Veículos Especiais para executar serviços de blindagem automotiva, por R\$ 45.000,00, por meio de cinco boletos pagos em espécie.

Adquiriu, ainda, poltrona de massagem pelo valor de R\$ 17.300,00, junto à empresa Maxcoil Colchões Ltda, tendo efetuado o pagamento por meio de seis depósitos em espécie em contracorrente na mesma data de 10/12/2013.

O mesmo padrão de depósitos em espécie foi verificado em aquisições pela esposa do investigado Monica Carvalho. Em maio de 2014, adquiriu móveis da empresa Móveis Ninho Ltda pelo valor total de R\$ 10.670,00, mediante pagamento em espécie. Em julho de 2014, adquiriu equipamentos de iluminação junto à empresa Delia Luce Iluminação pelo valor total de R\$ 7.090,00, mediante pagamento em espécie, e no mesmo mês, adquiriu artigos de decoração junto à Prima Casa Decorações Ltda, pelo valor de R\$ 11.900,00, em espécie” (fl. 51).

Corroborando ainda mais os necessários pressupostos (*já na esfera da certeza e não mais na dimensão da probabilidade*), foi proferida a sentença, com a condenação do *recorrente*, (a) por um crime de corrupção passiva do art. 317 do CP, com a causa de aumento na forma do § 1º do mesmo artigo, pela

solicitação e recebimento de vantagem indevida no contrato de terraplanagem do Complexo Petroquímico do Rio de Janeiro (COMPERJ); e (b) por dois crimes de lavagem de dinheiro do art. 1º, *caput*, inciso V, da Lei n. 9.613/1998, pela aquisição, com produto de crime de corrupção, de bens e serviços com recursos vultosos em espécie e com estruturação de transações financeiras para prevenir a identificação pelos sistemas de prevenção e controle de lavagem de dinheiro no âmbito das instituições financeiras (fl. 233).

No compasso, uma vez demonstrados os pressupostos da prisão preventiva, a decisão também revelou a presença dos fundamentos da medida, e que também estão elencados no referido art. 312 do Código de Processo Penal, quais sejam, garantia da ordem pública e a conveniência da instrução criminal.

Da argumentação veiculada quando da decretação da prisão do recorrente, tanto na conversão da cautela temporária em preventiva, quanto da sua manutenção na sentença condenatória, não se vislumbra a existência de qualquer constrangimento ilegal que justifique o provimento do recurso, *isso porque*, da análise da decisão reprochada, tem-se que a custódia estaria devidamente fundamentada, com indicação de dados concretos e tendentes à conformação dos referidos requisitos.

Vale destacar, no ponto, a particular gravidade das atitudes perpetradas pelo recorrente, as quais foram satisfatoriamente demonstradas, no sentido de se inserir os atos de corrupção e lavagem aqui descortinados, em um sistêmico contexto de reiteradas infrações penais praticadas pelo ex-Governador e seus associados (dentre eles o recorrente), ilustradas pelas nove ações penais contra eles já propostas na Justiça Federal do Rio de Janeiro, os quais se valiam de corriqueiros atos de cobrança, em percentual, de vantagem indevida em toda obra pública realizada naquela unidade da federação, cujo produto da corrupção era utilizado para, mediante estratégias de ocultação e dissimulação, adquirir diversos e vultuosos bens de luxo (fl. 150).

A probabilidade de reiteração e persistência na prática de atividades ilícitas, evidenciados tanto na decisão que decretou a prisão preventiva, como na sentença condenatória, além do acórdão que denegou o *habeas corpus*, consubstanciam o requisito da garantia da ordem pública, *densificando-o diante das singularidades da situação concreta.*

O risco à ordem pública, destaca-se, não é afastado em razão de o recorrente Wilson Carlos não mais ocupar cargo público no presente momento, mormente pelo fato de não terem sido recuperados os valores recebidos a título de propinas, havendo indícios, ainda, (fl. 150) de terem Sérgio Cabral e o recorrente (Wilson Carlos),

esvaziado suas contas antes da efetivação da restrição ordenada pelo Juízo de primeiro grau, o que se pode constatar pelos pequenos resultados que foram encontrados quando do bloqueio das referidas contas. (Evento 45 do processo 5056390-43.2016.4.04.7000).

Expressa a sentença condenatória que:

“587. Nem a vantagem indevida paga no presente caso, nem as propinas pagas em todo o contexto criminoso, cuja dimensão sequer ainda foi totalmente precisada, foram recuperadas integralmente.

588. Persiste, portanto, um risco de que o produto do crime seja submetido a novas operações de lavagem, colocando em risco a aplicação da lei penal no que se refere à sua recuperação, que também é um dos objetivos modernos do processo penal.

589. Não se pode ainda ignorar o risco do recebimento de novos valores de propina pelos condenados considerando o caráter sistemático de sua atividade.

[...]

596. Essa necessidade faz-se ainda mais presente diante da notória situação de ruína das contas públicas do Governo do Rio de Janeiro. Constituiria afronta permitir que os condenados persistissem fruindo em liberdade do produto milionário de seus crimes, inclusive com aquisição, mediante condutas de ocultação e dissimulação, de novo patrimônio, parte em bens de luxo, enquanto, por conta de gestão governamental aparentemente comprometida por corrupção e inépcia, impõe-se à população daquele Estado tamanhos sacrifícios, com aumentos de tributos e corte de salários e de investimentos públicos e sociais. Uma versão criminosa de governantes ricos e governados pobres” (fls. 150/151).

Nesse diapasão, verifica-se a existência de elementos concretos a respaldar a prisão preventiva, *a fim de se garantir a ordem pública, possibilitando o desmantelamento da organização criminosa da qual se suspeita fazer parte o recorrente e, com isso, evitar a prática de novos crimes.*

No ponto, vale colacionar a jurisprudência do *Supremo Tribunal Federal*:

Habeas corpus. Alegação de ausência de fundamentação cautelar idônea para a prisão preventiva. Ausência de constrangimento ilegal. Ordem indeferida.

1. Devem ser desconsiderados quaisquer fundamentos que não tenham sido expressamente mencionados no decreto de prisão preventiva, pois, na linha da jurisprudência deste Supremo Tribunal, a idoneidade formal e substancial da motivação das decisões judiciais há de ser aferida segundo o que nela haja posto

o juiz da causa, não sendo dado “ao Tribunal do *habeas corpus*, que a impugne, suprir-lhe as faltas ou complementá-la” (Habeas Corpus n. 90.064, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 22.6.2007; 79.248, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 12.11.1999; 76.370, Rel. Ministro Octavio Gallotti, DJ 30.04.1998). 2. *A necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa, enquadra-se no conceito de garantia da ordem pública, constituindo fundamentação cautelar idônea e suficiente para a prisão preventiva.* 3. Ordem denegada (HC 95.024/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Carmem Lúcia, DJe 20/2/2009. Destacou-se).

Recurso ordinário em habeas corpus. Processual Penal. Crimes de fraude a licitação, lavagem de dinheiro e corrupção supostamente praticados, de forma reiterada, em prejuízo da administração pública municipal. Organização criminosa. Prisão preventiva (CPP, art. 312). Alegada falta de fundamentação. Não ocorrência. Título prisional devidamente fundamentado na garantia da ordem pública, em face das circunstâncias concretas da prática criminosa, as quais indicam a real periculosidade do recorrente, apontado como líder da suposta organização criminosa. Necessidade de se interromper a atuação delituosa. Precedentes. Recurso não provido. 1. Inexiste ato configurador de flagrante constrangimento ilegal praticado contra o recorrente advindo do título prisional, que se encontra devidamente fundamentado, uma vez que calcado em sua real periculosidade para a ordem pública, em face da gravidade dos crimes de fraude a licitação, lavagem de dinheiro e corrupção supostamente praticados em prejuízo à administração pública municipal, de forma reiterada, nos anos de 2013, 2014 e 2015, em um contexto fático de associação criminosa da qual o recorrente seria o líder. 2. *O Supremo Tribunal Federal já assentou o entendimento de que é legítima a tutela cautelar que tenha por fim resguardar a ordem pública quando evidenciada a necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa.* 3. Recurso ordinário ao qual se nega provimento (RHC 138.937/PI, Segunda Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 3/3/2017. Destacou-se).

Vale consignar, ademais, que a *expressão dos valores envolvidos*, somada à extensão temporal em que se desenvolveram as práticas acoimadas de criminosas, neste aspecto, faz pertinente a lição de **PACELLI** e **FISCHER**, segundo os quais é “*perfeitamente aceitável a decretação de prisão preventiva para a garantia da ordem pública, desde que fundamentada na gravidade do delito, na natureza e nos meios de execução do crime, bem como na amplitude dos resultados danosos produzidos pela ação*” (PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 673).

Casos como os que se extraem da designada “Operação lava-jato”, com efeito, merecer destaque a admoestação de **FARIA COSTA**, segundo o qual se

está defronte a “**uma estrutura poderosamente organizada** que se infiltra aos mais diversos níveis da realidade social e que age, em qualquer circunstância, dentro dos pressupostos de uma forte cadeia hierárquica, cujo fito é sempre o de conseguir uma maior acumulação de capital para, desse jeito, directa ou mediatamente, aumentar também o poder da organização”.

Conforme o autor português, este tipo de criminalidade ostenta como características, entre outras, a “**perigosidade, gravidade e extensão dos fenómenos que o sustentam**”, bem como uma “*particular ressonância ao nível da opinião pública, determinando, simultaneamente, repúdio social*”, implicando um “**amolecimento da consciência ética**”, de modo que, seguindo-se o seu alvitre: “*vemos, sem grande dificuldade, que o que se vangloria e se erige em regra de ouro são os êxitos fáceis, as formas atrabiliárias de comportamentos, descosidas de quaisquer pontos referenciais, a lógica do lucro a qualquer custo. O que nada mais é, digamo-lo de forma sintética e precisa, do que a exaltação de uma vertente chamada ‘cultura da corrupção’*” (FARIA COSTA, José de. **O branqueamento de capitais: algumas reflexões à luz do Direito Penal e da política criminal**. In: Direito Penal Económico e Europeu - Textos doutrinários. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 306-308).

Como é sabido, a *gravidade genérica* das condutas não autoriza a segregação cautelar. *No entanto*, a dinâmica dos fatos e os desdobramentos nefastos dos atos realizados revelam, *a toda evidência*, a *gravidade concreta das condutas praticadas*, que excedem, e muito, àquelas ínsitas aos tipos penais sob apuração.

A *Segunda Turma* do col. Supremo Tribunal Federal vem assentando que *a gravidade concreta da conduta, reveste-se de idoneidade para amparar a segregação cautelar*. Neste sentido:

Recurso ordinário em **habeas corpus**. Constitucional. Tráfico de entorpecente. **Prisão preventiva** decretada com base em fundamentos idôneos. Periculosidade do recorrente evidenciada pelo modus operandi, **gravidade concreta** do crime e possibilidade de reiteração delitiva. Recurso ao qual se nega provimento. 1. Este Supremo Tribunal assentou que *a periculosidade do agente, evidenciada pelo modus operandi, a gravidade concreta do crime e o risco de reiteração delitiva são motivos idôneos para a manutenção da custódia cautelar*. Precedentes. 2. Recurso ao qual se nega provimento (RHC 132.270/MS, *Segunda Turma*, Rel. Min. Cármen Lúcia. DJe 7/4/2016).

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Processual Penal. Crimes de fraude a licitação, lavagem de dinheiro e corrupção supostamente praticados, de forma reiterada, em prejuízo da administração pública municipal. Organização criminosa. Prisão preventiva (CPP, art. 312). Alegada falta de fundamentação. Não ocorrência. Título prisional devidamente fundamentado na garantia da ordem

pública, em face das circunstâncias concretas da prática criminosa, as quais indicam a real periculosidade do recorrente, apontado como líder da suposta organização criminosa. Necessidade de se interromper a atuação delituosa. Precedentes. Recurso não provido. 1. *Inexiste ato configurador de flagrante constrangimento ilegal praticado contra o recorrente advindo do título prisional, que se encontra devidamente fundamentado, uma vez que calcado em sua real periculosidade para a ordem pública, em face da gravidade dos crimes de fraude a licitação, lavagem de dinheiro e corrupção supostamente praticados em prejuízo à administração pública municipal, de forma reiterada, nos anos de 2013, 2014 e 2015, em um contexto fático de associação criminosa da qual o recorrente seria o líder.* 2. O Supremo Tribunal Federal já assentou o entendimento de que *é legítima a tutela cautelar que tenha por fim resguardar a ordem pública quando evidenciada a necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa.* 3. Recurso ordinário ao qual se nega provimento (RHC 138.937/PI, Segunda Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 3/3/2017).

Isso que se consignou já bastaria para afirmar a idoneidade das decisões combatidas, *mas há mais*; é que, *com a segregação, evitar-se-ia, também, o risco à instrução processual.*

Compulsando as razões que edificaram a sentença condenatória, ressei a presença de fortes indícios de que **Carlos de Carvalho Miranda** (*coautor dos fatos imputados ao paciente e também condenado*), sozinho ou a mando, *teria suprimido provas, apagando mensagens eletrônicas que poderiam lhe comprometer criminalmente (bem como a seus comparsas, incluindo o recorrente) e que só foram descobertas porque entregues à Justiça pelas empreiteiras após o acordo de leniência.* Vale destacar que embora tal supressão de prova não afete este processo já julgado, há ações penais e investigações em curso que não podem ser ignoradas.

Destaca o *decisum*:

“595. Assim, a prisão cautelar, além de prevenir o envolvimento dos condenados em outros esquemas criminosos, bem como prevenir o recebimento do saldo da propina em acertos de corrupção, também terá o salutar efeito de impedir ou dificultar novas condutas de ocultação e dissimulação do produto do crime, já que este ainda não foi recuperado, o que resguardará a aplicação da lei penal, que exige identificação, sequestro e confisco desses valores” (fl. 151).

No caso do recorrente, em particular, tem-se a *gravidade concreta das condutas* e os *riscos de reiteração criminosa*, somados à inequívoca necessidade de se garantir a *instrução processual*, dada a peculiaridade de sua condição. Tudo isso, em suma, torna isenta de dúvida a presença dos fundamentos da medida acauteladora, e determina, como corolário, a manutenção da prisão preventiva.

Verifica-se, nesse painel, em face dos múltiplos riscos à ordem pública e à instrução processual (*com a ressalva de que a situação do paciente não destoa da de outros investigados, sendo impossível supor a desagregação natural do grupo criminoso ou da sequência de atos delitivos sem a segregação cautelar dos personagens mais destacados*), que não é viável substituir a prisão preventiva por medidas cautelares.

Este é o entendimento que vinha sendo firmado no âmbito desta Quinta Turma em processos relacionados à “Operação Lava-jato”, de minha relatoria, a saber:

Processo Penal. Prisão cautelar. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Prisão preventiva decretada para a garantia da ordem pública, para assegurar a aplicação da lei penal, e por conveniência da instrução, decretada no âmbito da Operação Lava-Jato. Alegação de inexistência de *periculum libertatis* e de fundamentação inidônea (genérica e abstrata). Inocorrência. Prisão devidamente fundamentada. Ausência de constrangimento ilegal. Recurso ordinário desprovido.

I - A prisão cautelar deve ser considerada exceção, e só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, *ex vi* do artigo 312 do Código de Processo Penal.

II - A prática reiterada de crimes de corrupção e de lavagem de dinheiro, inclusive após a deflagração de fase ostensiva da operação Lava-Jato, evidencia a necessidade da prisão preventiva para a garantia da ordem pública, pois há risco da prática de novos crimes.

III - Havendo indícios da existência de quantias milionárias obtidas por meio criminoso ainda pendentes de rastreamento, justifica-se a prisão preventiva, pois a liberdade do Acusado coloca em risco a possibilidade de haver o sequestro de tais quantias, frustrando assim a aplicação da lei penal, já que poderia praticar atos com vistas a ocultar o produto do crime.

IV - *Existindo elementos a indicar que o Acusado buscou ocultar provas, mesmo que não relacionadas aos fatos que são objeto da Ação Penal na qual foi decretada sua prisão preventiva, a fundamentação para o decreto de prisão é idônea, pois indica que o Réu poderia vir a ocultar ou destruir, também, provas relacionadas à Ação Penal cuja instrução se busca assegurar.*

V - *Mostra-se insuficiente a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319 do CPP, quando presentes os requisitos autorizadores da prisão cautelar, como na hipótese. Recurso ordinário desprovido (RHC 83.115/RS, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe, 21/06/2017).*

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Tráfico de entorpecentes. Flagrante convertido em prisão preventiva. Fundamentação concreta. Periculosidade do agente. Variedade, natureza e quantidade da droga apreendida. Circunstâncias do delito. Reiteração delitiva. Necessidade de garantia da ordem pública. Condições pessoais favoráveis. Irrelevância. Medidas cautelares alternativas. Insuficiência. Desproporcionalidade entre a segregação preventiva e pena provável. Inviabilidade de exame na via eleita. Flagrante ilegalidade não evidenciada. Recurso desprovido.

1. Em vista da natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição quando evidenciado, de forma fundamentada e com base em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal – CPP. Deve, ainda, ser mantida a prisão antecipada apenas quando não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, nos termos previstos no art. 319 do CPP.

2. No caso dos autos, verifico que a prisão preventiva foi adequadamente motivada, tendo sido demonstrada, com base em elementos concretos, a gravidade concreta da conduta e a maior periculosidade do paciente, evidenciadas pela natureza, variedade, quantidade da drogas apreendidas – 98 microtubos de cocaína, perfazendo 98 gramas e 50 invólucros de maconha, pesando 85 gramas –, o que, somado ao fato de o réu responder a outros processos criminais, possuindo condenação penal anterior, estando, inclusive, no gozo de liberdade provisória quando da prática do novo delito, certifica a necessidade da custódia cautelar para garantia da ordem pública.

3. É entendimento do Superior Tribunal de Justiça que as condições favoráveis do recorrente, por si sós, não impedem a manutenção da prisão cautelar quando devidamente fundamentada.

4. *Inaplicável medida cautelar alternativa quando as circunstâncias evidenciam que as providências menos gravosas seriam insuficientes para a manutenção da ordem pública.*

5. Não há falar em desproporcionalidade entre o decreto prisional preventivo e eventual condenação, tendo em vista ser inadmissível, em recurso em *habeas corpus*, a antecipação da quantidade de pena que eventualmente poderá ser imposta, menos ainda se iniciará o cumprimento da reprimenda em regime diverso do fechado. Recurso em *habeas corpus* desprovido (RHC 91.647/MG, *Quinta Turma*, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe, 09/03/2018).

Habeas corpus impetrado em substituição a recurso próprio. Inadequação da via eleita. Tráfico de drogas e associação para o tráfico. Concedida liberdade provisória pelo juízo de primeiro grau. Prisão preventiva decretada pelo Tribunal. Fundamentação idônea. Garantia ordem pública. *Modus operandi*. Evitar reiteração delitiva. Outra ação penal em andamento. Medidas cautelares. Inadequação. Ausência de constrangimento ilegal. *Habeas corpus* não conhecido.

1. O *habeas corpus* não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a medida deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal.

3. No particular, o acórdão que reformou a decisão concessiva da liberdade provisória e decretou a prisão preventiva do paciente está fundamentado na necessidade de garantia da ordem pública, destacando-se (i) o *modus operandi* e a quantidade de substância entorpecente apreendida (61 gramas de cocaína, distribuídos em 50 “buchas”, além de R\$ 1.300,00, em espécie); e (ii) a possibilidade de reiteração delitiva, uma vez que dados da sua vida pregressa demonstram que o paciente responde a outra ação penal pela prática de delito da mesma espécie - tráfico de drogas (estava sob o benefício da liberdade provisória). Adequação aos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.

4. *Mostra-se indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, quando a segregação encontra-se fundada na gravidade concreta do delito, indicando que as providências menos gravosas seriam insuficientes para acautelar a ordem pública.*

5. Inexiste constrangimento ilegal a ser reparado, de ofício, por este Superior Tribunal de Justiça.

6. *Habeas corpus* não conhecido. (RHC 421.374/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe, 27/02/2018).

Habeas corpus. Impetração originária. Substituição ao recurso ordinário. Impossibilidade. Paciente acusado da prática de duplo homicídio qualificado, tentativa de homicídio e lesão corporal de natureza grave. Prisão preventiva. Segregação cautelar fundamentada no art. 312 do Código de Processo Penal. Garantia da ordem pública. Custódia justificada e necessária. Condições pessoais favoráveis. Irrelevância. Medidas cautelares alternativas. Insuficiência e inadequação. Constrangimento ilegal não evidenciado. *Writ* não conhecido.

1. O Supremo Tribunal Federal, buscando dar efetividade às normas previstas na Constituição e na Lei n. 8.038/1990, passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* originário em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que foi adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, ressalvados os casos de flagrante ilegalidade, quando a ordem poderá ser concedida de ofício.

2. Não há ilegalidade na manutenção da prisão preventiva quando demonstrado, com base em dados concretos, que a segregação mostra-se necessária para a garantia da ordem pública, da instrução criminal e da aplicação da lei penal.

3. A custódia do paciente, na espécie, encontra-se devidamente embasada no art. 312 do Código de Processo Penal, mostrando-se necessária para salvaguardar a ordem pública diante das circunstâncias em que ocorreram os fatos delituosos, que revelam a gravidade em concreto da conduta em tese praticada.

4. Caso em que o paciente, em concurso de agentes, por motivo fútil (rixa anterior) e mediante disparos de arma de fogo, deliberadamente, matou dois indivíduos, tentou ceifar a vida de um terceiro e ofendeu a integridade física da quarta vítima, causando a esta debilidade permanente, o que demonstra a imprescindibilidade da segregação cautelar, para a garantia da ordem pública, afastando o manifesto constrangimento ilegal passível de ser sanado de ofício por este Superior Tribunal.

5. Consoante orientação jurisprudencial desta Corte Superior de Justiça, condições pessoais favoráveis não têm o condão de, isoladamente, desconstituir a constrição cautelar, quando há nos autos elementos que autorizam a manutenção da medida extrema, como ocorre *in casu*.

6. “Mostra-se indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, quando a segregação encontra-se fundada na gravidade concreta do delito, indicando que as providências menos gravosas seriam insuficientes para acautelar a ordem pública” (RHC 88.371/PI, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 19/10/2017, DJe 27/10/2017).

7. *Habeas corpus* não conhecido. (HC 422.068/RN, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe, 28/02/2018).

Processo Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso próprio. Inadequação. Tráfico de drogas. Liberdade provisória. Art. 44 da Lei n. 11.343/2006. Declaração de inconstitucionalidade pelo STF. Possibilidade. Prisão preventiva. Quantidade e natureza do entorpecente apreendido. Circunstâncias do flagrante. Necessidade de garantia da ordem pública. Constrangimento ilegal não caracterizado. *Habeas corpus* não conhecido.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da expressão “e liberdade provisória”, constante do art. 44 da Lei n. 11.343/2006, determinando a apreciação dos requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, para que, se o caso, seja decretada a medida excepcional.

3. Havendo prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

4. No caso dos autos, a quantidade e a natureza do entorpecente apreendido (313,18g de cocaína), aliada às circunstâncias do flagrante, justificam o encarceramento cautelar do paciente, para garantia da ordem pública, consoante pacífico entendimento desta Corte.

5. O fato de possuir condições pessoais favoráveis, por si só, não impede a decretação da prisão preventiva.

6. *É “indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão quando esta encontra-se justificada na gravidade concreta do delito e na periculosidade social do réu, indicando que as providências menos gravosas seriam insuficientes para acautelar a ordem pública”* (HC 315.151/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 28/4/2015, DJe de 25/5/2015; HC 323.026/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 1º/9/2015, DJe 17/9/2015).

7. *Habeas corpus* não conhecido. (HC 354.092/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe, 14/12/2017).

Ante o exposto, *nego provimento* ao recurso ordinário.

É o voto.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 93.978-SC (2018/0010774-1)

Relator: Ministro Jorge Mussi

Recorrente: C K W

Advogados: Daisy Cristine Neitzke Heuer - SC014909

Ricardo Alexandre Deucher - SC015796

Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

EMENTA

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou

medicinais. Ter em depósito para entrega ou distribuição a consumo substância sem registro no órgão competente. Atipicidade da conduta imputada ao recorrente. Denúncia que descreve fatos que se amoldam ao tipo do inciso I do § 1º-B do artigo 273 do Código Penal. Coação ilegal não configurada.

1. Em sede de *habeas corpus* e de recurso ordinário em *habeas corpus* somente deve ser obstada a ação penal se restar demonstrada, de forma indubitável, a ocorrência de circunstância extintiva da punibilidade, a manifesta ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito, e ainda, a atipicidade da conduta.

2. Na espécie, nos termos em que formulada a peça vestibular, o réu não foi acusado de falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, mas sim de ter em depósito para distribuição e entrega a consumo produto sem registro no órgão de vigilância sanitária competente, o que afasta, de pronto, a alegação de inépcia da denúncia porque não teria descrito qual substância teria sido por ele supostamente falsificada, corrompida ou adulterada.

3. Ainda que a defesa questione a necessidade de registro da fosfoetanolamina porque não seria um medicamento, mas mero suplemento utilizado no combate ao câncer, o certo é que à luz do artigo 1º da Lei 6.360/1976 e do artigo 4º da Lei 5.991/1973, não há dúvidas de que a mencionada substância, para ser distribuída ou entregue a consumo, depende de prévio registro no órgão sanitário competente.

4. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento ADI 5.501 MC/DF, suspendeu a eficácia da Lei 13.269/2016, que permitia o uso da fosfoetanolamina sem o devido registro sanitário, sob o argumento de que o dever de fornecimento de medicamentos, embora essencial à concretização do Estado Social de Direito, não pode ser conduzido com o atropelo dos requisitos mínimos de segurança para o consumo da população, sob pena de esvaziar-se, por via transversa, o próprio conteúdo do direito fundamental à saúde.

5. Mesmo antes da suspensão da sua eficácia pelo Pretório Excelso, o citado diploma legal, embora tenha autorizado o uso da fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com

neoplasia maligna, somente permitiu a sua produção, manufatura, importação, distribuição, prescrição e dispensação por agentes regularmente autorizados e licenciados pela autoridade sanitária, tendo o Ministério Público Estadual destacado que, à época dos fatos, apenas o laboratório da Universidade de São Paulo - USP, poderia fazê-lo, e, mesmo assim, mediante determinação judicial, o que impede a sua aplicação retroativa ao recorrente.

6. A conduta imputada ao acusado, qual seja, a de manter em depósito para distribuição e entrega a consumo produto sem registro no órgão de vigilância sanitária, amolda-se, em princípio, ao crime do artigo 273, § 1º-B, inciso I, do Código Penal, não havendo que se falar, assim, em trancamento do processo por atipicidade, como almejado. Precedente.

7. Recurso desprovido.

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, negar provimento ao recurso. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Brasília (DF), 03 de maio de 2018 (data do julgamento).

Ministro Jorge Mussi, Relator

DJe 9.5.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Mussi: Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* com pedido liminar interposto por C K W contra acórdão proferido pela 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, no julgamento do HC 4014564-77.2017.8.24.0000/50000.

Noticiam os autos que o recorrente foi denunciado como incurso no artigo 273, § 1º-B, inciso I, do Código Penal.

Buscando o trancamento do processo, a defesa impetrou prévio *writ* na origem, que não foi conhecido por se tratar de reiteração de pedido.

Contra tal decisão, foram opostos embargos de declaração, que foram acolhidos, denegando-se, contudo, a ordem pleiteada.

Sustentam os patronos do réu que não haveria justa causa para a persecução criminal.

Alegam que o acusado não teria falsificado, corrompido ou alterado qualquer produto, tendo apenas manipulado fórmula pendente de registro no órgão de vigilância sanitária, medida que seria questionável, uma vez que não se trataria de medicamento, mas de mero suplemento utilizado no combate de células cancerígenas.

Entendem que a fosfoetanolamina não seria substância, e sim o resultado advindo da manipulação de uma fórmula que utilizaria os elementos apreendidos com o recorrente, o que revelaria a inépcia da denúncia por ausência de descrição do produto supostamente falsificado, corrompido ou adulterado.

Advertem que o réu produziria o suplemento de forma filantrópica, objetivando salvar a vida das pessoas cometidas de câncer.

Consideram que o acusado não poderia ser processado criminalmente por produzir um produto que seria manipulado pelo laboratório da Universidade de São Paulo - USP, que também não possuiria autorização da ANAVISA para fazê-lo.

Aduzem que a repercussão acerca dos benefícios da utilização da fosfoetanolamina ensejou a edição da Lei 13.269/2016, que autorizou o seu uso sintético, e que embora a eficácia do referido diploma legal tenha sido suspensa pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 5.501 MC/DF, no período de 13.4.2016 a 19.5.2016, a sua produção, mesmo sem registro, seria permitida em todo o território nacional, entendimento que deveria retroagir para alcançar o réu.

Asseveram que a conduta assestada ao acusado seria atípica, uma vez que a fosfoetanolamina não estaria relacionada pela ANVISA no rol de substâncias consideradas ilícitas.

Assentam que o crime do artigo 273 do Código Penal somente se configuraria se a substância estiver registrada na ANVISA e, a partir daí, venha a ser falsificada ou adulterada, o que, como visto, não ocorre com a fosfoetanolamina, que sequer possui registro no aludido órgão.

Requerem o provimento da insurgência para que seja reconhecida a atipicidade da conduta imputada ao recorrente.

Contra-arrazoado o reclamo (e-STJ fls. 248/250), os autos ascenderam a esta Corte Superior de Justiça, tendo a liminar sido indeferida pelo eminente Ministro Humberto Martins, no exercício da Presidência deste Sodalício (e-STJ fls. 261/264).

Prestadas as informações (e-STJ fls. 268/269), o Ministério Público Federal, às fls. 325/333, manifestou-se pelo desprovimento do inconformismo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Mussi (Relator): Por meio deste recurso ordinário constitucional, pretende-se, em síntese, o reconhecimento da atipicidade da conduta imputada ao recorrente.

Segundo consta da denúncia, em cumprimento a mandado de busca e apreensão, o acusado foi surpreendido por agentes da vigilância estadual e por policiais militares em sua residência, no momento em que, voluntária e conscientemente, mantinha em depósito, para posterior distribuição e entrega, produtos que, periciados, revelaram conter, entre outros, a substância “fosfoetanolamina”, sem o devido registro na ANVISA (e-STJ fl. 11).

Conforme apurado, de forma continuada e reiteradamente até o dia 23.6.2015, o réu mantinha em depósito e entregava às pessoas portadoras de neoplasia maligna, com o intuito de curar, amenizar os efeitos da doença ou melhorar a qualidade de vida dos enfermos, produtos que, em sua composição, além de outras substâncias, possuíam fosfoetanolamina, em desacordo com as determinações legais e regulamentares (e-STJ fls. 11/12).

Nos termos das Leis 6.630/1976 e 9.782/1999, bem como da Nota Técnica 56/2015 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, a distribuição e prescrição da fosfoetanolamina somente são permitidas por agentes regularmente autorizados e licenciados pela autoridade sanitária competente, sendo que o recorrente não detinha a necessária autorização ou licença (e-STJ fl. 12).

Outrossim, por força da Lei 13.269/2016, cuja eficácia foi suspensa pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 5.501 MC/DF, a

distribuição e a prescrição da fosfoetanolamina somente passaram a ser permitidas, independentemente do registro sanitário, em caráter excepcional por determinados laboratórios e apenas enquanto estiverem em curso estudos clínicos sobre a substância (e-STJ fl. 12).

À época dos fatos, somente o laboratório da Universidade de São Paulo - USP, é que poderia, excepcionalmente, proceder à distribuição e entrega da substância, e apenas mediante determinação judicial (e-STJ fl. 12).

Assim, o Ministério Público imputou ao recorrente a prática do crime previsto no artigo 273, § 1º-B, inciso I, do Código Penal, *verbis*:

Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais

Art. 273. Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais:

Penas – reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado.

(...)

§ 1º-B. Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições:

I – sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente;

Feitos tais esclarecimentos, sabe-se que se sedimentou na doutrina e jurisprudência pátria o entendimento de que, para se acolher o pleito de trancamento da ação penal na via do *habeas corpus* e do recurso ordinário em *habeas corpus*, é necessário que exsurja, à primeira vista, sem exigência de dilação de provas, a ausência de justa causa para a sua deflagração e/ou continuidade, consoante, aliás, assevera Vicente Greco Filho:

No *habeas corpus*, não se deve fazer o exame da prova de processo em tela, o que é cabível através dos meios de defesa de que dispõe o réu no curso da ação. Todavia, aliando-se o inc. VI do art. 648 com o inc. I, que considera ilegal a coação sem justa causa, a jurisprudência e a doutrina têm trancado a ação penal quando não houver base para a acusação, fazendo, assim, análise das provas. O exame, contudo, não é o mesmo que seria feito pelo juiz ao proferir sentença condenatória ou absolutória. Trata-se de um exame de que deve resultar, inequivocadamente, a ausência, em tese, de possibilidade da acusação, de forma que a absoluta inviabilidade de processo signifique constrangimento indevido.

Seria o caso, por exemplo, de ação penal por fato atípico ou em que alguém é acusado sem nenhuma prova que sustente a imputação que lhe é feita (Manual de processo penal. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 394).

Na espécie, nos termos em que formulada a peça vestibular, o réu não foi acusado de falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, mas sim de ter em depósito para distribuição e entrega a consumo produto sem registro no órgão de vigilância sanitária competente, o que afasta, de pronto, a alegação de inépcia da denúncia porque não teria descrito qual substância teria sido por ele supostamente falsificada, corrompida ou adulterada.

Quanto à necessidade ou não de registro da fosfoetanolamina, é cediço que a Lei 6.360/1976, que dispõe sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, cosméticos, saneantes e outros produtos, prevê, no artigo 12, que nenhum dos produtos nela mencionados, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde.

Confira-se, por oportuno, o *caput* do do mencionado dispositivo legal:

Art. 12. Nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde.

Por conseguinte, ainda que a defesa questione a necessidade de registro da substância fosfoetanolamina porque não seria um medicamento, mas mero suplemento utilizado no combate ao câncer, o certo é que à luz da Lei 6.360/1976, até mesmo este tipo de produto está sujeito ao controle do Ministério da Saúde, consoante se extrai do artigo 1º, que estabelece que “ficam sujeitos às normas de vigilância sanitária instituídas por esta Lei os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, definidos na Lei número 5.991, de 17 de dezembro de 1973, bem como os produtos de higiene, os cosméticos, perfumes, saneantes domissanitários, produtos destinados à correção estética e outros adiante definidos”.

Por sua vez, a Lei 5.991/1973 assim conceitua as drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos:

Art. 4º - Para efeitos desta Lei, são adotados os seguintes conceitos:

I - Droga - substância ou matéria-prima que tenha a finalidade medicamentosa ou sanitária;

II - Medicamento - produto farmacêutico, tecnicamente obtido ou elaborado, com finalidade profilática, curativa, paliativa ou para fins de diagnóstico;

III - Insumo Farmacêutico - droga ou matéria-prima aditiva ou complementar de qualquer natureza, destinada a emprego em medicamentos, quando for o caso, e seus recipientes;

IV - Correlato - a substância, produto, aparelho ou acessório não enquadrado nos conceitos anteriores, cujo uso ou aplicação esteja ligado à defesa e proteção da saúde individual ou coletiva, à higiene pessoal ou de ambientes, ou a fins diagnósticos e analíticos, os cosméticos e perfumes, e, ainda, os produtos dietéticos, óticos, de acústica médica, odontológicos e veterinários;

Desse modo, sob qualquer ângulo que se analise a questão, não há dúvidas de que a fosfoetanolamina, para ser distribuída ou entregue a consumo, depende de prévio registro no órgão sanitário competente.

Aliás, não foi por outra razão que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 5.501 MC/DF, suspendeu a eficácia da Lei 13.269/2016, que permitia o uso da fosfoetanolamina sem o devido registro sanitário.

Da leitura do voto do Relator, Ministro Marco Aurélio Mello, extrai-se que “ao suspender a exigibilidade do registro sanitário da fosfoetanolamina sintética, o ato atacado discrepa das balizas constitucionais concernentes ao dever estatal de reduzir o risco de doença e outros agravos à saúde dos cidadãos”, sendo que “elaboração do ato impugnado, o Congresso Nacional, ao permitir a distribuição de remédio sem o controle prévio de viabilidade sanitária, não cumpriu com o dever constitucional de tutela da saúde da população”.

Na ocasião, salientou-se que “a aprovação do produto no órgão do Ministério da Saúde é condição para industrialização, comercialização e importação para fins comerciais, segundo o artigo 12 da Lei n. 6.360/1976”, pois “o registro ou cadastro mostra-se condição para o monitoramento, pela Agência fiscalizadora, da segurança, eficácia e qualidade terapêutica do produto”, e que “ante a ausência do registro, a inadequação é presumida”.

Acrescentou-se que, “no caso, a lei suprime, casuisticamente, a exigência do registro da fosfoetanolamina sintética como requisito para comercialização, evidenciando que o legislador deixou em segundo plano o dever constitucional de implementar políticas públicas voltadas à garantia da saúde da população”, pois “o fornecimento de medicamentos, embora essencial à concretização do

Estado Social de Direito, não pode ser conduzido com o atropelo dos requisitos mínimos de segurança para o consumo da população, sob pena de esvaziar-se, por via transversa, o próprio conteúdo do direito fundamental à saúde”.

Melhor sorte não socorre a defesa no que diz respeito à almejada aplicação retroativa da Lei 13.269/2016 ao recorrente.

Isso porque mesmo antes da suspensão da sua eficácia pelo Pretório Excelso, o citado diploma legal, embora tenha autorizado o uso da fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna, somente permitiu a sua produção, manufatura, importação, distribuição, prescrição e dispensação por *agentes regularmente autorizados e licenciados pela autoridade sanitária*, tendo o Ministério Público Estadual destacado que, à época dos fatos, apenas o laboratório da Universidade de São Paulo - USP, poderia fazê-lo, e, mesmo assim, mediante determinação judicial.

Irretocável, no ponto, o aresto impugnado, no qual se consignou que “embora a edição da Lei n. 13.269/2016 tenha passado a permitir a distribuição e a prescrição de fosfoetanolamina, o artigo 4º do referido diploma legal é bastante claro em restringir a permissão somente a agentes regularmente autorizados e licenciados pela autoridade sanitária competente”, razão pela qual, “mesmo no período em que a mencionada lei vigorou, até ser suspensa pelo Supremo Tribunal Federal (ADI n. 5.501), a conduta do paciente não era permitida, sendo, pois, penalmente típica” (e-STJ fl. 224).

Finalmente, razão não assistente aos impetrantes no que toca à afirmação de que a conduta do recorrente seria atípica porque a fosfoetanolamina não estaria relacionada pela ANVISA no rol de substâncias consideradas ilícitas, configurando-se o crime do artigo 273 do Estatuto Repressivo somente se a substância estiver registrada na ANVISA e for falsificada ou adulterada.

Com efeito, consoante já ressaltado alhures, o réu não foi acusado de falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, mas sim de ter em depósito para distribuição e entrega a consumo produto sem registro no órgão de vigilância sanitária competente, ou seja, é justamente a falta de registro na ANVISA que tornam típicos os fatos a ele imutados.

Ao comentar o inciso I do § 1º-B do artigo 273 do Código Penal, Cleber Masson explica que se pune “a conduta daquele que importa, vende, expõe à

venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo produto sem o devido registro no órgão sanitário, quando lhe é exigível” (Código Penal Comentado. Volume 3. 6ª ed. São Paulo: Método, 2016, p. 333).

Portanto, a conduta imputada ao acusado, qual seja, a de manter em depósito para distribuição e entrega a consumo produto sem registro no órgão de vigilância sanitária, amolda-se, em princípio, ao crime em questão, o que impede o trancamento do processo, como almejado.

Em caso semelhante, assim já decidiu esta colenda Quinta Turma:

Penal. Agravo regimental no recurso especial. Importação de medicamentos falsificados, sem registro no órgão competente e de procedência ignorada. Art. 273, §§ 1º, 1º-A e 1º-B, I e V, do CP. Competência do juízo. Desclassificação para o artigo 334 do CP. Impossibilidade. Causa de aumento do artigo 40, inciso I, da Lei n. 11.343/2006. Ausência de *bis in idem*.

(...)

4. O Juízo sentenciante e a Corte de origem consignaram que o acusado tinha plena consciência de que os medicamentos apreendidos eram falsificados ou não possuíam registro no órgão de vigilância sanitária competente e eram de procedência ignorada, mesmo assim importou-os do Paraguai para o Brasil, a fim de remetê-los por meio da empresa Viação Garcia para a cidade de Presidente Prudente/SP, local de sua residência, para que lá fossem comercializados. Assim, não se pode falar na ocorrência de *bis in idem* na aplicação da causa de aumento de pena pela transnacionalidade (art. 40, inciso I, da Lei n. 11.343/2006), em razão de o art. 273, §§ 1º e 1º-B do CP prever as condutas de “importar” e “de qualquer forma distribuir”, pois trata-se de tipo penal de ação múltipla, e o fato de o agente ter remetido os medicamentos importados para a cidade de Presidente Prudente/SP, para que lá fossem comercializados, já conduz à configuração da tipicidade do crime em questão.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1.659.315/RS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 15/08/2017, DJe 25/08/2017)

Ante o exposto, *nega-se provimento* ao recurso.

É o voto.

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 45.793-SC
(2014/0136623-4)**

Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca
Recorrente: Marciano Galvão
Recorrente: Julio Cesar Bittencourt
Recorrente: Katia Cristina Moreira
Advogado: Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina
Recorrido: Marcos Antonio Queiroz
Recorrido: Ana Claudia da Silva Queiroz
Recorrido: Alexandre Duhring
Recorrido: Sirlaine Damaris Dias
Recorrido: Jessica Samara Lopes
Recorrido: Santelino Izidoro de Souza Junior
Recorrido: Susy Hiroko Minamizaki Ribeiro
Advogado: Sem representação nos autos - SE000000M
Interes.: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

EMENTA

Recurso ordinário em mandado de segurança. Atuação da Defensoria Pública como assistente de acusação: possibilidade. Desnecessidade de norma regulamentar estadual autorizando o exercício de tal função. Inexistência de empecilho a que a Defensoria represente, no mesmo processo, vítima e réu. Direito de acesso universal à justiça.

1. Nos termos do art. 4º, XV, da Lei Complementar 80/1994, é função da Defensoria Pública, entre outras, patrocinar ação penal privada e a subsidiária da pública. Sob esse prisma, mostra-se importante a tese recursal, pois, se a função acusatória não se contrapõe às atribuições institucionais da Defensoria Pública, o mesmo ocorre com o exercício da assistência à acusação. Precedentes.

2. “A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, notadamente pela defesa, em todos os graus

de jurisdição, dos necessitados (art. 134 da CR). Essa essencialidade pode ser traduzida pela vocação, que lhe foi conferida pelo constituinte originário, de ser um agente de transformação social, seja pela redução das desigualdades sociais, seja na afirmação do Estado Democrático de Direito ou na efetividade dos direitos humanos, mostrando-se, outrossim, eficiente mecanismo de implementação do direito fundamental previsto art. 5º, LXXIV, da C.R” (RHC 092.877, Rel. Min. *Maria Thereza de Assis Moura*, julgado em 18/04/2018, publicado no DJe de 23/04/2018).

3. Para bem se desincumbir desse importante papel de garantir o direito de acesso à Justiça aos que não têm como arcar com os custos de um processo judiciário, o legislador assegurou à Defensoria Pública um extenso rol de prerrogativas, direitos, garantias e deveres, de estatura constitucional (art. 134, §§ 1º, 2º e 4º, da CR) e legal (arts. 370, § 4º, do Código de Processo Penal, 5º, § 5º, da Lei n. 1.060/1950, 4º, V, e 44, I, da Lei Complementar n. 80/1994), permeados diretamente por princípios que singularizam tal instituição.

Assim sendo, ainda que não houvesse disposição regulamentar estadual autorizando expressamente a atuação da defensoria pública como assistente de acusação, tal autorização derivaria tanto da teoria dos poderes implícitos, quanto das normas legais e constitucionais já mencionadas, todas elas concebidas com o escopo de possibilitar o bom desempenho da função constitucional atribuída à Defensoria Pública.

4. Não existe empecilho a que a Defensoria Pública represente, concomitantemente, através de Defensores distintos, vítimas de um delito, habilitadas no feito como assistentes de acusação, e réus no mesmo processo, pois tal atuação não configura conflito de interesses, assim como não configura conflito de interesses a atuação do Ministério Público no mesmo feito como parte e *custos legis*, podendo oferecer opiniões divergentes sobre a mesma causa.

Se assim não fosse, a alternativa restante implicaria reconhecer que caberia à Defensoria Pública escolher entre vítimas e réus num mesmo processo os que por ela seriam representados, excluindo uns em detrimento de outros. Em tal situação, o resultado seria sempre o de vedação do acesso à Justiça a alguns, resultado que jamais se

coadunaria com os princípios basilares de igualdade e isonomia entre cidadãos que norteiam a Constituição, inclusive na forma de direitos e garantias fundamentais (art. 5º, *caput*, CF) que constituem cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV da CF).

5. Recurso ordinário a que se dá provimento, para reconhecer o direito dos impetrantes de se habilitarem como assistentes da acusação na ação penal, no estado em que ela se encontrar.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de junho de 2018 (data do julgamento).

Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Presidente e Relator

DJe 15.6.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca: Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por *Marciano Galvão, Júlio César Bittencourt e Kátia Cristina Moreira do Amaral*, representados pela Defensoria Pública de Santa Catarina, contra acórdão da 1ª Câmara Criminal do TJ/SC que denegou a segurança por eles pleiteada e por meio da qual pretendiam seu ingresso na lide como assistentes da acusação, na ação penal n. 038.13.026462-5, movida contra *Marcos Antônio Queiroz e Ana Claudia da Silva Queiroz*, além de outros réus, acusados dos crimes descritos nos arts. 288, 171, *caput*, do CP e 65 da Lei 4.591/64, por terem vendido aos impetrantes e a outras vítimas apartamentos em empreendimentos imobiliários sem que sequer houvesse projeto de construção, alvará e registro.

Referido acórdão recebeu a seguinte ementa:

Mandado de segurança em matéria criminal. Insurgência contra indeferimento de pedido de habilitação da Defensoria Pública como assistente de acusação.

Inviabilidade. Inexistência de disposição regulamentar acerca da possibilidade do referido órgão atuar como assistente de acusação. Ademais, vítimas que estão assistidas pelo Ministério Público, o qual conduz a ação penal. Direito líquido e certo inexistentes. Segurança denegada.

(Mandado de Segurança n. 2014.002369-2, Rel. Desembargadora Marli Mosimann Vargas, 1ª Câmara Criminal, unânime, julgado em 11/03/2014, DJe de 19/03/2014)

Esclarecem que, “Tendo em vista que boa parte das vítimas dos fatos narrados na denúncia são pessoas de *baixa renda*, muitas das quais, iludidas pelo ‘atraente’ negócio, entregaram como sinal economias arrecadadas por toda uma vida, em valores que partiam de R\$ 4.900,00, além de parcelas mensais que partiam de R\$ 199,00, a *Defensoria Pública* também ingressou com ação civil pública postulando a reparação dos danos individuais homogêneos causados aos consumidores e buscando resguardar/descobrir algum patrimônio que reste em nome dos envolvidos para saldar as indenizações (autos 038.13.032317-6 em trâmite na 2ª Vara da Fazenda da Comarca de Joinville)” (e-STJ fl. 156).

Insistem na possibilidade de figurarem no feito como assistentes da acusação, ponderando não existir empecilho a que a *Defensoria Pública* os represente e represente também alguns dos réus, no mesmo feito, “sem que isso represente qualquer ‘conflito de interesses’ ou tergiversação, já que, obviamente, são membros diversos que atuam em favor das partes adversas, com a ética e a lealdade que se espera de um agente público” (e-STJ fl. 157).

Argumentam que, contrariamente ao assentado no acórdão recorrido, o fato de a *Defensoria Pública* do Estado de Santa Catarina não dispor de “normas regulamentares” que lhe facultem atuar como assistente de acusação não a impediria de representar hipossuficientes que têm interesse em atuar como assistente de acusação, tendo em vista o disposto no art. 5º, inciso LXXIV, e art. 134 da CRFB c/c art. 268 do CPP c/c art. 40, incisos V e XV, e § 5º c/c art. 128, XI, LC 80/1994 e art. 4º, incisos V e XIII, e § 2º c art. 46, X, LCE 575/12, dispositivos esses que reconhecem a existência de “um dever estatal de prover de forma *integral* o serviço de assistência jurídica, ou seja, tal assistência deve abranger *toda e qualquer necessidade* jurídica do hipossuficiente economicamente nas situações em que este precise de uma representação técnico-jurídica em processos administrativos e/ou judiciais” (e-STJ fl. 161), de maneira a garantir o direito fundamental do acesso à justiça.

Sustentam ser também equivocada a afirmação de que a lei não “autoriza” especificamente a *Defensoria Pública* a representar a vítima no exercício de seu direito de ingressar como assistente de acusação.

Primeiro porque esta representação da parte está prevista de forma ampla e irrestrita pelo art. 128, XI, da LC 80/1994 e art. 46, X, da LCE 575/12, vale dizer, em qualquer “feito judicial”.

Segundo porque o hipossuficiente tem direito fundamental que a assistência jurídica seja integral - não só “em parte”.

Terceiro porque, havendo previsão de representação de forma ampla, é irrazoável a concepção de uma interpretação restritiva a direitos fundamentais que exige do legislador que ele elenque cada ação e/ou processo específico que a Defensoria Pública estaria “autorizada” a representar a parte, o que, a toda evidência, ignora completamente o princípio de hermenêutica constitucional da máxima efetividade dos direitos fundamentais e ilegitimamente restringe - onde a lei não restringe - a abrangência do direito fundamental de assistência jurídica integral e do direito fundamental de acesso à justiça.

(e-STJ fls. 165/166)

Acrescentam que, “*Ad argumentandum tantum*, é de se notar que, por força do art. 40, inciso XV, da LC 80/1994 e do art. 40, inciso XIII, da LCE 575/12, a *Defensoria Pública* tem, *inclusive*, atribuição de patrocinar a ação penal privada e a ação subsidiária da pública, o que, com muito mais razão, legitima a sua atuação como representante da parte hipossuficiente que, como vítima, manifeste o interesse de ingressar com assistente de acusação” (e-STJ fl. 170).

Por fim, refutam a afirmação de que o Ministério Público teria a função de tutelar a vítima, argumentando que aquele, por atuar com imparcialidade e independência funcional, pode postular a absolvição do acusado, a desclassificação para tipo penal mais brando e/ou a aplicação de benefícios penais em contraposição ao interesse da vítima bem como pode deixar de apelar, logo resta claro que a sua função institucional não é a de tutelar o interesse dela, mas, sim, o interesse do Estado.

No ponto, ponderam que, ainda que o *Parquet* tivesse a função de “tutelar a vítima”, como posto no acórdão recorrido, o exercício da função acusatória não excluiria o direito subjetivo da vítima de ingressar como assistente de acusação.

Pedem, assim, seja cassada “a decisão proferida nos autos n. 038.13.026462-5, em trâmite na 4 Vara Criminal da Comarca de Joinville-SC, que indeferiu a

habilitação dos *recorrentes* como assistentes de acusação representados por Defensor Público” (e-STJ fl. 176).

Sem contrarrazões.

Instado a se manifestar sobre a controvérsia, o órgão do Ministério Público Federal que atua perante esta Corte opinou (e-STJ fls. 195/196) pelo provimento do recurso, em parecer assim ementado:

EMENTA: Penal e Processo Penal. Recurso ordinário. Mandado de segurança em matéria criminal. Decisão indeferitória de pedido de habilitação da Defensoria Pública como assistente de acusação. Recorrentes hipossuficientes. Pretensão do referido órgão a atuar como assistente de acusação. Possibilidade. Inteligência dos arts. 5º, inciso LXXIV, e art. 134, ambos da CF/88 e dos arts. 2º c/c 46, ambos da LCE n. 575/2012. Pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca (Relator): A jurisprudência desta Corte tem admitido, de regra, a possibilidade de atuação do defensor público como assistente de acusação.

Nos termos do art. 4º, XV, da Lei Complementar 80/1994, é função da Defensoria Pública, entre outras, patrocinar ação penal privada e a subsidiária da pública. Ora, se a função acusatória não se contrapõe às atribuições institucionais da Defensoria Pública, o mesmo ocorre com o exercício da assistência à acusação.

Nesse sentido:

Processual Penal. *Habeas corpus*. Defensoria Pública. Assistência à acusação. Procuração com poderes especiais. Desnecessidade. Comprovação de carência econômica. Análise realizada pela Defensoria Pública.

1. É função institucional da Defensoria Pública patrocinar tanto a ação penal privada quanto a subsidiária da pública, não havendo incompatibilidade com a função acusatória, mais precisamente a de assistência da acusação.

2. Não encontra amparo legal o pedido de trancamento parcial do feito, tendo em vista que o defensor público deve juntar procuração judicial somente nas hipóteses em que a lei exigir poderes especiais (arts. 44, XI, 89, XI, e 128, XI, da Lei Complementar n. 80/1994), o que não se verifica na situação em apreço.

3. É atribuição da Defensoria Pública examinar o estado de carência de seus assistidos.

4. O art. 4º, § 1º, da Lei n. 1.060/1950 estabelece normas para concessão de assistência judiciária aos necessitados, apontando como necessária a simples afirmação de carência de recursos, sendo prescindível, portanto, colacionar outros documentos aos autos.

5. A via estreita do *habeas corpus* não é adequada para analisar afastamento de assistência judiciária gratuita, pois demandaria dilação probatória.

6. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 293.979/MG, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 5/2/2015, DJe 12/2/2015) – negritei.

Processual Penal. *Habeas corpus*. Defensoria Pública. Assistência de acusação. Prazo em dobro.

I - É função institucional da Defensoria Pública patrocinar tanto a ação penal privada quanto a subsidiária da pública, não havendo nenhuma incompatibilidade com a função acusatória, mais precisamente a de assistência da acusação.

II - O disposto no § 5º do artigo 5º da Lei n. 1.060/50, com a redação dada pela Lei n. 7.871/89, aplica-se a todo e qualquer processo em que atuar a Defensoria Pública.

Writ denegado.

(HC 24.079/PB, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 19/8/2003, DJ 29/9/2003, p. 288).

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Penal e Processual Penal. Tribunal do Juri. Defensor Público. Assistente de acusação. Relação privada. Irregularidade da constituição processual. Necessidade de reexame de provas. Vedação. Óbice da Súmula 7/STJ. Não há nulidade sem prejuízo. *Pas de nullité sans grief*. Homicídio. Materialidade e autoria. Comprovação. Soberania dos veredictos. Fundamento constitucional. Súmula 126/STJ. Distribuição do ônus da prova. Violação. Fundamentação deficiente. Súmula 284/STF.

1. Nos termos do art. 4º, XV, da Lei Complementar 80/1994, é função da Defensoria Pública, entre outras, patrocinar ação penal privada e a subsidiária da pública. Sob esse prisma, mostra-se incipiente a tese recursal, pois, se a função acusatória não se contrapõe às atribuições institucionais da Defensoria Pública, o mesmo ocorre com o exercício da assistência à acusação. Precedentes.

2. Eventual irregularidade na constituição do representante processual incumbido da assistência à acusação não evidencia relação direta com o caso concreto nem prejuízo capaz de justificar a declaração da nulidade pretendida.

Ademais, a análise da questão dependeria de revolvimento de matéria fático-probatória, medida que, em recurso especial, enfrenta o óbice da Súmula 7/STJ.

3. O Tribunal deixou de proceder à reanálise das provas consideradas pelo Tribunal do Júri em atenção ao princípio constitucional da soberania dos veredictos - *ex vi* art. 5º, XXXVIII, da CF. O agravante não cuidou de interpor o competente recurso extraordinário. Assim, é inadmissível o recurso especial, conforme orientação da Súmula 126/STJ.

4. O agravante não expôs de forma clara a razão porque entende violada a distribuição do ônus da prova, o que atrai também a incidência à Súmula 284/STF.

5. O agravante não trouxe elementos suficientes para infirmar a decisão agravada, que, de fato, apresentou a solução que melhor espelha a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria.

6. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 568.936/PB, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 24/05/2016, DJe 01/06/2016) – negritei.

De outro lado, é sempre bom lembrar que “A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, notadamente pela defesa, em todos os graus de jurisdição, dos necessitados (art. 134 da CR). Essa essencialidade pode ser traduzida pela vocação, que lhe foi conferida pelo constituinte originário, de ser um agente de transformação social, seja pela redução das desigualdades sociais, seja na afirmação do Estado Democrático de Direito ou na efetividade dos direitos humanos, mostrando-se, outrossim, eficiente mecanismo de implementação do direito fundamental previsto art. 5º, LXXIV, da C.R” (RHC 092.877, Rel. Min. *Maria Thereza de Assis Moura*, julgado em 18/04/2018, publicado no DJe de 23/04/2018).

Ora, para bem se desincumbir desse importante papel de garantir o direito de acesso à Justiça aos que não têm como arcar com os custos de um processo judiciário, o legislador assegurou à Defensoria Pública um extenso rol de prerrogativas, direitos, garantias e deveres, de estatura constitucional (art. 134, §§ 1º, 2º e 4º, da CR) e legal (arts. 370, § 4º, do Código de Processo Penal, 5º, § 5º, da Lei n. 1.060/1950, 4º, V, e 44, I, da Lei Complementar n. 80/1994), permeados diretamente por princípios que singularizam tal instituição.

Assim sendo, ainda que não houvesse disposição regulamentar estadual autorizando expressamente a atuação da defensoria pública como assistente de acusação, tal autorização derivaria tanto da teoria dos poderes implícitos, quanto das normas legais e constitucionais já mencionadas, todas elas concebidas com o

escopo de possibilitar o bom desempenho da função constitucional atribuída à Defensoria Pública.

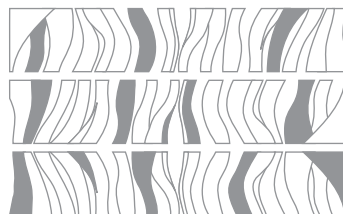
De outro lado, têm razão os recorrentes quando defendem não existir empecilho a que a Defensoria Pública os represente e represente também alguns dos réus, no mesmo feito, pois tal atuação não configura conflito de interesses. Situação similar ocorre quando o Ministério Público atua como parte no feito e, ao mesmo tempo, como *custos legis*, podendo oferecer manifestações divergentes a respeito da mesma causa, sem que isso implique conflito de interesses ou nulidade.

Se assim não fosse, a alternativa restante implicaria reconhecer que caberia à Defensoria Pública escolher entre vítimas e réus num mesmo processo os que por ela seriam representados, excluindo uns em detrimento de outros. Em tal situação, o resultado seria sempre o de vedação do acesso à Justiça a alguns, resultado que jamais se coadunaria com os princípios basilares de igualdade e isonomia entre cidadãos que norteiam a Constituição, inclusive na forma de direitos e garantias fundamentais (art. 5º, *caput*, CF) que constituem cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV da CF).

Ainda que se pudesse argumentar que tal tipo de atuação poderia, em tese, gerar dificuldades com relação à intimação das vítimas e dos réus, ambas feitas ao órgão Defensoria Pública, a dificuldade não passaria de mero percalço facilmente solucionável com o desenvolvimento de um sistema interno de correlação entre defensores e feitos que simulasse a prevenção, permitindo o acompanhamento mais fácil de intimações e comunicações processuais.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso dos impetrantes, para reconhecer o seu direito de se habilitarem como assistentes da acusação na Ação Penal n. 038.13.026462-5, no estado em que ela se encontrar (art. 269, CPP).

É como voto.



Sexta Turma

HABEAS CORPUS N. 403.318-MG (2017/0139941-0)

Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro

Impetrante: Aguinaldo Paula de Assis

Advogado: Aguinaldo Paula de Assis - MG174373

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Paciente: Jose Geraldo Alves Fonseca

EMENTA

Habeas corpus. Concussão. Prisão preventiva substituída. Medida cautelar de monitoramento eletrônico. Excesso de prazo verificado. Constrangimento ilegal configurado. Ordem concedida, ratificada a liminar.

1. A aferição da existência de excesso de prazo para a formação da culpa decorre da exigência de observância do preceito constitucional inserto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal. Tal verificação, contudo, não se realiza de forma puramente matemática. Reclama, ao contrário, um juízo de razoabilidade, no qual devem ser sopesados não só o tempo da prisão provisória, mas também as peculiaridades da causa, sua complexidade, bem como quaisquer fatores que possam influir na tramitação da ação penal.

2. Na espécie, apesar de o paciente não estar preso, em janeiro de 2016 foi-lhe imposto o monitoramento eletrônico em substituição à custódia cautelar, o qual, dadas as implicações inerentes ao seu uso, também deveria ter duração razoável. Entretanto, contrariamente à recomendação expressa do Tribunal de origem, no julgamento do *writ* originário, de antecipação da audiência outrora marcada para 7/2/2018, o Juízo de primeiro grau postergou ainda mais a realização da assentada em questão, alterando-a para 21/6/2019, fazendo, com isso, protrair no tempo o monitoramento eletrônico, o que configura evidente constrangimento ilegal ocasionado ao paciente, já que o uso de tornozeleira caracteriza restrição gravosa da liberdade.

3. Ordem concedida, ratificada a liminar.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator

Brasília (DF), 17 de abril de 2018 (data do julgamento).

Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Relator

DJe 30.4.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de *Jose Geraldo Alves Fonseca*, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (HC n. 1.0000.16.093761-1/000).

Consta dos autos ter sido o paciente preso em flagrante, em 25/11/2015, custódia essa convertida em preventiva, pela suposta prática do crime de concussão (art. 316 do Código Penal), pois, em razão da função que ocupava, teria exigido para si, diretamente, vantagem indevida da vítima.

Por ocasião do julgamento do *habeas corpus* impetrado na origem, a segregação cautelar foi substituída, em janeiro de 2016, por medidas cautelares, entre elas o monitoramento eletrônico (e-STJ fl. 204).

Posteriormente, objetivando a retirada do monitoramento eletrônico ante o decurso de tempo transcorrido desde a imposição da medida, a defesa ingressou com outro remédio constitucional no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, tendo a ordem sido denegada nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 202):

Habeas corpus. Descumprimento injustificado de medida cautelar de monitoração eletrônica. Quebra do compromisso. Revogação de monitoramento. Impossibilidade. Ordem denegada.

O paciente, embora tenha sido advertido, descumpriu medida de monitoração eletrônica, não tendo comparecido em juízo para justificar o inadimplemento. Tal atitude revela seu descaso com o compromisso assumido, devendo a ordem ser denegada.

No *writ* impetrado nesta Corte, argumentou o impetrante, naquela ocasião, ter o paciente permanecido sob monitoramento eletrônico por mais de 1 ano e 6 meses, o que, a seu ver, seria mais gravoso que eventual condenação, destacando que a medida em questão tem ocasionado constrangimento ilegal ao paciente.

Buscou, inclusive liminarmente, fosse “retirado o equipamento (tornozeleira eletrônica), tendo em vista que não estão presentes os requisitos ensejadores para manutenção do paciente em monitoramento eletrônico, com a imediata expedição de ordem de retirada do equipamento em favor deste” (e-STJ fl. 16).

Liminar indeferida às e-STJ fls. 264/265.

Prestadas as informações, o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem, “com recomendação de que o Juízo de origem antecipe a audiência de instrução e julgamento para a data mais próxima” (e-STJ fl. 327).

Às e-STJ fls. 331/334, aviou a defesa pedido de reconsideração da decisão que indeferiu a medida liminar, afirmando que a audiência de instrução e julgamento, antes designada para janeiro de 2018, foi redesignada para junho de 2019, de modo que não atendida a recomendação do Tribunal *a quo*, no julgamento do *writ* originário, de antecipação daquela audiência.

Aduziu que militam em favor do paciente condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e trabalho lícito e “que a retirada da tornozeleira não trará nenhum prejuízo ao andamento processual” (e-STJ fl. 332).

Enfatizou, ainda, que a demora de 4 anos para a realização da audiência não foi ocasionada pela defesa do paciente, de forma que a apontada desídia somente pode ser atribuída ao Estado.

Requeru, assim, fosse “reapreciada a liminar para conceder a retirada da tornozeleira do paciente José Geraldo Alves Fonseca, até o julgamento do mérito” (e-STJ fl. 334).

Em 5/4/2018, diante dos fatos novos trazidos pela defesa, reconsiderarei a decisão que outrora negou a medida de urgência e deferi a liminar a fim de afastar o monitoramento eletrônico imposto ao paciente pelo Tribunal de origem até o julgamento definitivo deste *habeas corpus*.

É, em síntese, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro (Relator): Pois bem. Como cediço a aferição da existência de excesso de prazo para a formação da culpa decorre da exigência de observância do preceito constitucional inserto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, que assim dispõe:

A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

É que compete ao aparelho estatal empregar meios que possam dar celeridade aos processos sob sua tutela, mormente na hipótese de réu preso, evitando-se, com isso, que o acusado seja submetido a uma privação de liberdade que, pelo decurso do tempo, acabe por convolar-se em cumprimento antecipado de pena.

Não obstante, a constatação da violação à garantia constitucional acima referida não se realiza de forma puramente matemática. Reclama, ao contrário, um juízo de razoabilidade, no qual devem ser sopesados não só o tempo da prisão provisória mas também as peculiaridades da causa, sua complexidade, bem como quaisquer fatores que possam influir na tramitação da ação penal.

Na espécie, não se trata de réu preso pois, consoante consignado no relatório, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em janeiro de 2016, no julgamento de *habeas corpus* impetrado em favor do ora paciente, substituiu a segregação cautelar por medidas cautelares alternativas, entre elas o monitoramento eletrônico (e-STJ fl. 204).

Todavia, não se olvida que o monitoramento eletrônico, dadas as implicações inerentes ao seu uso, também deva ter duração razoável.

Embora a defesa não tenha juntado aos autos prova que demonstrasse que, de fato, houve a remarcação da audiência para data longínqua, informações obtidas mediante contato telefônico estabelecido com a 2ª Vara Criminal da Comarca de Betim/MG, e confirmadas por meio de envio de correio eletrônico, noticiam que, tal como alegado, a audiência de instrução e julgamento está designada para 21/6/2019.

Ora, compulsando os autos verifico que, no julgamento do *habeas corpus* impetrado no Tribunal mineiro, aquela Casa, apesar de denegar a ordem que objetivava o afastamento da monitoração eletrônica do paciente, recomendou expressamente a antecipação da audiência outrora marcada para 7/2/2018.

Entretanto, não apenas diferentemente do recomendado mas também contrariamente à proposição de segundo grau, o Juízo de primeiro grau postergou ainda mais a realização da assentada em questão, alterando-a para 21/6/2019, fazendo, com isso, protrair no tempo o monitoramento eletrônico imposto desde janeiro de 2016 (e-STJ fl. 204), o que, a meu ver, configura evidente constrangimento ilegal ocasionado ao paciente, a ser coibido por esta Corte, já que o uso de tornozeleira caracteriza restrição gravosa da liberdade, que, como tal, também deve ter duração razoável, nos exatos moldes do que se exige para a prisão processual.

Aliás, embora possa haver motivação suficientemente para o monitoramento em questão, uma vez que consta do acórdão informações do Juízo de primeiro grau no sentido de que “o paciente teria apresentado a tornozeleira sem comunicação e com bateria totalmente descarregada e ainda sem o pino de plug macho e o carregador danificado pelo mau uso” (e-STJ fl. 204), o excesso de prazo ora constatado tornou ilegal a constrição imposta.

Recupero, por oportuno, as palavras do Ministro Nilson Naves, postas em seu voto proferido no julgamento do HC n. 43.153/BA:

As coisas hão de ter tempo e fim, hão de ter forma e medida, e os acontecimentos jurídicos não hão de ser diferentes; ao contrário, hão de ter, sempre e sempre, forma e medida (início, tempo e fim), por isso, quem sabe, é que já se escreveu que “toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo” (art. 7º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, promulgada pelo Decreto n. 678, de 6.11.92). Também foi recentemente escrito na Constituição brasileira que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (art. 5º, LXXVIII).

(HC 43.153/BA, relator o Ministro Nilson Naves, Sexta Turma, julgado em 13/12/2005, DJe 27/03/2006)

Em caso análogo, guardadas as devidas particularidades, a Sexta Turma deste Tribunal Superior assim se posicionou:

[...]

4. A despeito das devidas razões para a decretação da prisão domiciliar do paciente, certo é que também a reclusão domiciliar - não só a constrição em estabelecimento prisional - há de ter duração razoável. A chamada reforma do

Judiciário, vazada na Emenda Constitucional n. 45/2004, erigiu à categoria de direito fundamental “a razoável duração do processo” (art. 5º, inciso LXXVIII).

5. *Inicialmente em presídio e, agora, em sua residência, depara-se o réu sob as garras do Estado desde junho de 2016, vale dizer, há 1 ano e 4 meses, sem que sequer haja acusação formal. Desde agosto de 2016, porta-se o paciente com tornozeira eletrônica impedindo sua plena liberdade.*

[...]

7. *Ordem concedida para relaxar a prisão domiciliar do paciente e determinar a cessação da medida cautelar prevista no art. 319, IX, do Código de Processo Penal, sem prejuízo de que o Juízo de primeiro grau, de maneira fundamentada, examine se é caso de aplicar uma (ou mais) das demais medidas cautelares implementadas pela Lei n. 12.403/2011.*

(HC 401.775/AC, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 07/11/2017, DJe 13/11/2017, grifei)

À vista do exposto, ratifico a liminar e *concedo a ordem* a fim de afastar o monitoramento eletrônico imposto ao paciente nos autos da ação penal a que fazem referência estes autos.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 408.593-SP (2017/0174305-3)

Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro

Impetrante: Eugênio Carlo Balliano Malavasi e outro

Advogados: Eugenio Carlo Balliano Malavasi - SP127964

Patrick Raasch Cardoso - SP191770

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Edson Cholbi Nascimento (Preso)

EMENTA

Habeas corpus. Nulidade dos acórdãos que julgaram os embargos de declaração. Não ocorrência. Omissão e contradição ausentes.

Teses inéditas. Impossibilidade de apreciação. Intenção de revisão do julgado. Improriedade dos aclaratórios.

1. Os embargos de declaração, como se infere da redação do art. 619 do Código de Processo Penal, supõem defeitos na mensagem do julgado, em termos de ambiguidade, omissão, contradição ou obscuridade, isolada ou cumulativamente. Precedentes.

2. A omissão configura-se quando o magistrado ou o colegiado deixam de apreciar questões relevantes para o julgamento da causa, suscitadas pelas partes ou cognoscíveis de ofício. Já contradição decorre da existência de proposições inconciliáveis entre si.

3. Na espécie, todas as matérias indicadas nos aclaratórios foram abordadas à saciedade. Buscou a defesa, por meio do recurso integrativo, a reapreciação de controvérsias amplamente analisadas em tema de apelação. Para tal desiderato, porém, não se prestam os embargos de declaração.

4. De mais a mais, apenas diante de omissão a se aclarar ou de contradição a ser extirpada, serão conferidos aos aclaratórios efeitos infringentes. À mingua, porém, da presença de desses defeitos, o acórdão apenas pode ser reformado por meio do recurso próprio.

5. Outrossim, não cabe inovar em tema de aclaratórios, para neles incluir matéria absolutamente estranha ao conteúdo do aresto embargado. Aliás, ainda que superado este óbice, evidente a incompetência do Tribunal de Justiça para a apreciação de eventual pedido de extensão, pois tal requerimento deveria ter sido formulado perante o órgão prolator da decisão cujos os efeitos se pretendiam estender ao paciente. Precedentes.

6. Conclusivamente, não ocorrendo, como no caso não ocorreu, nenhum dos defeitos descritos no art. 619 do Código de Processo Penal, não tinham cabimento os aclaratórios opostos, não havendo que se falar em negativa de prestação jurisdicional. Precedentes.

7. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

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

unanimidade, denegar a ordem nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentou oralmente o(a) Adv(a) Eugenio Carlo Balliano Malavasi, pela parte paciente: Edson Cholbi Nascimento

Brasília (DF), 13 de março de 2018 (data do julgamento).

Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Relator

DJe 26.3.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro: Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de *Edson Cholbi Nascimento*, no qual se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Foi o paciente – e os demais corréus – denunciado pela suposta prática das condutas descritas no art. 1º, incisos I e VII, da Lei n. 9.613/1998, art. 1º, § 2º, incisos I e II, da Lei n. 9.613/1998, bem assim no § 4º do art. 1º do mesmo diploma legal, todos na forma do art. 69 do Código Penal.

Nos termos da peça acusatória, os acusados, agindo em concurso e com unidade de desígnios, de modo habitual e por intermédio de organização criminosa, formaram associação dirigida à prática de lavagem de dinheiro oriundo do tráfico de entorpecentes, ocultando e dissimulado a propriedade de bens, direitos e valores provenientes, de forma direta ou indireta, do tráfico de drogas.

Superadas as demais fases processuais, o paciente foi condenado à pena de 33 (trinta e três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado, bem assim ao pagamento de 1.160 (mil, cento e sessenta) dias-multa, concedido o recurso em liberdade.

Contra o édito condenatório insurgiu-se a defesa.

Os desembargadores integrantes da Décima Quarta Câmara de Direito Criminal, em sessão de julgamento realizada em 23 de fevereiro de 2017, por unanimidade de votos, rejeitaram as preliminares e, no mérito, deram parcial provimento ao recurso para reduzir as reprimendas a 12 (doze) anos, 10 (dez) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, e 42 (quarenta e dois) dias-multa.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados pela Turma Criminal, por unanimidade, em 30 de março de 2017, com a determinação de expedição de mandado de prisão após o decurso do prazo.

Houve nova oposição de embargos de declaração pelos causídicos, os quais, em 22 de junho de 2017, por votação unânime, foram rejeitados.

Aos 20 de julho de 2017, a defesa apresentou novos aclaratórios, os quais foram rejeitados por unanimidade pelo colegiado local, determinando-se a imediata expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente.

No Superior Tribunal de Justiça, buscam os impetrantes seja declarada a nulidade dos acórdãos que rejeitaram os embargos de declaração, porquanto não enfrentadas todas as teses expostas pela defesa.

Esclarecem que, ao apreciarem o acórdão de apelação, notaram a ocorrência de omissões e contradições referentes a estes temas: (I) conversão do julgamento em diligência para que fosse solicitado ao Magistrado singular cópias integrais dos autos da medida cautelar da interceptação telefônica; (II) sobrestamento do feito até que fosse apurada a autoria do delito antecedente; (III) nulidade da ação penal em face da ausência de fundamento da decisão relativa às interceptações telefônicas; (IV) ausência de provas bastantes à condenação seja em relação a todos os delitos pelos quais o paciente foi condenado, seja no que se refere ao delito de lavagem de dinheiro proveniente de organização criminosa, seja no tocante a suposta prática estampada no art. 1º, § 2º, inciso I, da Lei n. 9.613/1998 ou em relação a suposta prática do artigo 1º, § 2º, inciso II, da Lei n. 9.613/1998. Entretanto, sublinham que os aclaratórios foram rejeitados sob o singelo argumento de que não havia omissões a serem sanadas, sendo inviável emprestar caráter infringente aos aclaratórios. Destacam que, “tendo em conta que uma circunstância somente chegou ao conhecimento da defensoria técnica do paciente após a oposição dos anteriores embargos de declaração (pena aplicada aos réus no processo desmembrado ter sido muito menor que aquela imposta ao paciente – cf. doc. n. 7), suscitou-se no novo aclaratório, ainda que emprestando caráter infringente e para garantir o prequestionamento de tal questão, a possibilidade de aplicação analógica da regra contida no artigo 580 do Código de Processo Penal” (e-STJ fl. 8). Porém, sublinham que, mais uma vez, o colegiado local rejeitou os embargos consignando o nítido caráter protelatório do inconformismo. Asserem que nenhum dos embargos opostos pela defesa possuía caráter procrastinatório. Ponderam que a intenção da defesa jamais foi a de obstar a execução provisória da reprimenda, mas sim a “declaração, de

forma pontual, do v. acórdão quanto aos argumentos defensivos trazidos em sede de apelação e repisados e/ou inovados quando da oposição dos aclaratórios manejados, ainda que de forma excepcional” (e-STJ fl. 13).

Entendem possível a apreciação pelo colegiado local, em tema de embargos de declaração, de questão superveniente não ventilada no recurso de apelação, na forma do art. 489 do Código de Processo Civil.

Diante de todas essas considerações, pedem, em tema liminar, possa o paciente aguardar em liberdade o julgamento do presente inconformismo.

No mérito, buscam seja declarada a nulidade dos acórdãos que apreciaram os embargos de declaração opostos pela defesa, determinando-se ao Tribunal de Justiça que aprecie as matérias ali trazidas como entender de direito.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 529/533).

Ouvido, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do presente remédio constitucional (e-STJ fls. 697/698).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro (Relator): Como vimos do relatório, o cerne da questão reside na alegação de nulidade dos acórdãos que rejeitaram os embargos de declaração, porquanto não enfrentadas todas as teses expostas pela defesa.

Numa e noutra passagem da inicial, há alegações deste porte:

(I) embora os causídicos tenham se valido do único recurso bastante para sanar omissões e contradições, bem como para garantir o prequestionamento das matérias, “nem mesmo questões que não haviam sido ventiladas em razões de apelação e que somente chegaram ao conhecimento da defesa após tal julgamento foram analisadas pela Douta Turma Julgadora, a qual, na primeira oportunidade, limitou-se a afirmar que não havia omissões a serem sanadas e que seria impossível emprestar efeito suspensivo aos aclaratórios, ao passo que, no julgamento dos demais embargos, os rejeitou sob o argumento de que tinham eles caráter procrastinatório” (e-STJ fl. 6); (II) a autoridade apontada como coatora preocupou-se “apenas e tão somente com o cumprimento antecipado da pena corporal do paciente, ignorando, por outro lado, os argumentos e teses defensivas sustentadas” (e-STJ fl. 11).

Consoante se depreende dos autos, nos primeiros aclaratórios opostos pela defesa, o então apelante anunciou a existência de vícios na manifestação judicial, mormente quanto às seguintes questões:

(I) omissão no enfrentamento do pleito de conversão do julgamento em diligência para a juntada da medida cautelar de interceptação telefônica;

(II) lacuna a respeito da alegação de ausência de fundamentação das decisões que determinaram as interceptações telefônicas e suas prorrogações;

(III) hiato referente aos argumentos de que o sentenciado não teve envolvimento nos negócios de Ronaldo relativos à locadora de automóveis, à mineradora e a outros empreendimentos;

(IV) contradição ao repelir o pedido de sobrestamento do feito até o julgamento do processo pelo crime de tráfico de entorpecentes;

(V) vácuo no tocante à aplicação de precedente do Supremo Tribunal Federal acerca da inviabilidade de interceptações telefônicas deferidas por meio de decisões judiciais padronizadas.

Observem que, relativamente à primeira omissão assinalada pela defesa, fez-lhe referência o colegiado local nesta passagem:

Diversamente do que sustentou a ilustrada Defesa de Edson, o v. Acórdão não deixou de apreciar seu pedido de conversão do julgamento em diligência; ao contrário, indeferiu-o expressamente e fundamentadamente, após afirmar que todo material relativo às interceptações já fora disponibilizado às defesas. (e-STJ fl. 378).

De fato, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em tema de apelação, anunciou que as defesas dos acusados tiveram acesso às gravações telefônicas efetivadas, “deixaram de impugnar as transcrições realizadas, como se abstiveram de requerer degravação de qualquer conversação” (e-STJ fl. 275). Diante desse cenário, indeferiu, “por desnecessário, o pedido de conversão em diligência formulado pelo réu Edson” (e-STJ fl. 277).

A propósito da segunda pecha – ausência de fundamentação das decisões que determinaram as interceptações telefônicas e suas prorrogações – o colegiado local, pelas palavras do Desembargador relator, estatuiu desta maneira (e-STJ fls. 365/375):

Tal como ocorrera nas razões de apelação, significativa parcela das impugnações ao v. Acórdão diz respeito à rejeição das múltiplas preliminares opostas pelas Defesas à interceptação telefônica.

A propósito dessas preliminares, discorreu longamente o v. Acórdão:

2.1. As Defesas de Clóvis, Nicolau e Edson elegeram as interceptações telefônicas como alvos importantes de sua irresignação, acoimando-as de ilegítimas ou nulas, por nelas vislumbrarem ilegalidades de toda espécie.

Contudo, não se configurou nenhum dos incontáveis vícios apontados pelas Defesas na produção dessa prova.

Desde logo cumpre anotar que, diversamente do afirmado pelas Defesas, a r. sentença dedicou várias laudas à apreciação das apontadas nulidades na interceptação telefônica, o que se constata às fls. 14.665/14.668.

No que toca aos antecedentes da captação dos diálogos, alega-se: (1) que não há prova de diligências anteriores, a fornecer indícios que justificassem a interceptação, nem que esta fosse o único meio de demonstrar os fatos; (2) que houve equívoco quanto a uma pessoa na representação da Autoridade Policial, já que não existiu a mencionada conversa entre o réu Clóvis e Fernando Viana, em que o primeiro exigiria prestação de contas do segundo, tratando-se, na verdade, de conversa entre o corrêu Ronaldo e Fernando; (3) que a autorização de interceptação disse respeito apenas a réus de outro feito; (4) que essa autorização (bem como as decisões que autorizaram prorrogações), não foram devidamente fundamentadas.

Quanto às providências subsequentes, afirma-se: (5) que foram autorizadas ilegalmente várias prorrogações, quando a lei apenas autoriza uma prorrogação de prazo; (6) que o material resultante das interceptações veio aos autos apenas parcialmente e em cópias, não tendo sido disponibilizados às Defesas os originais, os quais foram destruídos por uma testemunha; (7) que não houve transcrição integral dos diálogos, os quais foram escolhidos e editados a seu bel prazer pelo Ministério Público (sem indicação das circunstâncias das conversas); (8) que não houve perícia de identificação das vozes.

2.1.1. Na contramão do alegado pela Defesa, a representação policial pelo deferimento das interceptações, acompanhada de relatório 7, apontou a presença dos requisitos previstos na Lei n. 9.696/96, necessários à realização da diligência.

De fato, relata o Delegado de Polícia que uma pessoa, cuja identidade não foi fornecida, delatou dois traficantes de entorpecentes, Marcelo e Fernando Viana, os quais 'comercializam no atacado, ou seja, compram e vendem grandes quantidades de cocaína, mas costumam negociar apenas com conhecidos ou pessoas indicadas, tudo para não serem surpreendidos'.

Longe de representar desde logo pela interceptação, a Autoridade Policial determinou diligências tendentes a averiguar a delação.

Segundo o relatório do investigador de polícia, 'visando apurar citada denúncia, passei a manter contato com o traficante Marcelo, passando-me

por comprador de drogas, interessado em adquirir cocaína no atacado. As conversas travadas dão certeza de que se trata de traficante, que comercializa entorpecentes em grandes quantidades. Contudo, referido traficante vem relutando em atender os pedidos deste subscritor, visto estar desconfiado de minhas intenções, vindo a adiar ou evitar um contato pessoal.

Assim, para o avanço das investigações, imprescindível que se intercepte e monitore as linhas de uso de Marcelo e Fernando, acima referidas, cujo acompanhamento poderá fornecer maiores subsídios não só sobre suas localizações, mas de seus contatos e 'modus operandi', dando mais recursos para a negociação em andamento" 8 Como se percebe, a partir da delação anônima realizaram-se diligências, as quais indicaram que Marcelo e Fernando eram traficantes; no entanto, a postura destes impediu o prosseguimento das investigações, não restando outro caminho senão a interceptação telefônica.

Nenhuma ilegalidade, portanto.

2.1.2. Iniciados os trabalhos de interceptação, relatou a Autoridade Policial que as escutas confirmaram efetivamente a prática de tráfico de entorpecentes, o qual envolvia, além dos dois primeiros averiguados, outras pessoas, cujas linhas também se tornaram alvos, por autorização judicial.

Constata-se que as representações oferecidas pelo Delegado de Polícia são minuciosas e precisas, dando conta, a cada postulação, dos elementos que as embasam.

É fato que há referência a um interlocutor cuja alcunha era Nal, a qual se assemelha à alcunha de Clóvis (Nai).

Ainda que tenha havido equívoco acerca daquela pessoa na representação da Autoridade Policial, é certo que a linha interceptada pertencia a ela, e trouxe indícios de prática efetiva do tráfico de entorpecentes.

Eventual equívoco do Delegado de Polícia a esse respeito nem de longe poderia viciar a diligência, a qual, nos termos do artigo 3º da Lei no. 9.296/96 pode ser decretada pelo Juiz até mesmo de ofício.

No mais, se foi Clóvis ou outro o interlocutor de Fernando no indigitado diálogo, e qual o peso dessa conversa na prova contra Clóvis, são questões meritórias.

2.1.3 A primeira autorização para interceptação telefônica, é verdade, mirou apenas Fernando e Marcelo. Contudo, basta analisar as representações subsequentes da Autoridade Policial, seguidas de relatórios de investigação, para compreender que o desenvolvimento da diligência, como já aludido, apontou outros envolvidos, cujas linhas foram igualmente interceptadas mediante expressas autorizações judiciais.

2.1.4 Como também já mencionado, as representações da Autoridade Policial, seguidas de relatórios de investigação, minudenciaram as circunstâncias que autorizavam as diligências.

Elas foram invariavelmente seguidas de pareceres do Ministério Público. Diante dos termos dessas manifestações, nada impedia o Magistrado de simplesmente encampá-las.

Embora sucintas, as decisões judiciais se mostram, pois, suficientemente fundamentadas, lastreando-se nesses requerimentos.

2.1.5 Diversamente do que foi sustentado, é consagrado na jurisprudência das Cortes Superiores o entendimento de que não há limite para o número de prorrogações dos prazos das interceptações.

Nesse sentido:

[...]

2.1.6. Diversamente do que sustentam as Defesas, estas tiveram acesso às gravações realizadas.

Verifica-se que em 12 de dezembro de 2015 antes do recebimento da denúncia - o Ministério Público requereu “a juntada dos CDs relativos à interceptação telefônica desenvolvida nos autos 226/05 da 1ª Vara Criminal de Praia Grande”, tendo a MMA. Juíza despachado: “Junte-se apenas a petição. Os CD’s deverão ser provisoriamente arquivados em cartório”. 9 Não há dúvida de que os CD’s eram cópias daqueles que instruem ação penal em andamento, pelo crime de tráfico de entorpecentes.

Ora, não há comprovação de que às Defesas tenha sido negado acesso aos originais que estão naqueles autos; da mesma forma, não há indicação de que as cópias juntadas a estes autos tenham sido maliciosamente manipuladas para incriminar falsamente qualquer dos acusados.

Aos CD’s que estavam em Cartório tiveram acesso os nobres Defensores; o zelo sempre demonstrado por todos faz presumir que os tenham analisado exaustivamente.

Nenhuma das Defesas, contudo, apontou qualquer indício concreto de edição das gravações; tampouco indicaram e requereram a transcrição de conversas não registradas, que viessem a desmentir as alegações contidas na denúncia.

Mais importante: à exceção da mencionada conversa entre Clóvis e Fernando, as Defesas se abstiveram de negar a realidade, ou mesmo de afirmar a imprecisão da transcrição de qualquer outro dos numerosos diálogos reproduzidos pelo órgão acusatório e pela sentença, que embasaram a condenação.

Conclui-se, pois, que os diálogos invocados pela sentença se verificaram, da forma como foram transcritos.

É o que importa.

2.1.7. Por óbvio, a realização da interceptação telefônica acaba por captar grande número de diálogos que não interessam à prova. Bem por isso, a Lei 9.296/96 autoriza mesmo a inutilização do registro desses diálogos (art. 9º).

Por conta dessa circunstância, é consagrado na jurisprudência o entendimento de que não há necessidade de transcrição integral dos diálogos, notadamente em casos de interceptações múltiplas e prolongadas, como aquelas realizadas nestes autos.

Confira-se:

[...]

A argumentação das Defesas faria sentido apenas na remota hipótese de existirem diálogos, não transcritos, cujo conteúdo confrontasse o sentido incriminador daqueles que, transcritos, contribuíram para dar supedâneo à condenação.

Caso houvesse, bastaria às Defesas apontar e requerer a transcrição desses trechos omitidos.

No entanto, embora, como já visto, tenham tido acesso às gravações, as Defesas, não apenas deixaram de impugnar as transcrições realizadas, como se abstiveram de requerer a transcrição de qualquer conversação.

Deduz-se não terem encontrado nenhuma lacuna relevante.

2.1.8 Por fim, de todo desnecessária a realização de perícia de identificação das vozes, podendo estas serem apuradas por qualquer meio de prova.

Já o argumento defensivo de que Edson não teve envolvimento nos negócios do corréu Ronaldo relativos à locadora de automóveis, à mineradora e a outros empreendimentos, ou de que sua participação foi de menor importância, foi afastado tendo em vista tratar-se de questão meritória, já devidamente apreciada no acórdão de apelação. Sublinhou o colegiado local, outrossim, que, diversamente do que foi afirmado pela defesa do ora paciente, o acórdão de apelação “aprofundou-se na análise da tipicidade das condutas, e deste passo deu razão, em parte, à defesa de Edson” (e-STJ fl. 380).

Por oportuno, confirmamos estas passagens do aresto:

4. Demonstrados os fatos, importa, agora, realizar a adequação da capitulação jurídica das condutas dos apelantes.

Não há dúvida de que respondem pelo crime do artigo 1º, *caput* e inciso I da antiga redação da Lei n. 9.613/98, em sua antiga redação:

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime:

I - de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins.

A imputação do inciso VII do mesmo dispositivo se revela inócua, pois já havia tipificação legal, à época, da lavagem de produto do tráfico de drogas. Ademais, ainda não existia, ao tempo dos acontecimentos, definição legal de organização criminosa, o que tornava inaplicável o mencionado inciso VII.

Todas as condutas praticadas pelos réu – tomar o dinheiro sujo do tráfico e, com dolo de dar a ele aparência lícita, adquirir ou vender automóveis, empresas e imóveis, simular empréstimos, efetuar depósitos etc configuram ocultação ou dissimulação da origem desses valores.

A prática desse crime absorve aquela do delito do artigo 1º, § 2º inciso I da mesma lei (antiga redação):

§ 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem:

I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo.

Se o próprio agente foi autor da ocultação ou dissimulação, a utilização, por ele, daqueles bens, direitos ou valores, constitui mero exaurimento do crime.

No entanto, respondem os apelantes pelo crime do inciso II do § 2º do artigo 1º:

§ 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem:

II - participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei.

Trata-se da formação de associação criminosa para fim de lavagem. Como já destacado, esse crime prescinde, a exemplo dos demais tipos penais de associação criminosa 15, de que todos os membros da associação se conheçam ou colaborem com todos os outros; basta que tenham dolo de aderir a ela, com ânimo de estabilidade. O tipo prescinde, igualmente, da efetiva prática de crimes pelo grupo, bastando que os membros se concertem para a formação da *societas sceleris*. Se, como no caso em tela, praticam habitualmente atos de lavagem, encontra-se configurada a majorante do § 4 do mesmo artigo 1º. da Lei de Lavagem.

A prova de que os apelantes se congregaram para depurar dinheiro estavelmente é fornecida pelo tempo de duração da associação (a denúncia

refere um período de mais de cinco anos), pelo impressionante número de operações de lavagem realizadas, pela organização hierárquica da associação e pelos vultosos valores lavados.

Respondem os apelantes, sem dúvida, por esse delito.

A causa de aumento de pena do § 4º do artigo 1º, conforme corretamente destacou a Defesa de Edson, somente era aplicável, na época dos fatos, ao crime do *caput*, e não àquele do § 2º:

§ 4º A pena será aumentada de um a dois terços, nos casos previstos nos incisos I a VI do *caput* deste artigo, se o crime for cometido de forma habitual ou por intermédio de organização criminosa.

Afasta-se a aplicação da majorante no que tange à ação de organização criminosa, seja porque inexistia definição legal dessa figura à época dos fatos, seja porque, reconhecido o delito de associação criminosa para a lavagem, a incidência da majorante configuraria *bis in idem*.

No entanto, a habitualidade da efetiva prática de atos de lavagem, revelada pela multiplicidade de condutas dessa natureza, praticadas por todos os réus ao longo de anos, sustenta a manutenção da causa de aumento de pena.

Ficam mantidas, portanto, as condenações, dando-se os réus como incurso no artigo 1º, *caput* e inciso I, c.c. o artigo 1º, § 4º, e no artigo 1º § 2º, II da Lei n. 9.613/98, c.c. os artigos 29 *caput* e 69 *caput* do Código Penal.

Prosseguindo, ao apreciar a alegação de contradição no tocante ao pedido de sobrestamento do feito até o julgamento do processo pelo crime de tráfico de drogas, ponderou a Corte local a ausência de “ambiguidade ou contradição no reconhecimento, de forma incidental, da questão prejudicial relativa à existência do crime de tráfico de entorpecentes, com o subsequente julgamento da questão prejudicada que constitui o mérito do presente, qual seja, a prática da lavagem de dinheiro, antes da solução do processo relativo ao tráfico” (e-STJ fl. 385).

Colacionou, nessa vereda, este excerto do acórdão de apelação:

Sustentam as Defesas de Edson e de Nicolau que a sentença ora recorrida não poderia ter sido proferida antes que fosse julgado o processo relativo ao crime precedente, qual seja, o tráfico de entorpecentes, do qual depende a configuração do crime de lavagem de dinheiro de que tratam estes autos. Além disso, a condenação por ambos os crimes configuraria indevido *bis in idem*.

Sem razão, contudo.

A existência do crime precedente constitui questão prejudicial homogênea eis que de natureza penal - em relação à configuração do crime acessório.

Diversamente do que ocorre com as prejudiciais heterogêneas, reguladas pelos artigos 92 e 93 do CPP, ao Juízo criminal não é imposto - aliás, nem sequer é permitido -, suspender o processo a fim de subordinar o julgamento da questão prejudicada ao deslinde de prejudicial de natureza penal.

Cabe ao Juízo criminal decidir incidentalmente a questão prejudicial (sem força de coisa julgada material), para depois julgar a questão prejudicada.

Aliás, a suspensão do processo em face de questão prejudicial somente é prevista, como obrigatória, nas questões não penais que digam respeito ao estado das pessoas (artigo 92 do CPP); nas demais questões, desde que extrapenais, o juiz criminal pode ou não suspender o processo, e, caso o faça, apenas por um ano (artigo 93 do CPP), ao fim do qual lhe caberá julgar a questão extrapenal facultativa.

Não há, insista-se, autorização legal para suspensão do processo em face de questão prejudicial homogênea. Fazê-lo, portanto, afrontaria o princípio da indeclinabilidade da jurisdição.

Em harmonia com a normatização geral da matéria, contida nos apontados dispositivos do CPP, o artigo 2º, inciso II da Lei no. 9.613/98 dispõe expressamente que o processo e julgamento dos crimes de lavagem independe 'do processo e julgamento das infrações penais antecedentes, ainda que praticados em outro país, cabendo ao juiz competente para os crimes previstos nesta lei a decisão sobre a unidade de processo e julgamento'.

Na hipótese de uma condenação pelo crime de lavagem de dinheiro ser seguida, mais tarde, de uma absolvição no feito diverso, pelo crime antecedente desde que calcada em inexistência de crime (incisos I, III ou VI primeira parte do CPP) - a questão deverá ser resolvida em sede de apelação, *habeas corpus* ou revisão criminal.

De outra parte, a tese de que configuraria indevido *bis in idem* a condenação do mesmo agente pelo crime antecedente e pela lavagem de dinheiro ignora, ou torna impunível, a chamada autolavagem (*selflaundering*).

Trata-se da hipótese em que o mesmo agente, após praticar a infração penal antecedente, ferindo o bem jurídico tutelado pela norma, não se limita a usufruir do produto do crime, mas realiza então uma nova conduta, ocultando ou dissimulando sua origem, vindo assim a ofender novo bem jurídico, qual seja, a administração da Justiça ou a ordem econômica.

Cuidando-se de condutas diversas, que atingem diferentes bens jurídicos, não há falar em *bis in idem*.

A propósito, ensinam GUSTAVO H. BADARÓ e PIERPAOLO BOTTINI:

[...]

Fica indeferido, portanto, o pleito da Defesa do réu Edson, voltado ao sobrestamento do presente feito até o julgamento do crime antecedente.

Por derradeiro, a lacuna referente à aplicação da orientação do Pretório Excelso foi afastada pelo colegiado local, pois, considerada suficiente a fundamentação apresentada pelo Magistrado singular ao autorizar a medida cautelar de interceptação telefônica e suas prorrogações, não haveria “como atender o reclamo da defesa de Edson, no sentido de aplicação do precedente do e. Supremo Tribunal Federal” (e-STJ fl. 379).

Nos segundos aclaratórios, sustentou a defesa a possibilidade de serem atribuídos efeitos infringentes aos embargos de declaração, na forma do art. 489 do Código de Processo Civil. Ponderou, ainda, que os temas apresentados nos primeiros aclaratórios não foram devidamente apreciados. Esclareceu que, embora o acórdão houvesse analisado o pedido de conversão do julgamento em diligência para a juntada da medida cautelar de interceptação telefônica, a defesa, em verdade, visava à juntada integral dos autos da medida cautelar, com o objetivo de apreciar as decisões que autorizaram a interceptação e suas prorrogações. Assim, afirmou a nítida confusão entre o que fora requerido e o decidido. Ressaltou, também, omissão na apreciação dos argumentos relativos à nulidade da interceptação, tendo em vista ter sido autorizada exclusivamente com base em denúncia anônima. Sublinhou, outrossim, que a quebra do sigilo telefônico foi autorizada por meio de decisão padronizada e utilizada de forma sucessiva. Destacou omissão na análise dos argumentos referentes à fragilidade probatória, bem assim à participação de menor importância do paciente nos crimes. Por derradeiro, apontou a notícia de que contra os corréus, em autos desmembrados, fora prolatada sentença e aplicada sanção menos severa, situação bastante a atrair o disposto no art. 580 do Código de Processo Penal.

A Corte estadual, ao apreciar o inconformismo, acentuou que a maior parte das alegações foram objeto dos embargos anteriormente opostos, representando as demais inovação, “como se os embargantes pudessem agora, fazendo pouco caso da preclusão, invocar através de novos aclaratórios, ambiguidades, obscuridades, contradições ou omissões somente mais tarde a eles desveladas” (e-STJ fl. 481). Tal o quadro, os embargos foram rejeitados.

Reiterando os anteriores questionamentos, a defesa opôs os terceiros embargos de declaração. Estes foram de plano repelidos, esclarecendo o colegiado local que toda matéria discutida nos aclaratórios – que se limitou a repetir o quanto afirmado nos inconformismos anteriores – “ou foi exaustivamente analisada e decidida no v. acórdão que julgou a apelação, ou nem sequer foi objeto da apelação defensiva, configurando descabida inovação” (e-STJ fl. 497).

Assim também me parece.

Sem dúvida que toda decisão judicial deve ser clara e precisa, daí a importância dos embargos de declaração, recurso reservado, sabemos todos, a dissipar dúvidas derivadas da imprecisão da manifestação judicial.

Destinam-se os aclaratórios, portanto, ao aperfeiçoamento da tutela jurisdicional; cabíveis quando ficar evidenciada omissão, ambiguidade, contradição ou obscuridade, na forma do art. 619 do Código de Processo Penal. Não se prestam, portanto, não obstante o pendor democrático que ostentam, ao reexame de matérias de fato e de direito já apreciadas. Na mesma linha e em observância à natureza integrativa dos aclaratórios, afigura-se de todo inviável o conhecimento, de ofício, de matéria inédita, nem sequer devolvida no bojo do recurso de apelação.

A omissão descrita no referido diploma normativo, “configura-se quando o juízo ou tribunal deixa de apreciar questões relevantes para o julgamento, suscitadas pelas partes ou cognoscíveis de ofício; ou quando não se manifesta sobre algum tópico da matéria submetida à sua apreciação, inclusive quanto ao ponto acessório, como seria o caso da condenação em despesas processuais. Mas inexistente omissão suprível por embargos de declaração quando se trata de matéria cuja apreciação dependia de provocação da parte, que não ocorreu”. A pecha da contradição sobressai “quando constam da decisão proposições inconciliáveis entre si. Pode haver contradição entre afirmações contidas na motivação, ou entre proposições da parte decisória. E pode ocorrer contradição entre alguma afirmação enunciada nas razões de decidir e o dispositivo. [...] É ainda concebível a ocorrência de contradição entre a ementa e o corpo do acórdão. [...] A contradição pode ainda verificar-se entre o teor do acórdão e aquilo que havia resultado da votação, apurável pela minuta do julgamento, pela ata, ou por seus elementos” (GRINOVER, Ada Pellegrini. Antonio Magalhães Gomes FILHO. Antonio Scarance FERNANDES. Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais. Revista dos Tribunais, p. 227/228).

Cabe referir que essa orientação tem sido reafirmada pelo magistério jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça:

Embargos de declaração em recurso especial. Recurso que se esbarra em óbice de admissibilidade. Ausência de omissão, contradição ou obscuridade. Pretensão de reexame. Incabimento.

1. O cabimento dos embargos de declaração em matéria criminal está disciplinado no artigo 619 do Código de Processo Penal, sendo que a inexistência dos vícios ali consagrados importam no desacolhimento da pretensão aclaratória.

2. *A omissão ocorre apenas quando o juiz deixa de apreciar questão suscitada e essencial para o deslinde do processo, o que não se confunde com a expressa recusa em decidir recurso fundado em matéria constitucional e que não preenche os requisitos específicos de admissibilidade notabilizados nos enunciados da Súmula da jurisprudência dos Tribunais Superiores.*

[...]

4. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no REsp 1.525.437/PR, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 12/04/2016, DJe 22/04/2016, grifei.)

Processo Penal. Embargos de declaração em agravo regimental em agravo em recurso especial. Contradição. Inexistência. Prequestionamento de matéria constitucional. Impossibilidade. Embargos rejeitados.

[...]

2. *Na espécie, a controvérsia foi solucionada integralmente, com fundamentação clara, adequada e suficiente, razão pela qual não há ofensa ao citado dispositivo. A insatisfação com o resultado trazido na decisão judicial não significa deficiência ou ausência de prestação jurisdicional.*

3. *Apenas autoriza a oposição do recurso integrativo a contradição que é interna ao julgado, e não a alegada contradição entre a fundamentação da decisão impugnada e outro parâmetro externo. Precedentes.*

[...]

5. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no AgRg no AREsp 794.247/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 03/03/2016, DJe 14/03/2016, grifei.)

Diante desse cenário, entendo que as conclusões constantes da decisão combatida não encerram nenhuma omissão ou contradição.

Não há nenhuma dúvida acerca da posição do julgador sobre os temas suscitados pela defesa, decorrente de manifestação confusa ou omissa.

Vimos linhas acima que todas as matérias indicadas nos aclaratórios foram abordadas à saciedade. Entendo, por isso mesmo, que não há como sustentar a nulidade da manifestação judicial. Na minha compreensão, buscou a defesa, por meio dos aclaratórios, a reapreciação de controvérsias amplamente analisadas em tema de apelação. Para tal desiderato, porém, não se prestam os embargos

de declaração, especialmente sob o pretexto da ocorrência de omissão. Ora, os embargos de declaração não se configuram como um recurso de revisão. De mais a mais, apenas diante de omissão a se aclarar ou de contradição a ser extirpada, serão conferidos aos aclaratórios efeitos infringentes. À mingua, porém, da presença de desses defeitos, o acórdão apenas pode ser reformado por meio do recurso próprio. Há mais: não cabe inovar em tema de aclaratórios, para neles incluir matéria absolutamente estranha ao conteúdo do aresto embargado. Aliás, ainda que superado este óbice, evidente a incompetência do Tribunal de Justiça para a apreciação de eventual pedido de extensão, notadamente em tema de aclaratórios. Isso porque, tal requerimento deveria ter sido formulado perante o órgão prolator da decisão cujos os efeitos se pretendiam estender ao paciente.

Presente esta moldura, não observei na espécie situação que desse amparo ao recurso integrativo. A jurisdição foi prestada mediante decisão suficientemente motivada, não obstante contrária à pretensão da defesa. Na minha compreensão, a pretexto de que se omitiu ponto sobre o qual o Tribunal de Justiça devia pronunciar-se, o que pretendia mesmo a defesa, até porque não há, repita-se, nenhuma pecha a ser sanada, era que os assuntos fossem rediscutidos. Não havia, de outra parte, como registrei acima, possibilidade de o colegiado local apreciar o pedido de extensão formulado pela defesa nos segundos aclaratórios. Em conclusão, não ocorrendo, como no caso não ocorreu, nenhum dos defeitos descritos no art. 619 do Código de Processo Penal, não tinham cabimento os aclaratórios opostos, não havendo que se falar em negativa de prestação jurisdicional.

Demais disso, impende observar que, a insistência da defesa nas mesmas teses, tendo em vista que em três oportunidades opôs embargos de declaração contra acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça, apresentando idênticos fundamentos, já exaustivamente apreciados, revela nítida intenção procrastinatória, situação de manifesto desrespeito aos deveres de lealdade processual e comportamento ético. Sobre o assunto, colaciono, apenas para ilustrar, decisão desta Turma no EDcl no REsp n. 1.455.581/PR, relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, que não conheceu dos terceiros embargos de declaração opostos e, diante do propósito protelatório revelado pelo embargante, determinou o imediato cumprimento da reprimenda e a remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal independentemente da interposição de outro recurso.

Esse mesmo entendimento foi perfilhado pela douta Subprocuradoria da República, que, ao opinar pelo não conhecimento do presente remédio constitucional, deixou assentado, de maneira irretocável que, “quando a decisão

encontra-se lastreada em amplo arcabouço probatório, a pretensão de nulidade do acórdão guerreado, além de insubsistente, implica o reexame de matéria fático-probatória dos autos, impossível de ser satisfeita na via estreita deste *mandamus* [...]. Consta-se nos autos que, a título de ocorrência de contradições e omissões no acórdão vergastado, o impetrante pretende provocar a revisão das decisões que rejeitaram os 3 embargos declaratórios opostos e, ainda, tentar postergar a execução provisória da pena. Frise-se que a incidência da Súmula n. 7/STJ também impede rever a conclusão do Tribunal *a quo*, de que os embargos declaratórios tiveram nítido caráter protelatório, culminando na impossibilidade de oposição de novos embargos declaratórios ou de qualquer outro recurso de natureza ordinária, conforme os ditames do artigo 1.026, § 4º, do novo CPC, e resultando na determinação da execução provisória da pena” (e-STJ fls. 697/698).

No mesmo caminhar, destaco estes precedentes:

Habeas corpus. Tráfico de drogas e associação. Sentença. Apelação julgada. Omissão inexistente. Embargos de declaração. Teses novas. Vedação. Ilegalidades na dosimetria da pena. Temas não examinados pelo Tribunal de origem. Supressão de instância. *Writ* não conhecido.

1. Não há que falar em nulidade do acórdão, por falta de exame das teses suscitadas pela Defesa, se todas as matérias objeto da apelação foram devidamente enfrentadas.

2. Não era de se exigir que o Tribunal de origem, em sede de embargos de declaração, apreciasse alegações que não haviam sido objeto da apelação, pois o âmbito dos aclaratórios é restrito às hipóteses previstas do art. 619 do Código de Processo Penal, não servindo para suscitar teses novas.

[...]

4. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 119.804/MT, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 13/10/2011, grifei)

Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Tráfico ilícito de entorpecentes. Extensão da revogação da custódia deferida aos corréus. Similitude que deve ser auferida pelo Tribunal *a quo*, que concedeu a benesse. Incompetência desta Corte Superior para análise do pedido. Superveniência de sentença penal condenatória. Ausência de prejudicialidade da análise da prisão preventiva. Decisão que não agrega fundamentos ao decreto prisional. Revogação da custódia antecipada. Impossibilidade. Fundamentação idônea. Periculosidade social evidenciada. Quantidade e natureza das drogas. Circunstâncias do delito. Reiteração delitiva.

Necessidade de resguardar a ordem pública. Réu que permaneceu preso durante toda a instrução penal. Condições pessoais favoráveis. Irrelevância. Flagrante ilegalidade não evidenciada. *Habeas corpus* não conhecido.

1. Por se tratar de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo a atual orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. *O pedido de extensão, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal, deve ser formulado perante o Juízo ou o Tribunal prolator da decisão cujos efeitos se pretendam estender. Assim, na presente hipótese a competência para análise do pedido de extensão é do Tribunal de origem, que concedeu a ordem em habeas corpus impetrado em favor dos corréus.*

[...]

Habeas corpus não conhecido.

(HC 396.546/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 19/10/2017, DJe 06/11/2017, grifei.)

Embargos de declaração. Ação penal originária. Crimes de falsidade ideológica, peculato, corrupção ativa e prevaricação, imputados a Conselheiros de Tribunal de Contas Estadual. Rejeição da denúncia por ausência de justa causa (artigo 395, inciso III, do CPP). Análise completa de todos os fatos e suas consequências jurídicas. Exame feito à luz dos artigos 1º e 6º da Lei n. 8.038/1990. Absoluta falta de ambiguidade, contradição, obscuridade e omissão (artigo 619 do CPP) do acórdão embargado. Improriedade dos declaratórios, recurso de agregação, como via de reexame do contexto fático e sua interpretação pelo órgão colegiado. Rejeição.

[...]

O recurso dos embargos de declaração, medida processual de contorno bastante rígidos, tem como pressupostos a existência na decisão embargada de ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão (artigo 619 do Código de Processo Penal).

Tendo o acórdão da Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça apreciado e interpretado juridicamente o extenso contexto fático descrito na denúncia, impossível nos declaratórios debater a correção ou desacerto da manifestação colegiada.

Embargos de declaração conhecidos e desprovidos, por absoluta ausência de demonstração dos supostos defeitos no julgado.

(EDcl na APn 691/DF, Rel. Ministro Jorge Mussi, Corte Especial, julgado em 06/08/2014, DJe 18/09/2014, grifei.)

Processual Penal. EDcl nos EDcl nos EDcl nos EDcl no Recurso Especial. Omissão e contradição. Inexistência. Revisão do julgado desfavorável. Efeitos infringentes.

Impossibilidade. Embargos rejeitados. Manifesto caráter protelatório. Envio dos autos ao Supremo Tribunal Federal para julgamento dos recursos extraordinários pendentes.

1. Não há falar em omissão e contradição no acórdão embargado, pois a matéria foi decidida com a devida e clara fundamentação, sufragando-se o entendimento de que a substancial modificação da sentença pelo acórdão, que não apenas aumentou o quantum de pena, mas também a própria tipificação do delito, deve ser considerado novo marco interruptivo da prescrição.

[...]

5. A reiterada insistência dos recorrentes evidencia nítido caráter protelatório dos recursos, configurando abuso do direito de defesa.

6. Embargos rejeitados, determinando o imediato encaminhamento dos autos ao Supremo Tribunal Federal para apreciação dos recursos extraordinários pendentes de julgamento.

(EDcl nos EDcl nos EDcl nos EDcl no REsp 1.170.545/RJ, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 27/06/2017, DJe 1º/08/2017, grifei.)

Processual Penal. Embargos de declaração nos embargos de declaração no agravo regimental no agravo em recurso especial. Inexistência dos vícios elencados no art. 619 do CPP. Nítido caráter protelatório. Execução imediata do julgado.

1. Os embargos de declaração possuem fundamentação vinculada, dessa forma, para seu cabimento, imprescindível a demonstração de que a decisão embargada se mostrou ambígua, obscura, contraditória ou omissa, conforme disciplina o art. 619 do Código de Processo Penal.

2. A superveniência de inúmeros recursos contestando o não conhecimento do agravo em recurso especial, sem demonstração de tese apta à reversão do julgado, revela nítido caráter protelatório da defesa.

3. Embargos de declaração rejeitados, com a determinação da imediata execução da sentença condenatória, independentemente da publicação desse acórdão ou de eventual interposição de outro recurso, devendo ser certificado o trânsito em julgado.

(EDcl nos EDcl no AgRg no AREsp 600.808/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 11/06/2015, DJe 17/06/2015, grifei.)

À vista de tais pressupostos, *denego a ordem de habeas corpus.*

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.623.985-SP (2016/0232734-9)

Relator: Ministro Nefi Cordeiro

Recorrente: S V T

Advogados: Andre Pires de Andrade Kehdi - SP227579

Renato Stanziola Vieira - SP189066

Fernando Gardinali Caetano Dias e outro(s) - SP287488

Recorrente: H O DE C

Advogado: Celso Sanchez Vilardi e outro(s) - SP120797

Advogada: Domitila Kohler - SP207669

Recorrente: E Y H

Advogados: Dora Cavalcanti Cordani - SP131054

Rafael Tucherman - SP206184

Advogados: Adriana Almeida de Oliveira - SP305106

Davi Szuvarcfuter Villar - SP337079

Recorrente: M G B

Advogados: Marcelo Leonardo - MG025328

Claudio José Abbatepaulo - SP130542

Advogada: Carolina de Queiroz Franco Oliveira - SP259644

Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA

Penal e Processual Penal. Recursos especiais. Formação de cartel e fraude à licitação. Conflito aparente de normas. Art. 4º, II, da Lei 8.137/93. Ausência de descrição da concentração do poder econômico. Ajustes prévios com o fim de fraudar procedimento licitatório. Formação de cartel afastada. Crime do art. 90 da Lei 8.666/1993. Prescrição da pretensão punitiva. Recursos especiais providos.

1. Recorrentes denunciados como incurso nos arts. 4º, II, *a, b e c*, da Lei 8.137/1990 (formação de cartel) e 90, *caput*, da Lei 8.666/1993 (fraude à licitação), em concurso formal.

2. De acordo com a jurisprudência desta Corte, *ocorre o conflito aparente de normas quando há a incidência de mais de uma norma*

repressiva numa única conduta delituosa, sendo que tais normas possuem entre si relação de hierarquia ou dependência, de forma que somente uma é aplicável (REsp 1.376.670/SC, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Rel. p/ Acórdão Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 16/02/2017, DJe 11/05/2017).

3. O delito do art. 4º, II, da Lei 8.137/1990 exige a demonstração que os acordos, ajustes ou alianças entre os ofertantes tinham por objetivo domínio de mercado.

4. Não havendo descrição fática suficiente da concentração do poder econômico, ou de que os acordos teriam sido efetivamente implementados com domínio de mercado, não há falar em formação de cartel, porquanto não demonstrada ofensa à livre concorrência. Demonstrado apenas que os ajustes se deram com o fim de fraudar o processo licitatório, subsiste apenas o crime do art. 90 da Lei de Licitações.

5. O delito do art. 90 da Lei 8.666/1993 tem natureza formal, ocorrendo sua consumação mediante o mero ajuste, combinação ou adoção de qualquer outro expediente com o fim de fraudar ou frustrar o caráter competitivo da licitação, independentemente da obtenção da vantagem (adjudicação do objeto licitado para futura e eventual contratação). Precedentes do STF e do STJ.

6. Transcorrido lapso temporal superior a 8 anos entre a data dos fatos e o recebimento da denúncia, configura-se a perda da pretensão punitiva estatal quanto ao delito do art. 90 da Lei 8.666/1993, porquanto os fatos são anteriores à Lei 12.234/2010.

7. Recursos especiais providos.

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, Prosseguindo no julgamento após o voto-vista do Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz dando parcial provimento aos recursos especiais, e os votos dos Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro e Sebastião Reis Júnior dando provimento aos recursos especiais, por maioria, dar provimento aos recursos especiais, nos termos do voto

do Sr. Ministro Relator. Vencido o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília (DF), 17 de maio de 2018 (data do julgamento).

Ministro Nefi Cordeiro, Relator

DJe 6.6.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nefi Cordeiro: Trata-se de recursos especiais interpostos em face de acórdão assim ementado:

Rejeição da denúncia. Crimes de formação de cartel e fraude à licitação. MM. Juiz *a quo* que fundamentou sua decisão baseada na ocorrência no conflito aparente de normas e prescrição. Não verificação. Inicial que atende aos requisitos do art. 41 do CPP. Provas suficientes de materialidade e indícios de autoria por parte dos recorridos. Prosseguimento da ação penal. Decisão reformada. Recurso ministerial provido.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados.

Os recursos especiais trazem as seguintes alegações:

Recurso Especial de SVT, interposto com fundamento no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição Federal (fls. 746/797):

a) contrariedade ao art. 619 do CPP, pois a rejeição dos embargos de declaração teria implicado negativa de prestação jurisdicional;

b) ofensa aos arts. 395, I, II e III, e 581, I, do CPP, e aos arts. 128 e 460 do CPC, *c/c* art. 3º do CPP, em razão da ocorrência de julgamento *extra petita*, porquanto o Tribunal *a quo* teria analisado questões que não teriam sido ventiladas no recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público, quais sejam, presença de justa causa para a persecução penal e aptidão da denúncia, nos termos do art. 41 do CPP;

c) negativa de vigência ao art. 4º, II, *a, b, c*, da Lei 8.137/1990 e ao art. 90 da Lei 8.666/1993, aduzindo existência de conflito aparente entre tais normas

no caso concreto. Defendendo a incidência do princípio da especialidade, alega que deve prevalecer o crime licitatório (art. 90 da Lei 8.666/1993), afastando-se o referente à formação de cartel;

d) violação do art. 90 da Lei 8.666/1993, pois o delito previsto no mencionado dispositivo seria crime formal e instantâneo, não possuindo natureza permanente. Destarte, a consumação do crime ocorreria durante o procedimento licitatório, sendo impossível cogitar-se da reiteração da conduta depois de finda a licitação. Conclui, assim, ser o caso de se reconhecer a prescrição da pretensão punitiva, uma vez ultrapassado o prazo de 8 anos previsto no art. 109, IV, c/c art. 111, I, do CP.

Recurso Especial de E Y H, interposto com fundamento no art. 105, III, *a e c*, da Constituição Federal (fls. 1.259/1.292):

a) violação do art. 619 do CPP em decorrência da rejeição dos embargos de declaração;

b) violação do art. 14, cláusula 7, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e art. 8º, item 4, do Pacto de São José da Costa Rica, sustentando conflito aparente de normas, a ser resolvido face ao princípio da especialidade. Argumenta que, tratando a denúncia de um único ajuste entre empresas com a finalidade de comprometer o caráter competitivo de um único certame, deve prevalecer o crime do art. 90 da Lei de Licitações, afastando-se o relativo à formação de cartel;

c) contrariedade aos arts. 107, IV, e 111, I, do CP, bem como ao art. 90 da Lei 8.666/90. Afirma que, tratando-se de crime formal e instantâneo, necessário reconhecer a prescrição da pretensão punitiva, porquanto decorrido lapso superior a 8 anos entre a data dos fatos e o recebimento da denúncia;

d) negativa de vigência dos arts. 13, 18, I e II, e 29, todos do CP, ao argumento de que a denúncia não cita ação ou omissão por meio da qual o recorrente tenha concorrido para a prática da suposta fraude licitatória, sendo, assim, responsabilizado por atos atribuídos a terceiros.

Recurso Especial de H O DE C, interposto com fundamento no art. 105, III, *a e c*, da Constituição Federal (fls. 1.294/1.352):

a) violação dos arts. 14, I, 109 e 111, I, do CP, bem como do art. 90 da Lei 8.666/90, sustentando a necessidade de reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva. Acena com dissídio jurisprudencial relativamente ao momento de consumação do crime de fraude à licitação;

b) afronta ao art. 4º, II, *a, b, c*, da Lei 8.137/1990, ao art. 90 da Lei 8.666/1993 e aos arts. 69 e 70 do CP, aduzindo que *a tentativa de dupla apenação da denúncia configura inaceitável bis in idem* (fl. 1.336), porquanto o Parquet, em razão de um único fato (o acordo que teria eliminado a competição na licitação para fornecimento de sistemas para a linha 02 do **Metrô**) imputou ambos os delitos ao ora recorrente (fl. 1.336). Defende a aplicação do princípio da especialidade, de forma a prevalecer apenas o crime do art. 90 da Lei de Licitações, afastando-se a imputação pelo crime de formação de cartel;

Recurso Especial de M G B, interposto com fundamento no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal (fls. 1.377/1.397):

a) contrariedade ao art. 4º, II, da Lei 8.137/1990 e ao art. 90 da Lei 8.666/1993, aduzindo que a imputação simultânea por crimes de fraude à licitação e formação de cartel configuraria *bis in idem*;

b) contrariedade aos arts. 14, I, do CP e 4º, II, *a, b e c*, da Lei 8.137/1990, ao fundamento de que os delitos imputados possuiriam natureza de crimes formais, instantâneos e de efeitos permanentes, sendo necessário o reconhecimento da prescrição.

Pretendem os recorrentes, assim, seja restabelecida a sentença de fls. 354/360, que rejeitou a denúncia oferecida pelo *Parquet*.

Contrarrazoados e admitidos na origem, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo improvimento dos recursos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nefi Cordeiro (Relator): Extrai-se dos autos que os recorrentes foram denunciados em razão da prática dos crimes previstos no art. 4º, II, *a, b e c*, da Lei 8.137/1990 (formação de cartel) e no art. 90, *caput*, da Lei 8.666/1993 (fraude à licitação), em concurso formal.

O magistrado de primeiro grau recebeu a denúncia somente em relação ao delito previsto na Lei de Licitações, rejeitando a exordial relativamente ao crime de formação de cartel, e, ao final, reconheceu a prescrição da pretensão punitiva, conforme os arts. 107, IV e 109, IV, ambos do CP.

Irresignado, o Ministério Público interpôs recurso em sentido estrito, pugnando pelo prosseguimento da ação penal em todos os seus termos, afastando-se a extinção da punibilidade.

Nesta sede, os recorrentes apresentam teses em comum - necessidade de incidência do princípio da especialidade face ao conflito aparente de normas, bem como prescrição da pretensão punitiva do delito do art. 90 da Lei 8.666/1993, tendo em vista a sua natureza formal -, as quais serão analisadas conjuntamente.

A Corte *a quo* deu provimento ao recurso ministerial pelos seguintes fundamentos (fls. 678/686):

Respeitado o entendimento do nobre Magistrado, a meu ver, a denúncia ofertada pelo representante do Ministério Público deve ser recebida, eis que há no bojo dos autos justa causa suficiente para a persecução penal, quais sejam indícios mínimos de autoria, bem como de materialidade, pois conforme as provas, documentos e as evidências obtidas no PIC - Procedimento Investigatório Criminal n. 07/2013, instaurado no GEDEC, no dia 07/08/2013 e pelo histórico de conduta descrito no acordo de leniência celebrado perante o Conselho Administrativo de Atividades Econômicas - CADE - descreve supostamente que as empresas realizaram acordo anticompetitivo no procedimento licitatório n. 40015212/2005, da Companhia do Metropolitanano de São Paulo - Metrô (2º Vol. - apenso II).

Para tanto, conforme se depreende do Acordo de Leniência n. 01/2013, as empresas, por meio de seus representantes legais, os ora denunciados, em tese, acordaram a formação de dois consórcios para participar da licitação, sendo que: um venceria o certame e o outro apresentaria uma proposta de cobertura, sendo, posteriormente, subcontratada, conforme se depreende do relatório do GEDEC, principalmente às f ls. 262, de onde se extrai que, o acordo anticompetitivo obteve sucesso, uma vez que o consórcio, denominado "Linha Verde", formado pelas empresas Alstom e Siemens, obteve a vitória e, durante a execução do contrato, subcontratou as empresas T'Trans, Bombardier e Balfour Beatty, as empresas que saíram perdedoras (Apensos).

Desse modo, ao contrário do afirmado pelo Sentenciante, as empresas envolvidas formariam um cartel (crime contra a ordem econômica) e depois de formado e por meio dele, fraudariam licitação pública (crime contra a administração pública), nada impedindo que fossem imputadas ambas as condutas aos envolvidos, em concurso formal ou material.

Quanto ao crime de fraude à licitação, especificamente, verifica-se do relatório do GEDEC (Grupo Especial de Delitos Econômicos) que da análise do procedimento licitatório constatou-se alegado vazamento de informações da licitação do contrato supramencionado, a presença de cláusulas restritivas, concorrência no edital, atuação fática dos integrantes do cartel, por meio de mais de um consórcio e irregularidades no procedimento de subcontratação e, ainda, que as empresas Alstom, Siemens, T'Trans, Bombardier e Balfour Beatty tiveram acesso privilegiado, indevido, ou seja, informações da aludida licitação, de forma

a possibilitar a elas negociações de acordo anticompetitivo, antes mesmo da publicação do edital, havendo notícias de que, isso possa ter ocorrido até seis meses antes da referida licitação, contrariando os princípios da administração pública, tais como, impessoalidade, moralidade e igualdade entre os concorrentes (fls. 283).

Frise-se que, o relatório faz menção de que a Companhia do Metrô não realizou audiência pública, impossibilitando que eventuais interessados tivessem acesso sobre as informações pertinentes a licitação para que pudessem sobre ela, se manifestar.

Assim, as empresas vencedoras teriam tido acesso privilegiado do procedimento licitatório que ainda seria instaurado.

Ainda que a quantidade de consórcios fosse discricionariedade da administração pública, sabe-se que a fixação de um número mínimo ou máximo de empresas que os compõe, deve ser devidamente justificada, o que não foi cumprido pela Companhia do Metrô.

Há, nesse passo, indícios patentes de que houve ofensa frontal, também, aos princípios da publicidade e vinculação ao instrumento convocatório, sem falar que pelos documentos juntados no processo licitatório, segundo o relatório de investigação, demonstram que os participantes “privilegiados” “combinaram” os valores das propostas, estipulando uma principal e outra, de cobertura, visando impedir a concorrência e a redução do valor do contrato (apensos). Houve, portanto, manipulação nos valores dos contratos, tudo a beneficiar as empresas envolvidas, em prejuízo aos interesses públicos.

Houve, ao que tudo indica, subcontratações indevidas, na medida em que, elas são possíveis, excepcionalmente, desde que previstas em edital e no contrato (artigo 72 e 78, VI, da Lei n. 8.666/1993). Tal medida visa, essencialmente, que, as empresas “derrotadas” não sejam as executoras do serviço licitado, como se constatou nos fatos aqui apurados, em que ocorreu a subcontratação das empresas, em tese, “perdedoras”, conforme se verifica às fls. 289, a exemplo de que as empresas Siemens e Alstom, atuando pelo Consórcio Linha Verde, subcontrataram as empresas PEM Engenharia S/A (Grupo TTrans), Belfourt Beauty, Façon Eletromecânica, entre outras.

Dessa maneira, há, portanto, nos autos, farta prova documental de que o Consórcio Linha Verde composto pela Alstom e Siemens subcontrataram, exatamente, quem eles derrotaram na licitação pública e integrantes de grupos a estes ligadas, evidenciando um possível acordo competitivo, manobra tida como ilegal, vez que todos usufruíram do objeto licitado.

Assim, constata-se que, as duas condutas criminosas acima demonstradas, somente teriam ocorrido, eis que houve um prévio acordo ou ajuste entre os concorrentes (integrantes do cartel), razão pela qual existe a possibilidade da imputação da prática de dois crimes distintos.

Frise-se, a existência de indícios, em tese, da ocorrência dos dois crimes, os quais decorreram das informações obtidas no procedimento licitatório referente ao contrato n. 40015212/2005 da “Companhia do Metropolitano de São Paulo - Metrô”, somadas a descrição das condutas anticompetitivas no acordo de leniência, bem como os documentos juntados aos autos e os termos dos depoimentos dos lenientes que comprovam, em tese, ocorrência dos crimes de formação de cartel e de fraude à licitação (2º Vol - apenso).

Desse modo, pouco importa como alega a douda defesa do recorrido Edson, de que, ele apenas teria supostamente participado da reunião, juntamente com representantes das outras empresas, para tratar de assuntos anteriores à conclusão da licitação, como assinatura do termo de desistência do recurso contra a decisão de habilitação e contra a decisão de desclassificação, alegando, portanto, não abrangido o período total da execução do contrato, eis que, a prática de referidos atos, não excluem supostamente sua responsabilidade criminal nos crimes ora imputados a ele, tendo em vista que com sua conduta teria ensejado o cometimento da prática delitativa, até porque com o ato de assinatura de desistência teria direcionado para o procedimento licitatório vencedor.

Ademais, sua participação, ou não nos contratos, quer seja na fase de tratativas, na formação dos próprios contratos ou em suas execuções, ou mesmo em quantos contratos ele teria supostamente participado, é matéria que deve ser apurada ao longo da instrução, oportunidade em que a defesa do recorrido Edson, também poderá comprovar o quanto alegado e, não nesta fase.

Além disso, no tocante ao exame correto da capitulação jurídica dado aos fatos pelo membro do Ministério Público não pode ser feito de forma aprofundada no início da fase postulatória, na qual somente é permitido ao magistrado afastar a pretensão deduzida na exordial, a teor do art. 395, incisos do CPP.

No presente caso não foi cogitada a inépcia da denúncia e tampouco ausência dos pressupostos para o exercício da ação penal (art. 395 do CPP).

Desse modo, ressalta-se que houve cerceamento do direito de acusação do órgão Ministerial, ocasionado com o *decisum* prolatado pelo magistrado de piso.

Diante do quanto o explanado aqui, há evidências de fatos típicos e ilícitos, além da existência de indícios suficientes da ocorrência dos crimes e de autoria, outra não poderia ser a providência do magistrado, que não o recebimento da denúncia, uma vez que não se apresenta nítida qualquer excludente de tipicidade, ilicitude ou mesmo de culpabilidade, sendo que, a rejeição da denúncia ou seu recebimento parcial representaria certamente uma antecipação do juízo de mérito e o cerceamento do direito de acusação do Ministério Público.

Assim, a precipitação da r. decisão obstou a instauração da ação penal e regular apuração judicial dos relevantes fatos narrados na exordial, ocorrendo um verdadeiro julgamento antecipado de mérito, em flagrante violação ao princípio do due process of law, implicando cerceamento à atividade do Ministério Público, nos termos do art. 129, inciso I, do CF.

Além disso, no presente caso, ao examinar os elementos de convicção disponíveis no inquérito, não se pode falar que a denúncia não continha o mínimo embasamento probatório, ou seja, lastro probatório suficiente, apto a demonstrar, ainda que de modo indiciário, a efetiva realização do ilícito penal por parte dos denunciados, o que desautorizaria a rejeição da denúncia por inépcia, pela falta de pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal (art. 395, incisos I, II e III, do CPP).

Há, portanto, justa causa para a propositura da ação penal, bem como seu prosseguimento a fim de apurar os fatos aqui narrados.

Com efeito, o MM. Juiz a quo rejeitou a denúncia, pois entendeu que o chamado “crime de cartel” teria sido absorvido em razão do princípio “lex specialis derogati generalis”, pelo delito do artigo 90 da Lei 8.666/1993 apreciando após sua prescrição.

No entanto, não agiu com acerto o MM. Juiz, neste tanto, eis que os documentos acostados aos autos pelo membro do Ministério Público demonstram que o contrato e seus respectivos aditamentos firmados entre o Metrô e as empresas da qual eram membros os denunciados estavam ainda vigentes até 21 de agosto de 2013.

Além disso, registre-se que a pena do delito de “formação de cartel” é maior em seu quantum máximo do que aquela prevista no crime do artigo 90 da Lei n. 8.666/1993, de maneira que, se absorção houvesse vigoraria a regra do majus absorbet minorem, remanescendo o delito mais grave.

E mais, absorvido um delito pelo outro, e havendo prescrição no crime consumidor, evidentemente o delito consumido voltaria a ser autonomamente punível.

Com efeito, na decisão, o crime menos grave absorveu a conduta mais grave e, se aquele crime prescreveu, evidentemente este último deveria remanescer já que não poderia ser absorvido por crime prescrito.

Destarte, mesmo que se aceitasse a tese de absorção, a uma, o delito mais grave absorveria o menos grave. A duas, se assim não fosse, havendo prescrição e, portanto, extinção de punibilidade do delito menos grave, o mais grave sequer teria outro crime a lhe absorver, remanescendo íntegro, salvo, se por sua própria pena fosse também fulminada pela prescrição em decisão autônoma.

Além disso, considerando a existência de entendimento jurisprudencial de que o delito de fraude a licitação imputados aos réus é de natureza formal com efeito permanente era prematuro afirmar, sem aprofundamento da dilação probatória, que ele fosse alcançado pela prescrição, tampouco se verificou o conflito aparente de normas entre os crimes de formação de cartel e de fraude à licitação, uma vez que se trata de normas que tutelam bens jurídicos diferentes.

Assim, temos que impossível reconhecer-se a prescrição do alegado crime de cartel.

Como é sabido, destinando-se o mesmo a buscar contratos administrativos, na esmagadora maioria, são contratos de trato sucessivo com a administração,

de modo que, enquanto tais contratos ativos estiverem vigentes, ainda, estarão, em tese, sendo perpetrados atos do mesmo “cartel”, sendo dessa forma, crime de natureza permanente.

Para fins de recebimento da denúncia, dever-se-ia, portanto, estar demonstrado o final de tal conduta, vale dizer, que todos os atos, arquitetados ou abrangidos pelo cartel tivessem já cessado, exame este que sequer foi feito.

Frise-se mais uma vez que, os contratos de trato sucessivo, por si só, continuam gerando efeitos criminosos, quando assim são desde sua origem, posto que, além da “formação de cartel”, existe de forma autônoma a prática de outros crimes, estes por vezes instantâneos de efeitos permanentes.

Neste particular, em relação aos possíveis crimes de fraude à licitação, aplicando-se o mesmo entendimento, a cada renovação contratual de qualquer título, ou a cada adimplemento parcial do mesmo típico dos contratos de trato sucessivo, novo prazo prescricional recomeça a ser contado.

Tal fato é notório em contrato moderno que ultrapassa décadas em sua validade, sendo impossível que se imagine prescrita a conduta criminosa, quando em exemplo, agentes do crime, continuam reiteradamente a se apoderar criminosamente de verbas do erário.

Aceitar-se tal entendimento, levaria a conclusão de que ultrapassado o primeiro lapso prescricional, ainda que por décadas perdurasse o contrato, ainda em exemplo, o recebimento das verbas seria lícito, e pior, exigível da Administração, o que evidentemente não ocorre.

Em suma, no caso em tela, a decisão de piso não examinou a prescrição ou não do crime mais grave, dando-o por absorvido por crime menos grave, mesmo concluindo que este já prescrevera.

Feitas essas considerações, uma vez verificadas as condições da ação penal, e estando suficientemente narrados os fatos criminosos e demais circunstâncias, bem como preenchidos os requisitos contidos no art. 41 do CPP, impõe-se o prosseguimento do feito em primeiro grau.

Quanto à tese de necessidade de incidência do princípio da especialidade face ao conflito aparente de normas, os recorrentes alegam que deve prevalecer o crime do art. 90 da Lei 8.666/1993, afastando-se o referente à formação de cartel (art. 4º, II, *a, b e c*, da Lei 8.137/1990). Para tanto, aduzem que o *Parquet*, em razão de um único fato, teria imputado os dois crimes aos denunciados, o que teria configurado indevido *bis in idem*.

De acordo com a jurisprudência desta Corte, *ocorre o conflito aparente de normas quando há a incidência de mais de uma norma repressiva numa única conduta delituosa, sendo que tais normas possuem entre si relação de hierarquia ou*

dependência, de forma que somente uma é aplicável (REsp 1.376.670/SC, Rel. Ministro *Rogério Schietti Cruz*, Rel. p/ Acórdão Ministro *Nefi Cordeiro*, *Sexta Turma*, julgado em 16/02/2017, DJe 11/05/2017).

Outrossim, a denúncia, à luz do disposto no art. 41 do Código de Processo Penal, deve conter a descrição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a definição da conduta do autor, sua qualificação ou esclarecimentos capazes de identificá-lo, bem como, quando necessário, o rol de testemunhas.

No caso, os recorrentes foram denunciados porque teriam fraudado o caráter competitivo do Procedimento Licitatório n. 40015212/2005 mediante ajustes ocorridos a partir do segundo semestre de 2004, nos quais teria sido acordada a formação de dois consórcios distintos para concorrer à execução do projeto, *Metro/SP - Linha 2*, sendo que, *Ambos seriam pré-qualificados*, mas apenas um *deles ganharia a licitação e o outro apresentaria proposta perdedora de cobertura*, e, posteriormente, *o consórcio vencedor subcontrataria as empresas do consórcio perdedor* (fl. 17), encontrando-se os fatos descritos às fls. 2/33, abaixo sintetizados:

Da análise dos autos referidos, torna-se conclusivo que *as referidas empresas, pelos respectivos denunciados*, nos documentos dos autos e dos respectivos apensos, em irrefutável análise econômica das evidências (*economic analysis*) da sistemática da licitação e das provas; a partir do mês de janeiro de 2005, ainda em vigência até 21 de agosto de 2013; adiante explicados, e em várias ocasiões em datas diversas, em locais variados, nesta cidade de São Paulo; *realizaram acordos, convênios, ajustes e alianças, como ofertantes, mediante fixação artificial de preços para fornecimento e instalação de sistemas para transporte sobre trilhos.*

Previamente ajustados e com unidade de propósitos, *os denunciados, agindo em nome e para vantagem das empresas que representavam, reuniam-se e/ou comunicavam-se por diversos meios, e dividiram entre eles o contrato administrativo n. 4001521201 da Companhia do Metropolitano de São Paulo - Metrô, que deveria ser destinado a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, prejudicando o julgamento em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade e do julgamento objetivo.* Os denunciados, entretanto, *dele "assenharam-se", direcionando a licitação sabendo previamente quais empresas seriam as vencedoras. Através de acordos fraudulentos, estabeleceram e direcionaram os consórcios, vencedor/perdedor, este com proposta pro forma, dividiram o mercado e o preço final superfaturado, violando assim criminosamente as Leis naturais da economia, especialmente a da livre concorrência.*

Nesse contexto, *tendo a certeza e a consciência de serem, juntas, as empresas, dominadoras de considerável parcela do mercado; os denunciados fraudaram,*

mediante ajuste e combinação, o caráter competitivo do referido procedimento licitatório com o objetivo de obter, para suas respectivas empresas, as quais detinham poder decisório, vantagem financeira decorrente dos objetos da adjudicação do contrato firmados com o Poder Público - Companhia do Metropolitano de São Paulo - Metrô (Crime contra a administração pública).

*Formaram, assim, um Oligopólio em conluio - **Cartel de Trens e Materiais Ferroviários.***

Os nomes dos denunciados constam nos termos das revelações do acordo de leniência e/ou são referidos pelos lenientes como participantes dos esquemas delituosos de formação de cartel e fraude à licitação. Suas atuações também decorrem da análise dos procedimentos licitatórios.

I. Síntese:

Processo Licitatório n. 40015212/2005 - Companhia do Metropolitano de São Paulo: Contrato para fornecimento e implantação de sistemas para o trecho Ana Rosa-Ipiranga e Sistemas Complementares para o trecho Ana Rosa-Vila Madalena da Linha 2 - Verde do Metrô de São Paulo.

Acordo: Empresas: Siemens, Alstom, T'Trans, Bombardier e Balfour Beatty formaram dois consórcios diferentes: Um ganharia a licitação e o outro, com proposta perdedora seria subcontratado.

Resultado: - Siemens e Alstom formaram o consórcio vencedor - T'Trans, Bombardier e Balfour Beatty - o consórcio perdedor. Foram subcontratados pelo consórcio vencedor.

O acordo de leniência, celebrado perante o Conselho de Atividades Econômicas - CADE, descreve que as empresas Siemens, Alstom, T'Trans, Bombardier e Balfour Beatty realizaram acordo anticompetitivo no procedimento licitatório n. 40015212/2005, da Companhia do Metropolitano de São Paulo - Metrô.

Para tanto, as empresas acordaram a formação de dois consórcios para participar da licitação: um venceria o certame e o outro apresentaria uma proposta de cobertura, sendo, posteriormente, subcontratado.

O acordo anticompetitivo obteve sucesso: o consórcio formado Linha Verde, formado por Alstom e Siemens, sagrou-se vencedor e, durante a execução do contrato, subcontratou as empresas T'Trans, Bombardier e Balfour Beatty.

II - O Procedimento Licitatório

O procedimento licitatório n. 40015212/2005, da Companhia do Metropolitano de São Paulo - Metrô, foi instaurado para elaboração do projeto executivo, fornecimento e implantação de sistemas para o trecho Ana Rosa - Ipiranga e sistemas complementares para o trecho Ana Rosa - Vila Madalena da Linha 2 - Verde do Metrô de São Paulo.

Da análise do procedimento licitatório em conjunto com os termos do acordo de leniência e demais documentos anexados aos autos, é conclusivo que há provas de

prática dos crimes de cartel e fraude à presente licitação por integrantes das empresas Siemens, Alstom, T'Trans, Bombardier e Balfour Beatty, na forma exposta no acordo de leniência, em conluio com agentes públicos.

III - Dados relevantes sobre o procedimento licitatório:

[...]

Em que pese 33 (trinta e três) interessados terem retirado exemplares do edital, apenas dois consórcios apresentaram documentos de habilitação e propostas na sessão pública do dia 07 de março de 2005, realizada na sede da Gerência de Contratações e Compras da Companhia do Metrô:

[...]

Os documentos foram submetidos à análise das áreas jurídica, econômica/financeira e técnica do Metrô, sendo, após diligências solicitadas pela área jurídica, aprovados com fundamento nos respectivos pareceres.

Na sessão pública, realizada no dia 15 de março de 2005, a Comissão de Licitação e Julgamento - CLS, com base nos pareceres apresentados, declarou habilitados os consórcios Linha Verde e Linha Dois.

[...]

Mesmo com proposta acima do valor estimado, a Comissão de Licitação e Julgamento - CLS declarou vencedor o Consórcio Linha Verde, composto pelas empresas Alstom Brasil Ltda. e Siemens Ltda., conforme resultado publicado no Diário Oficial do Estado de São Paulo, edição do dia 02 de abril de 2005.

O Consórcio Linha Dois, por sua vez, renunciou expressamente ao exercício do direito de interpor recurso administrativo contra a decisão de seleção da proposta do Consórcio Linha Verde, em manifestação subscrita por Massimo Andrea Giovina-Bianchi, presidente-integrante da T'Trans Sistemas de Transportes S/A, líder do consórcio.

A Diretoria do Metrô, em reunião realizada no dia 06 de abril de 2005, homologou o processo licitatório e adjudicou o objeto da licitação em favor do Consórcio Linha Verde.

A despesa foi prevista no valor de R\$ 143.622.513,04, data base 01 de março de 2005, e prazo de 33 (trinta e três) meses (até 14 de janeiro 2008).

O Consórcio Linha Verde e a Companhia do Metrô celebraram o contrato na 4001521201 no dia 15 de abril de 2005.

Feito isto, a Alstom Brasil Ltda. e a Siemens Ltda. constituíram formalmente o Consórcio Linha Verde, com fundamento nos artigos 278 e 279 da Lei 6.404/1976, registrando-o perante a Junta Comercial de São Paulo, para execução do objeto licitado.

No dia 15 de maio de 2005, a Siemens Ltda. solicitou a subcontratação da empresa PEM Engenharia S/A, que mantinha relações comerciais com a T'Trans, para

execução do item 3.1.4 do contrato, aprovado pela Companhia do Metropolitano de São Paulo.

Passados 15 dias, a Alstom Brasil Ltda. também solicitou a subcontratação da empresa PEM Engenharia S/A, do grupo da T'Trans, agora para execução dos itens 2.1.4, 2.2 e 4 do contrato, deferido pela contratante.

A empresa Siemens, no dia 03 de junho de 2005, formulou pedido de subcontratação da empresa Belfour Beatty Rail Power Systems (Brasil) Ltda., destinado a execução dos itens 3.11, 3.3.2 e 3.3.5 do contrato, também aprovado pela Companhia do Metropolitano de São Paulo.

Observe-se que, neste pedido, Ricardo Luiz Leonardo Leite, gerente de engenharia e projetos do Metrô, mencionou expressamente a realização de reunião com integrantes do Consórcio Linha Verde, representado por Francisco de Assiz Perroni, no qual negociaram a subcontratação da Belfour Beatty Rail Power Systems (Brasil) Ltda..

Sequencialmente, no dia 14 de junho de 2005, a Alstom Brasil Ltda. solicitou a subcontratação da empresa Façon Eletromecânica, Indústria, Comércio e Serviços Ltda., com objetivo de executar o item 3.2.4 do contrato, o que foi deferido.

No dia seguinte, 15 de junho de 2005, a Alstom Brasil Ltda. requereu a subcontratação das empresas Bombardier Transportation Brasil Ltda. e Façon Eletromecânica, Indústria, Comércio e Serviços Ltda. para execução, respectivamente, dos itens 1.2/1.4 e 1.4. do contrato, aprovados pela Companhia do Metropolitano de São Paulo.

O contrato n. 4001521201 foi objeto de 08 (oito) aditamentos, destinados, em linhas gerais, para reajuste de valores, exasperação de prazos e alteração de outras cláusulas contratuais.

[...]

IV. Histórico e Resumo/Conduas dos Fatos - Acordo de Leniência:

IV.1 - Histórico dos Fatos

Em 17 de setembro de 2004, houve outra reunião entre Alstom, Siemens, Bombardier, T'Trans e Balfour Beatty. As empresas supostamente discutiram a divisão do escopo do projeto e quais empresas fariam parte do consórcio vencedor e escolheram a "Solução 1", que estabelecia que o consórcio formado pela Alstom e Siemens seria o vencedor da licitação.

Em 15 de janeiro de 2005 foi disponibilizado edital às empresas interessadas no projeto para extensão da Linha 2.

Em 19 de fevereiro de 2005, o Tribunal de Contas do Estado de SP ordenou a suspensão do procedimento licitatório, sob justificativa de que fora apresentada impugnação do edital pela empresa Alusa Engenharia.

Em 3 de março de 2005 a Companhia do Metropolitano de São Paulo (CMSP) informou que o procedimento licitatório continuaria com base na última decisão do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

Em 7 de março de 2005 as propostas das empresas/consórcios concorrentes foram entregues, inclusive a proposta do Consórcio Linha Verde (Siemens e Alstom).

Em 10 de março de 2005, a decisão final do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo foi publicada, regando a impugnação da empresa Alusa.

Em 4 de abril de 2005 o contrato foi adjudicado ao Consórcio Linha Verde (formado pela Siemens e Alstom).

Em 5 de abril de 2005, a Alstom e a Siemens assinaram o acordo de consórcio para o projeto de extensão da Linha 2.

Em 15 de abril de 2005, o contrato entre o Consórcio Linha Verde e o cliente CMSP foi assinado.

O Consórcio Linha Verde recebeu o contrato, e depois subcontratou a Bombardier e a Façon (somente em decorrência dos serviços oferecidos por essa empresa e não devido a acordo ilícito entre concorrentes), a T'Trans e a Balfour Beatty. A "Solução 1" foi, portanto, a implementada em plano de prática de Cartel.

IV.2 - Resumo/Condutas dos Fatos

No segundo semestre de 2004 ocorreu uma reunião entre as empresas Siemens, Bombardier, Alstom, Balfour Beatty e T'Trans com o objetivo de planejar a divisão do escopo do projeto Metrô São Paulo Linha 2. Compareceram a esta reunião Everton Rheinheimer - diretor de transportes da Siemens; Paulo Borges - Diretor da Divisão de Transportes da Alstom; Serge Van Themsche - Presidente da Bombardier; Haroldo Oliveira de Carvalho - da Balfour Beatty e Edson Yassuo Hira - Gerente de propostas da T'Trans.

Foi estabelecido acordo anticoncorrencial no sentido de que seriam formados dois consórcios diferentes para o projeto. Ambos seriam pré-qualificados, sendo que um deles ganharia a licitação e o outro apresentaria proposta perdedora de cobertura. Posteriormente, o consórcio vencedor subcontrataria as empresas do consórcio perdedor.

Para atingir o objetivo, os participantes realizaram uma detalhada análise dos atestados técnicos detidos por cada empresa e analisaram as possibilidades de formação dos consórcios considerando que as disposições do edital continham exigências muito específicas e as empresas temiam que a licitação pudesse ser frustrada por ausência de competição caso apenas um dos dois consórcios fosse pré-qualificado.

As empresas interessadas na licitação fizeram uma análise cuidadosa dos atestados técnicos detidos por cada uma delas, para montar os dois consórcios participantes da licitação.

[...]

Há nos autos, em apenso, documentos (provas diretas) que também demonstram a realização dos acordos em Cartel.

Documento fornecido pela leniente Siemens - "Subcontrato de prestação de fornecimento e de serviços - minuta"; demonstra Balfour Beatty subcontratada pela Siemens, sendo a Alstom anuente.

Documento fornecido pela leniente Siemens - "Subcontrato de prestação de fornecimento de serviços - minuta"; demonstra a PEM Engenharia S.A. subcontratada pela Alstom, sendo a Siemens anuente.

Documento fornecido pela leniente Siemens - "E-mails referindo a efetiva contratação da Balfour Beatty como subcontratada da Siemens". (1610212007 e 2110212007).

Em 4 de abril de 2005 o contrato foi adjudicado ao Consórcio Linha Verde (formado pela Siemens e Alstom). Este consórcio Linha Verde então recebeu o contrato, e depois subcontratou a Bombardier e a Façon (somente em decorrência dos serviços oferecidos por essa empresa e não devido a acordo ilícito entre concorrentes), a T'Trans e a Balfour Beatty. Uma das soluções previstas, a "Solução 1" foi a implementada em plano de prática de Cartel.

V - Análise jurídica do procedimento licitatório

As informações do procedimento licitatório n. 40015212/2005 da Companhia do Metropolitan de São Paulo - Metrô, somadas à descrição das condutas anticompetitivas no acordo de leniência, bem como os documentos juntados aos autos e os termos dos depoimentos dos lenientes comprovam os crimes de formação de cartel e de fraude à licitação praticados pelos integrantes das empresas Alstom Brasil Ltda., Siemens Ltda., T'Trans Sistemas de Transportes S/A, Bombardier. Transportation Brasil Ltda. e Balfour Beatty Rail Power Systems (Brazil) Ltda., possivelmente em concurso com agentes públicos.

Da análise do procedimento licitatório, constatou-se que ocorreu vazamento de informações da licitação, a inserção de aspectos com cláusulas restritivas à concorrência no edital e atuação fática das integrantes do cartel por meio de mais de um consócio e irregularidades no procedimento de subcontratação.

Inicialmente, a análise do acordo de leniência e do procedimento licitatório revelou que empresas Alstom, Siemens, T'Trans, Bombardier e Balfour Beatty tiveram acesso privilegiado e indevido a informações sobre a licitação, possibilitando que iniciassem as negociações do acordo anticompetitivo antes mesmo da publicação do edital, em detrimento dos princípios da impessoalidade e igualdade entre os concorrentes.

A abertura do processo administrativo licitatório foi aprovada no dia 12 de janeiro de 2005 pela Diretoria Plena do Metrô, a publicação do edital ocorreu no dia 15 de Janeiro de 2005 e os exemplares do edital foram disponibilizados para

consulta e/ou aquisição no período de 19 de janeiro de 2005 a 18 de fevereiro de 2005.

No entanto, as informações prestadas no acordo de leniência revelaram que os integrantes das empresas Alstom, Siemens, T'Trans, Bombardier e Balfour Beatty, já no início do segundo semestre de 2004, iniciaram tratativas, em reuniões, para divisão ilícita do Projeto Linha 2 do Metrô de São Paulo.

Observe-se que as informações obtidas por integrantes do cartel não se configuram por mera notícia genérica, comumente veiculada no respectivo ramo comercial, de que a Companhia do Metrô iria licitar a extensão da Linha 2 do Metrô.

O relato e documentos mencionados demonstram que representantes das empresas cartelizadas de fato tiveram acesso a informações pormenorizadas sobre procedimento licitatório, a ponto de combinarem previamente valores e analisarem documentos que seriam exigidos na fase de habilitação.

A tabela interna da Siemens, datada de 20 de julho de 2004, demonstrou que as empresas cartelizadas, antes da publicação do edital, já haviam estipulado valores que seriam ofertados na licitação.

Se não bastasse, as empresas Alstom, Siemens, Bombardier, T'Trans e Balfour Beatty, em reunião ocorrida no dia 17 de setembro de 2004 decidiram a composição dos dois consórcios que seriam formados, com base na análise minuciosa dos respectivos atestados técnicos, para que atendessem aos requisitos de qualificação exigidos na licitação, cujo edital sequer havia sido publicado.

Tudo isso revela que os representantes das empresas cartelizadas tiveram acesso a informações sensíveis sobre a licitação cerca de 06 (seis) meses antes da publicação do respectivo edital, período que os dados do procedimento licitatório deveriam ter sido mantidos sob sigilo no âmbito da Companhia do Metropolitano de São Paulo - Metrô.

Foi exatamente neste período, anterior à publicação do edital da licitação, que as empresas integrantes do cartel traçaram a estratégia para que não houvesse concorrência entre elas e impedissem a presença de empresas "Não alinhadas" no certame.

O acesso indevido às informações da licitação, além de causar desequilíbrio entre os concorrentes, favoreceu a celebração do acordo anticompetitivo entre as empresas Alstom, Siemens, T'Trans, Bombardier e Balfour Beatty.

[...].

Dentre as disposições legais e contratuais, relevante observar com atenção os dispositivos que disciplinaram a participação de consórcios na licitação e a subcontratação de outras empresas durante a execução do objeto do contrato.

A Companhia do Metropolitano de São Paulo admitiu expressamente a participação de consórcios na licitação, com fundamento no artigo 33 da Lei 8.666/1993, porém restringiu sua composição por, no máximo, 03 (três) empresas:

[...]

Na licitação ora analisada, a lesividade do acordo anticompetitivo é ainda mais evidente, posto que apenas dois consórcios participaram do certame, exatamente o Consórcio Linha Verde e o Consórcio Linha Dois, o que fez que a chance de vitória das empresas cartelizadas fosse absoluto.

O acordo ilícito é confirmado pela conduta dos integrantes do Consórcio Linha Verde e do Consórcio Linha Dois, cujos representantes, cientes da ausência de empresas não alinhadas ao cartel na disputa, abriram mão da interposição do exercício do direito de recurso contra as decisões de habilitação e de julgamento das propostas, atitude incomum em licitações vultuosas e com requisitos bastante específicos de participação (Jurídicos, econômicos/financeiros e técnicos).

[...]

Os documentos acostados ao procedimento licitatório, especialmente as atas das sessões públicas de julgamento, confirmam essa conduta anticompetitiva e voltada à exasperação arbitrária dos valores do contrato, em prejuízo do erário.

[...]

Assim, o procedimento licitatório prova a manobra anticompetitiva realizada por Alstom, Siemens, T'Trans, Bombardier e Balfour Beatty, sendo que todas as empresas concorrentes na licitação, ao final, usufruíram do objeto licitado.

A Alstom e a Siemens, enquanto integrantes do Consórcio Linha Verde, venceram a concorrência e subcontrataram as derrotadas PEM (que mantinha relações com a T'Trans), Bombardier e Balfour Beatty, como contrapartida da ausência de concorrência efetiva no procedimento licitatório.

Diante desse quadro, a prática dos crimes de formação de cartel e fraude a licitação, noticiados no acordo de leniência n. 01/2013 do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, foram confirmados no procedimento licitatório n. 4001521212005, do Metrô, praticados, em tese, pelos integrantes das empresas Alstom Brasil Ltda., Siemens Ltda., T'Trans Sistemas de Transportes S/A., Bombardier Transportation Brasil Ltda. e Balfour Beatty Rail Power Systems (Brazil) Ltda.

VI - Conclusão Diante desse quadro, concluiu-se que há indícios graves, precisos e concordantes da prática dos crimes previstos nos artigos 90 da Lei 8.666/1993, e no artigo 4º da Lei 8.137/1990, por integrantes das empresas Alstom Brasil Ltda., Siemens Ltda., T'Trans - Sistemas de Transportes S/A., Bombardier Transportation Brasil Ltda. e Balfour Beatty Rail Power Systems (Brasil) Ltda.

Assim é que, conluídas, estas empresas, por intermédio dos seus representantes denunciados, fraudaram o procedimento licitatório e estabeleceram regras próprias do cartel. Reuniam-se e/ou comunicavam-se de forma a fixar os valores, apresentar proposta *pro forma* e de modo que a Empresa/ Consórcio que deveria vencer, violando assim criminosamente as Leis naturais

da economia, especialmente a da livre concorrência. Os denunciados, com suas condutas, fraudaram o Procedimento Licitatório número 40015212/2005, da Companhia do Metropolitano de São Paulo - Metrô; que se destinavam a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, prejudicando o julgamento em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade e do julgamento objetivo.

Em face do exposto, *considerando que em um mercado concorrencial honesto os agentes econômicos não têm aptidão de, individualmente, influenciar as regras de oferta/procura e livre concorrência; que os denunciados, através da utilização dos respectivos cargos e designações nas empresas buscaram a fixação artificial de preços, a apresentação de propostas pro forma e divisão dos objetos dos referidos contratos, com a maximização de seus lucros, e valendo-se de ações concertadas dividiram-no entre si as licitações em sistemas de "direcionamentos" das concorrências mediante price fixing, bid-rigging e market-share, utilizando também de Consórcios fraudulentos para empresas previamente eleitas pelo grupo, que artificialmente criam distorções ao bom funcionamento desse mercado, **denuncio - os** como incurso nas penas do artigo 4, II "a", "b" e "c" da Lei n. 8.137/1990 (crime contra a ordem econômica); e também como incurso nas penas do artigo 90 "caput" da Lei n. 8.666/1993 (crime contra a administração pública); c.c. artigo 70 "caput" do Código Penal, para que sejam citados e processados nos termos da Lei - rito do Código de Processo Penal, até final condenação, ouvindo-se oportunamente as pessoas abaixo arroladas.*

A seguir, os fundamentos utilizados pelo magistrado de primeiro grau, no ponto (fls. 356/360):

Em apertada síntese, importante consignar que aos réus é imputado o cometimento de crimes conhecidos por formação de cartel (artigo 4º, inciso II, letras "a", "b" e "c", da Lei n. 8.137/1990) e fraude à licitação (artigo 90, "caput", da Lei n. 8.666/1993), pois, pelo que se depreende da peça inaugural eles, na qualidade de representantes das empresas "Alstom", "Bombardier", "Balfour Beatty Reail Power Systems Brasil Ltda", "TTrans", juntamente com a empresa "Siemens", teriam se reunido para o fim de fraudarem a licitação para implantação de sistemas de metrô para os trechos Ana Rosa-Ipiranga e Ana Rosa-Vila Madalena da linha 2.

Para tanto, diz a denúncia, as empresas formaram dois consórcios, acordando que, o vencedor do certame subcontrataria o perdedor e, assim agindo, repita-se, os réus, através de suas empresas, teriam formado cartel para fraudarem o processo licitatório n. 40015212/2005.

Deste modo, *diante da forma como os fatos foram apresentados pelo ilustre Promotor de Justiça, eles tipificam, tão somente, o crime de fraude à licitação que prevê, dentre outras formas, o prévio ajuste ou combinação entre os concorrentes.*

O artigo 4º, inciso II, da Lei n. 8.137/1990, do qual se extraia definição de cartel, informa que “constitui crime contra ordem econômica...formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando...”.

Já artigo 90, “caput”, da Lei n. 8.666/1993, prevê como crime a ação consistente em “frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação”.

Percebe-se, pois, que as duas condutas criminosas somente ocorrem quando há prévio acordo ou ajuste entre os concorrentes, donde se depreende, então, que a mesma conduta não pode tipificar dois crimes distintos, no caso das leis 8.137/1990 e 8.666/1993, ocorrendo, no caso, o que a doutrina chama por “conflito aparente de normas”.

Assim, impõe-se definir qual tipo penal deve prevalecer e, para tanto, aplica-se o princípio da especialidade.

Fernando de Almeida Pedrosa, lecionando sobre a questão, ensina que “há relação de especialidade entre tipos legais delitivos sempre que um deles, comparado com outro, contiver os mesmos elementos descritivos e circunstâncias essenciais, com a adição, porém, de outros caracteres, chamados elementos especializantes. Estabelece-se, de tal arte, a correlação entre tipo geral e tipo especial, envergando este todas as características daqueles, contudo com acréscimos especiais. O tipo especial, por conseguinte, preenche integralmente o tipo geral, com a exigência, porém, de outras particularidades necessárias à configuração jurídica do crime. Assim, quem perpetra o tipo especial incide também no tipo geral. Nessa conjuntura, para que se entrave e oblitere o *bis in idem*, o tipo especial há de prevalecer e predominar sobre o geral, afastando a sua incidência para o caso. ‘Lex specialis derogat legi generali’. O tipo especial pode representar um minus ou um plus diante do tipo geral, conforme estampe maior ou menor gravidade em cotejo...” (in “Doutrina Essenciais - Direito Penal”, volume II, Revista dos Tribunais, Edições especiais, 100 anos, pág. 668).

O sempre atual Nélson Hungria também discorreu sobre o “conflito aparente de normas”, informando que “o direito penal não constituiria um sistema ou deixaria de ser uma unidade co-ordenada e harmônica, se as suas normas pudessem entrar em efetivo conflito. Não é admissível que duas ou mais leis penais ou dois ou mais dispositivos da mesma lei penal se disputem, com igual autoridade, exclusiva aplicação ao mesmo fato. Para evitar a perplexidade ou a intolerável solução pelo *bis in idem*, o direito penal (como o direito em geral), dispõe de regras, explícitas ou implícitas, que previnem a possibilidade de competição em seu seio... Uma norma penal se considera especial em relação a outra (geral) quando, referindo-se ambas ao mesmo fato, a primeira, entretanto, tem em conta uma particular condição (objetiva ou subjetiva) e apresenta, por isso mesmo, um plus ou um minus de severidade. Desde que se realize tal

condição (elemento especializante), fica excluída a aplicação da normal geral. O *typus specialis* substitui-se ao *typus generalis*. Assim, os tipos qualificados ou privilegiados afastam os tipos fundamentais..." (in Comentários ao Código Penal, vol. I, tomo Iº, pág. 129).

No mesmo sentido segue a jurisprudência de nossos Tribunais, para quem "na hipótese em que um a única conduta é tipificada como crime por duas leis, a regra especial afasta a incidência da regra geral, segundo o princípio da especialidade, que se situa no campo do conflito aparente de princípio da especialidade, que se situa no campo do conflito aparente de normas" (RSTJ 126/409).

Em sendo assim, percebe-se que eventual "cartel" formado com vistas a fraudar processo licitatório está inserido na ilícita conduta de fraudar a licitação, de modo que, pelo princípio da especialidade, somente este último deve prevalecer.

Então, afastado o "crime de cartel", pois, repita-se, formar acordo, convênio, ajuste ou aliança são comportamentos que, no caso sub judice, tipificam o crime do artigo 90, da Lei n. 8.666/1993, cumpre agora analisar esse delito para, então, apreciar possível ocorrência da prescrição.

O crime do art. 4º, II, da Lei 8.137/1990, vem assim definido:

Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica:

[...]

II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando:

- a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas;
- b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas;
- c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.

Já o art. 90 da Lei 8.666/1993 descreve:

Art. 90 - Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

O art. 4º, II, *a*, *b* e *c*, da Lei 8.137/1990 constitui crime contra a ordem econômica, onde a conduta objetiva é de formar acordo, convênio, ajuste, aliança entre ofertantes visando a fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas, ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas, ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.

Exige-se então a demonstração de que os acordos, ajustes ou alianças entre os ofertantes tinham por objetivo o domínio de mercado, assim caracterizado por *uma posição de força econômica de que goza uma empresa, que lhe permite impedir a manutenção de uma concorrência efetiva no mercado relevante, ao permitir-lhe, em medida considerável, comportar-se de forma independente em relação aos seus concorrentes, clientes e consumidores* (Tutela Penal da Ordem Econômica: O Crime de Formação de Cartel. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 180).

No caso, as tratativas descritas na denúncia referiam-se apenas a uma licitação (n. 40015212/2005), em que teria sido acordada a formação de dois consórcios para execução da Linha 2 do *Metro/SP*, sendo que, *Ambos seriam pré-qualificados, mas apenas um deles ganharia a licitação e o outro apresentaria proposta perdedora de cobertura*, e, posteriormente, *o consórcio vencedor subcontrataria as empresas do consórcio perdedor* (fl. 17)

Dessa forma, as condutas tidas por anticompetitivas referiam-se exclusivamente a um procedimento licitatório, sendo certo que, pela descrição da denúncia, não se pode inferir que os acordos narrados configurariam, no limite descrito, domínio de mercado, apto a subsumir no delito do art. 4º, II, *a, b e c*, da Lei 8.137/1990.

Assim, sendo insuficiente a descrição fática de que os acordos caracterizariam a concentração do poder econômico e de que os ajustes teriam sido efetivamente implementados com domínio de mercado, não há falar em formação de cartel, porquanto não demonstrada ofensa à livre concorrência. Na medida em que, na lição de Rodolfo Tigre Maia, *considerada em si mesma, a conduta de efetivação de ajustes e de acordos entre empresas não caracteriza qualquer ilicitude, desde que seu próprio escopo ou as atividades práticas deles decorrentes, imediata ou mediadamente, não desbordem de qualquer modo para o abuso do poder econômico, na medida em que resultem no domínio do mercado ou na restrição à competição no mesmo* (Tutela Penal da Ordem Econômica: O Crime de Formação de Cartel. São Paulo: Malheiros, 2008, p 162).

Ademais, ao que se tem dos fatos descritos na exordial, os ajustes ocorridos a partir do segundo semestre de 2004, tendentes à formação de mencionados consórcios, se deram unicamente com o fim de fraudar o processo licitatório em questão, subsistindo apenas o crime do art. 90 da Lei de Licitações.

Ilustrativamente, destaco:

Habeas corpus. Peculato-desvio. Inserção de dados falsos em sistema de informações. Concurso material. Conflito aparente de normas. Critério da

especialidade. Peculiaridades do caso concreto. *Bis in idem*. Configuração. Constrangimento ilegal evidenciado.

1. O delito de inserção de dados falsos em sistema de informações, descrito no artigo 313-A do Código Penal, é especial ao crime de peculato delineado no artigo 312 do Estatuto Repressor.

2. Na hipótese, a vantagem indevida auferida em detrimento da administração pública (objeto de tutela do crime de peculato) foi alcançada por meio de um especial modo de agir, consistente na inserção de informações falsas nos sistemas informatizados ou banco de dados da municipalidade.

3. Tal circunstância evidencia a ocorrência de apenas uma lesão ao bem jurídico tutelado, sendo imperioso, diante do concurso aparente de normas penais aplicáveis, o afastamento da condenação referente ao crime de peculato-desvio, já que o delito descrito no artigo 313-A do Código Penal disciplina, na íntegra, os fatos praticados pelo paciente, remediando-se, por conseguinte, o *bis in idem* repudiado pelo ordenamento jurídico pátrio.

[...]

2. Ordem concedida para anular a condenação do paciente com relação ao delito descrito no artigo 312, *caput*, do Código Penal, deferindo-se a substituição da pena privativa de liberdade remanescente por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo da Execução Penal.

(HC 213.179/SC, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 19/04/2012, DJe 03/05/2012)

Destarte, tenho por correto o entendimento do magistrado de primeiro grau, que, afastando o crime do art. 4º, II, da Lei 8.137/1990, consignou que os ajustes ocorridos configuraram o próprio crime licitatório, devendo apenas este último prevalecer.

No que se refere à prescrição da pretensão punitiva relativa ao delito do art. 90 da Lei n. 8.666/1993, assiste razão aos recorrentes.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que *o delito previsto no art. 90 da Lei 8.666/1993 é formal, cuja consumação dá-se mediante o mero ajuste, combinação ou adoção de qualquer outro expediente com o fim de fraudar ou frustrar o caráter competitivo da licitação, cujo intuito de obter vantagem, para si ou para outrem, decorrente da adjudicação do seu objeto, de modo que a consumação do delito independe da homologação do procedimento licitatório* (HC n. 116.680/DF, 2ª Turma, Rel. Ministro Teori Zavascki, publicado no DJe de 13/2/2014).

No mesmo sentido, destaco os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

Penal e Processo Penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Crime de frustração do caráter competitivo de procedimento licitatório mediante prévio ajuste (Lei n. 8.666/1993, art. 90). Inépcia da inicial acusatória. Inexistência. Presença dos requisitos do art. 41 do CPP. Ausência de justa causa. Não evidenciada. Lastro probatório mínimo para admissibilidade da denúncia. Recurso desprovido.

[...]

4. O crime do art. 90 da Lei n. 8.666/1993 é formal, ou de consumação antecipada, bastando a frustração do caráter competitivo do procedimento licitatório com o mero ajuste, combinação ou outro expediente finalidade específica (elemento subjetivo do tipo) de obter vantagem decorrente do objeto de adjudicação, para si ou para outrem. Despicienda, pois, a efetiva obtenção da vantagem com a adjudicação do objeto licitado para futura e eventual contratação.

[...]

9. Recurso desprovido (RHC 52.731/GO, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 27/10/2015, DJe 09/11/2015).

Habeas corpus. Crimes cometidos em licitações. Aditamento. Fatos narrados na denúncia. Exclusão de crime de responsabilidade. Fatos incólumes como fenômenos da realidade. Quebra do caráter competitivo da licitação. Prejuízo econômico ao erário. Desnecessidade.

1. Oferecida a denúncia e havendo posterior aditamento a ela, eventual exclusão de determinado crime descrito inicialmente, antes do aditamento, não significa que devam ser desconsiderados todos os fatos narrados na peça acusatória que lhe diziam respeito, haja vista permanecerem incólumes como fenômenos da realidade. Tanto é que, em regra, o acusado se defende da descrição fática, e não da capitulação jurídica contida na denúncia.

2. *O objeto jurídico que se objetiva tutelar com o art. 90 da Lei n. 8.666/1993 é a lisura das licitações e dos contratos com a Administração, notadamente a conduta ética e o respeito que devem pautar o administrador em relação às pessoas que pretendem contratar com a Administração, participando de procedimento licitatório livre de vícios que prejudiquem a igualdade, aqui entendida sob o viés da moralidade e da isonomia administrativas.*

3. *Trata-se de crime em que o resultado exigido pelo tipo penal não demanda a ocorrência de prejuízo econômico para o poder público, haja vista que a prática delitativa se aperfeiçoa com a simples quebra do caráter competitivo entre os licitantes interessados em contratar, ocasionada com a frustração ou com a fraude no procedimento licitatório.*

4. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 352.984/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Rel. p/ Acórdão Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 30/06/2016, DJe 08/09/2016)

Conforme já adiantado, segundo consta da denúncia, os recorrentes teriam fraudado o caráter competitivo do Procedimento Licitatório n. 40015212/2005 mediante ajustes ocorridos durante o segundo semestre de 2004, nos quais teria sido acordada a formação de dois consórcios distintos para concorrer à execução do projeto *Metro/SP - Linha 2*, sendo que, *Ambos seriam pré-qualificados*, mas apenas um *deles ganharia a licitação e o outro apresentaria proposta perdutora de cobertura*, e, posteriormente, *o consórcio vencedor subcontrataria as empresas do consórcio perdedor* (fl. 17).

Deste modo, em se considerando a natureza formal do crime do art. 90 da Lei n. 8.666/1993, e tendo em vista que o recebimento da denúncia, por este crime, se deu em 7/4/2014 (sentença, fl. 360), conclui-se que os recorrentes são processados por fatos ocorridos há mais de 8 anos do recebimento da exordial pelo Juízo de 1º Grau.

Imperioso, destarte, restabelecer a decisão de primeiro grau, que, ao rejeitar a denúncia e declarar extinta a punibilidade dos recorrentes, assim consignou (fl. 359):

Neste particular, diversamente do que afirmado pelo ilustre Promotor de Justiça, o crime de fraude à licitação, segundo entendimento do Plenário do Colégio Supremo Tribunal Federal "...é formal, cuja consumação dá-se mediante o mero ajuste, combinação ou adoção de qualquer outro expediente com o fim de fraudar ou frustrar o caráter competitivo da licitação, com o intuito de obter vantagem, para si ou para outrem, decorrente da adjudicação do seu objeto, de modo que a consumação do delito independe da homologação do procedimento licitatório..." (HC 116.680/DF - Relator Ministro Teori Zavascki, julgado em 18/12/2013).

Assim, face o proclamado pelo plenário da suprema corte, *tem-se que o crime imputado aos denunciados se consumou em janeiro de 2005*, isto é, quando os representantes das empresas teriam, segundo a denúncia, feito "acordos, convênios, ajustes e alianças, como ofertantes, mediante fixação artificial de preços para fornecimento e instalação de sistemas para transporte sobre trilhos", *iniciando-se, pois, o curso do prazo prescricional, consoante dispõe o artigo 111, inciso I, do Código Penal*.

Por outro lado, conforme prescreve o artigo 109, inciso IV, do Código Penal, a prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, se verificando, quanto ao crime do artigo 90, da Lei n. 8.666/1993 (cuja pena máxima é de 4 anos) em 8 anos.

Como, então, entre a data do fato (janeiro de 2005) e hoje decorreu prazo superior ao estabelecido em lei (8 anos), inevitável, data venia, reconhecer-se a extinção da punibilidade dos réus pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.

Prejudicadas as demais alegações.

Ante o exposto, dou provimento aos recursos especiais para restabelecer a decisão de fls. 354/360.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: Senhor Presidente, pedindo vênias ao Ministro Rogério Schietti, *acompanho* o voto de Vossa Excelência, inclusive com o adendo do Ministro Antonio Saldanha.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Rogério Schietti Cruz: *Oliveira de Carvalho e Massimo Andrea Giavina Bianchi* interpuseram recurso especial contra acórdão proferido pelo *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, que determinou o recebimento da denúncia e o prosseguimento da ação penal, na qual lhes são imputados os crimes de *formação de cartel* (art. 4º, II, “a”, “b” e “c”, da Lei n. 8.137/1990) e *fraude ao caráter competitivo do procedimento licitatório* (art. 90 da Lei n. 8.666/1993).

Em suas razões, alegaram os recorrentes, em síntese, o seguinte: 1) necessidade de esclarecimento dos pontos omissos e contraditórios suscitados pela defesa na origem, a ensejar violação do art. 619 do CPP; 2) julgamento *extra petita* efetivado pelo Tribunal de origem, que analisou a presença de justa causa e a aptidão da denúncia; 3) conflito aparente de normas, a implicar a adoção do critério da especialidade; 4) ocorrência da prescrição em relação ao crime do art. 90 da Lei 8.666/1993; 5) inexistência de descrição, em relação à Edson Yassuo Hira, da maneira pela qual haveria concorrido para a prática da suposta fraude licitatória, cuja responsabilização de seu por ato de terceiros.

Ao analisar o caso, o eminente relator, Ministro Nefi Cordeiro, entendeu que os recursos deveriam ser providos, a fim de restabelecer a decisão de primeiro grau que rejeitou a denúncia, em síntese, porque: 1) as condutas descritas art. 4º, II, “a”, “b” e “c”, da Lei n. 8.137/1990 exigem a demonstração de que os acordos,

ajustes ou alianças entre os ofertantes tinham por objetivo o domínio de mercado e que, no caso, as tratativas descritas na denúncia referiam-se apenas a uma licitação; 2) pela descrição contida na denúncia, não seria possível verificar se os acordos narrados configurariam, no limite descrito, domínio de mercado; 3) os fatos descritos na denúncia, ocorridos a partir do segundo semestre de 2004, se deram unicamente com o fim de fraudar o processo licitatório em questão, subsistindo apenas o crime do art. 90 da Lei de Licitações.

Pedi vista dos autos em razão da necessidade de exame mais acurado do tema jurídico trazido ao colegiado e ante o relevo do fato versado na impugnação.

I. Alegada violação do art. 619 do Código de Processo Penal

No recurso especial apresentado por Serge Van Themsche, a defesa alegou violação do art. 619 do Código de Processo Penal, porquanto o acórdão recorrido não teria sanado as omissões e as contradições apontadas em embargos de declaração, consistentes nos seguintes tópicos: 1) omissão sobre a aplicação e as consequências da aplicação do princípio da especialidade; 2) falta de indicação dos pontos da denúncia que narrariam os elementos típicos do aventado delito de cartel.

Em relação a tais aspectos, extrai-se do acórdão, a afastar a aplicação da especialidade, a afirmação de que “as empresas envolvidas formariam um cartel (crime contra a ordem econômica) e depois de formado e por meio dele, fraudariam licitação pública (crime contra a administração pública), nada impedindo que fossem imputadas ambas as condutas aos envolvidos, *em concurso formal ou material*” (fl. 679, grifei).

Mais adiante, alinhavou o acórdão recorrido (fl. 680):

Houve, ao que tudo indica, subcontratações indevidas, na medida em que, elas são possíveis, excepcionalmente, desde que previstas em edital e no contrato (artigo 72 e 78, VI, da Lei n. 8.666/1993). Tal medida visa, essencialmente, que, as empresas “derrotadas” não sejam as executoras do serviço licitado, como se constatou nos fatos aqui apurados, em que ocorreu a subcontratação das empresas, em tese, “perdedoras”, conforme se verifica às fls. 289, a exemplo de que as empresas Siemens e Alstom, atuando pelo Consórcio Linha Verde, subcontrataram as empresas PEM Engenharia S/A (Grupo T’Trans), Belfourt Beautty, Façon Eletromecenico, entre outras.

Dessa maneira, há, portanto, nos autos, farta prova documental de que o Consórcio Linha Verde composto pela Alstom e Siemens subcontrataram,

exatamente, quem eles derrotaram na licitação pública e integrantes de grupos a estes ligadas, evidenciando um possível acordo competitivo, manobra tida como ilegal, vez que todos usufruíram do objeto licitado.

Por fim, concluiu o referido *decisum*: “a existência de indícios, em tese, da ocorrência dos dois crimes, os quais decorreram das informações obtidas no procedimento licitatório referente ao contrato n. 40015212/2005 da ‘Companhia do Metropolitano de São Paulo – Metrô’, somadas à descrição das condutas anticompetitivas no acordo de leniência, bem como os documentos juntados aos autos e os termos dos depoimentos dos lenientes *que comprovam, em tese, ocorrência dos crimes de formação de cartel e de fraude à licitação*” (fl. 681, destaquei).

Observa-se, portanto, que o *critério da especialidade e a caracterização de possível formação de cartel, assuntos sobre os quais alega o recorrente que o acórdão teria sido omissos, foram apreciados e rechaçados*, na medida em que o referido *decisum* concluiu pela prática de dois crimes em concurso – o que não se coaduna com a ideia de antinomia –, bem como declinou as circunstâncias pelas quais o crime de cartel estaria descrito na denúncia. Por isso, não procede o recurso sob esse prisma.

Além disso, destacou o acórdão, *apenas como registro* (em caráter *obiter dictum*, portanto) – o que afasta possível contradição com a conclusão tida por ele sobre a existência de dois crimes – que “a pena do delito de ‘formação de cartel’ é maior em seu *quantum* máximo do que aquela é prevista no crime do artigo 90 da Lei n. 8.666/1993, de maneira que, *se absorção houvesse* vigeria a regra do *majus absorbet minorem*, remanescendo o delito mais grave” (fl. 683, grifei). Ou seja, se antinomia houvesse, deveria ser preservado o crime de formação de cartel, e não o de fraude ao caráter competitivo da licitação.

II. Alegado julgamento extra petita

Igual destino merece o recurso com relação ao aventado julgamento *extra petita*. Com efeito, ao contrário do suscitado exclusivamente pelo recorrente Serge Van Themsche, *não observo que haja o acórdão impugnado incorrido em julgamento além do formulado pelo Ministério Público no recurso em sentido estrito*, a ensejar possível vulneração ao princípio da adstrição ou da congruência.

Ao rejeitar a denúncia, *o Magistrado de primeiro grau, depois de discorrer sobre os fatos descritos na imputação, entendeu que seria o caso de aplicar-se o*

critério da especialidade, porquanto “eventual ‘cartel’ formado com vistas a fraudar processo licitatório está inserido na ilícita conduta de fraudar a licitação, de modo que, pelo princípio da especialidade, somente este último deve prevalecer” e que, por isso, “afastado o ‘crime de cartel’, pois, repita-se, formar acordo, convênio, ajuste ou aliança são comportamentos que, no caso *sub judice*, tipificam o crime do artigo 90, da Lei n. 8.666/1993, cumpre agora analisar esse delito para, então, apreciar possível ocorrência da prescrição” (fl. 358).

Diante do recurso em sentido estrito do Ministério Público, no qual foi sustentada a prática de crimes autônomos e a inexistência de antinomia, *não haveria outra possibilidade de o decisum recorrido reverter a decisão de primeiro grau, senão com o exame dos fatos e dos elementos de informação que lastrearam a denúncia*, os quais se revelaram, em sua ótica, aptos a deflagrar a ação penal pela prática de dois crimes.

Assim, *mostrou-se impositiva a análise da aptidão da denúncia em todos os seus aspectos, a fim de justificar a modificação da decisão de primeiro grau diante da alegação feita pelo Parquet no recurso em sentido estrito. Este estaria interligado com a existência de descrição suficiente dos fatos relacionados aos dois delitos cometidos de modo autônomo*, o que afastaria a aplicação de critério de solução de conflito aparente de normas.

III. A denúncia pelo crime de formação de cartel

Segundo a orientação desta Corte, à qual aderimos, “a denúncia, peça acusatória revestida de tecnicidades 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” (*RHC n. 39.627/RJ*, Rel. Ministro *Rogério Schietti Cruz*, DJe 30/4/2014).

Há que se avaliar, portanto, se a denúncia, ao imputar a prática de crime, descreve os fatos com todas as suas circunstâncias, de modo a possibilitar a ampla defesa.

Cuidando-se de acusação de *formação de cartel*, notadamente aquela prevista no art. 4º, II, da Lei n. 8.137/1990, *a denúncia deve seguir, em linhas gerais, além dos requisitos ínsitos a qualquer imputação penal, os seguintes parâmetros*:

1) *descrever fatos que se amoldam em algumas das hipóteses previstas no tipo*, isto é, proceder à indicação da existência de acordo, convênio, ajuste ou aliança entre

oferchantes, com o objetivo de fixar artificialmente os preços ou as quantidades vendidas/produzidas, de exercer o controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas em detrimento da concorrência;

2) *identificar a conduta de cada um dos acusados supostamente envolvidos no conluio;*

3) *explicitar a maneira como a conduta configura infração contra a ordem econômica*, isto é, de que modo provoca ou pode provocar o exercício de poder abusivo com o intuito de dominar mercados, eliminar concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros;

4) *subsidiar-se em elementos mínimos de identificação da autoria*, os quais permitam aferir a existência de justa causa, com a ressalva de que de “[p]rovas conclusivas da materialidade e da autoria do crime são necessárias apenas para a formação de um eventual juízo condenatório” (RHC n. 74.072/RJ, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, DJe 21/3/2018), jamais para efeitos de recebimento da denúncia.

Dito isso, considero que *a denúncia*, diversamente da compreensão externada pelo relator, *descreveu*, quantum satis, *a prática dos crimes de formação de cartel e fraude ao caráter competitivo das licitações de modo autônomo*, conforme procurarei explicitar.

Deveras, malgrado todo o procedimento licitatório encetado pela Companhia Paulista de Trens Metropolitanos e pela Companhia de Metrô de São Paulo, entre os anos de 1999 e 2009 – para a implantação dos projetos Linha 5 do Metrô, manutenção de Trens Séries 2000, 2100 e 3000, extensão da Linha 2 do Metrô de São Paulo, projeto Boa Viagem, Projeto 320 Carros e Projeto 64 Carros (fl. 301) –, haja sido objeto de investigação, houve desmembramento do procedimento.

Tal desmembramento redundou na deflagração de diversos processos penais e *a denúncia, no caso dos autos, cingiu-se especificamente ao Procedimento Licitatório n. 400152121 da Companhia do Metrô de São Paulo*, o qual previu a elaboração de projeto executivo, fornecimento e implantação de sistemas para o trecho *Ana Rosa/Ipiranga* e sistemas complementares para o trecho *Ana Rosa/Vila Madalena da Linha 2 Verde do Metrô de São Paulo*.

Em razão disso, o exame do feito, conforme a denúncia oferecida pelo Ministério Público, atem-se ao referido procedimento licitatório específico, sem descurar, contudo, da amplitude e da magnitude de todo o procedimento, o qual ensejaria, segundo amplamente divulgado, *o custo de alguns bilhões de reais – sendo que, na hipótese, como retrata a imputação, o projeto havia sido orçado, sem a inclusão de aditivos, o valor R\$ 136.660.717,15.*

Logo de início, extraído, da descrição fática apresentada pelo Ministério Público, a afirmação de que “as referidas empresas, pelos respectivos denunciados, nos documentos dos autos e dos respectivos apensos, em irrefutável análise econômica das evidências (*economic analysis*) da sistemática da licitação e das provas; a partir do mês de janeiro de 2005, ainda em vigência até 21 de agosto de 2013; adiante explicados, e em várias ocasiões em datas diversas, em locais variados, nesta cidade de São Paulo; **realizaram acordos, convênios, ajustes e alianças, como ofertantes, mediante fixação artificial de preços para fornecimento e instalação de sistemas para transporte sobre trilhos**” (fls. 2-3).

Em seguida, também na parte introdutória, arremata (fl. 3):

*Previamente ajustados e com unidade de propósitos, os **denunciados, agindo em nome e para vantagem das empresas que representavam, reuniam-se e/ou comunicavam-se por diversos meios, e dividiram entre eles o contrato administrativo n. 4001521201 da Companhia do Metropolitano de São Paulo - Metrô**, que deveria ser destinado a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, prejudicando o julgamento em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade e do julgamento objetivo. Os denunciados, entretanto, dele “assenhoraram-se”, *direcionando a licitação sabendo previamente quais empresas seriam as vencedoras. Através de acordos fraudulentos, estabeleceram e direcionaram os consórcios, vencedor/perdedor, este com proposta pro forma, **dividiram o mercado e o preço final superfaturado, violando assim criminosamente as Leis naturais da economia, especialmente a da livre concorrência.****

*Nesse contexto, tendo a certeza e a consciência de serem, juntas, as empresas, **dominadoras de considerável parcela do mercado**; os denunciados fraudaram, mediante ajuste e combinação, o caráter competitivo do referido procedimento licitatório com o objetivo de obter, para suas respectivas empresas, as quais detinham poder decisório, vantagem financeira decorrente dos objetos da adjudicação do contrato firmados com o Poder Público - Companhia do Metropolitano de São Paulo - Metrô (Crime contra a administração pública).*

Por fim, ainda na parte introdutória, o MP faz uma síntese dos fatos, em que expõe que “as empresas acordaram a formação de dois consórcios para participar da licitação: *um venceria o certame e o outro apresentaria uma proposta de cobertura, sendo, posteriormente, subcontratado*” e que o “acordo anticompetitivo obteve sucesso: o consórcio formado Linha Verde, formado por Alstom e Siemens, sagrou-se vencedor e, durante a execução do contrato, subcontratou as empresas T”Trans, Bombardier e Balfour Beatty” (fl. 4).

Verifica-se que a denúncia, *ab intio*, já explicita que *as empresas detinham domínio considerável de parcela do mercado* e aponta a presença de duas das características da formação de cartel, que é a **restrição da proposta** e a **subcontratação ilegal**. Tais circunstâncias, consoante referido linhas atrás, sinalizam a existência de requisitos inerentes aos crimes contra a ordem econômica, os quais pressupõem o abuso do poder econômico, cuja configuração se dá pelo uso abusivo de domínio do mercado relevante, de modo a restringir ilicitamente a liberdade de iniciativa e a livre concorrência, com a utilização de técnicas de compensação.

No tópico II, o *Parquet*, após a síntese dos fatos, chama a atenção para os subsídios que lastreiam a denúncia, ao salientar que o “procedimento licitatório em conjunto com os termos do acordo de leniência e demais documentos anexados aos autos, é conclusivo que há provas de prática dos crimes de cartel e fraude a presente licitação por integrantes das empresas Siemens, Alstom, T”Trans, Bombardier e Balfour Beatty, na forma exposta no acordo de leniência, em conluio com agentes públicos” (fl. 5).

No tópico III, o Ministério Público examina o procedimento licitatório, onde afirma que 33 empresas adquiriram e retiraram exemplares do edital, mas que somente 2 consórcios apresentaram documentos de habilitação, a saber: *Consórcio Linha Verde*, integrado pelas empresas Alstom Brasil Ltda. e Siemens Ltda, e o *Consórcio Linha Dois*, integrado pelas empresas Trans Sistemas de Transportes S/A., Bombardier Transportation Brasil Ltda. e Balfour Beatty Rail Power Systems (Brazil) Ltda. (fl. 8)

Ambos os consórcios foram considerados habilitados e, na mesma sessão de habilitação, *desistiram expressamente do exercício do direito de interpor recurso*, cujo termo, em relação a Linha Verde, “foi assinado por Wagner Tadeu Ribeiro (gerente comercial da Alstom), Francisco de Assiz Perroni (superintendente de operações da Alstom), Nelly Miyazaki (técnica de venda de infraestrutura da Siemens) e Liliam Cristina Basseto Dezen (gerente comercial de contratos da Siemens)” (fl. 8).

No que tange à Linha Dois, o termo “foi assinado por Wagner Tadeu Ribeiro (gerente comercial da Alstom), Francisco de Assiz Perroni (superintendente de operações da Alstom), Nelly Miyazaki (técnica de venda de infraestrutura da Siemens) e Liliam Cristina Basseto Dezen (gerente comercial de contratos da Siemens)” (fl. 8).

Chama a atenção, ainda nesse tópico, **que a proposta apresentada pela Linha Verde, mesmo acima do valor estimado pela comissão licitatória, sagrou-**

se vencedora do certame e, ato contínuo, o Consórcio Linha Dois renunciou expressamente ao direito de interpor recurso, nestes termos (fl. 10):

Mesmo com proposta acima do valor estimado, a Comissão de Licitação e Julgamento – CLS declarou vencedor o Consórcio Linha Verde, composto pelas empresas Alstom Brasil Ltda. e Siemens Ltda., conforme resultado publicado no Diário Oficial do Estado de São Paulo, edição do dia 02 de abril de 2005.

O Consórcio Linha Dois, por sua vez, renunciou expressamente ao exercício do direito de interpor recurso administrativo contra a decisão de seleção da proposta do Consórcio Linha Verde, em manifestação subscrita por Massimo Andrea Giovina-Bianchi, presidente-integrante da T'Trans Sistemas de Transportes S/A, líder do consórcio.

Destaca-se, de igual forma, o fato de que, homologado o processo licitatório em 6/4/2005, com despesa prevista no valor de R\$ 143.622.513,04, pouco mais de um mês depois, em 15/5/2005, “a Siemens Ltda. solicitou a subcontratação da empresa PEM Engenharia S/A, que mantinha relações comerciais com a T'Trans” (fl. 11), e, passados quinze dias, “a Alstom Brasil Ltda. também solicitou a subcontratação da empresa PEM Engenharia S/A” (fl. 11).

No mês seguinte, conforme descrito na denúncia, a “Siemens, no dia 03 de junho de 2005, formulou pedido de subcontratação da empresa Belfour Beatty Rail Power Systems (Brasil) Ltda., destinado à execução dos itens 3.11, 3.3.2 e 3.3.5 do contrato, também aprovado pela Companhia do Metropolitano de São Paulo” (fl. 11). E, da mesma forma e nesse mesmo mês, seguiram-se pedidos de subcontratações, com a inclusão da Façon Eletromecânica, Industria, Comércio e Serviços Ltda e da Bombardier Transportation Brasil Ltda, além de oito aditamentos, os quais culminaram com o acréscimo no valor do contrato, que passou a ser orçado em R\$ 162.515.335,87 (fls. 11-15).

Observa-se, diante desse quadro, que *as empresas subcontratadas ou integravam o Consórcio perdedor do processo licitatório ou a lista das empresas que retiraram o edital, mas não concorreram no certame*, circunstâncias estas que, embora possam não representar, de per si, ilícito penal ou mesmo administrativo, reforçam a possibilidade de conluio entre as empresas, a indicar a existência de **acordo anticompetitivo**.

No tópico IV, o Parquet apresenta esboço detalhado dos fatos, extraídos por informações obtidas em *programa de leniência aderido pela Siemens*, onde assinala, *baseado em documentos apresentados*, (fl. 17), o seguinte: “[no segundo semestre de 2004 ocorreu uma reunião entre as empresas Siemens, Bombardier,

Alstom, Balfour Beatty e T”Trans com o objetivo de planejar a divisão do escopo do projeto Metrô São Paulo Linha 2. Compareceram a esta reunião Everton Rheinheimer – diretor de transportes da Siemens; Paulo Borges – Diretor da Divisão de Transportes da Alstom; Serge Van Themsche – Presidente da Bombardier; Haroldo Oliveira de Carvalho – da Balfour Beatty e Edson Yassuo Hira – Gerente de propostas da T”Trans” (fl. 16, grifei). E prossegue:

[f]oi estabelecido acordo anticoncorrencial no sentido de que seriam formados dois consórcios diferentes para o projeto. Ambos seriam pré-qualificados, sendo que um deles ganharia a licitação e o outro apresentaria proposta perdedora de cobertura. Posteriormente, o consórcio vencedor subcontrataria as empresas do consórcio perdedor. Para atingir o objetivo, os participantes realizaram uma detalhada análise dos atestados técnicos detidos por cada empresa e analisaram as possibilidades de formação dos consórcios considerando que as disposições do edital continham exigências muito específicas e as empresas temiam que a licitação pudesse ser frustrada por ausência de competição caso apenas um dos dois consórcios fosse pré-qualificado. As empresas interessadas na licitação fizeram uma análise cuidadosa dos atestados técnicos detidos por cada uma delas, para montar os dois consórcios participantes da licitação.

De todo o exposto até aqui, sobressai-se a assertiva do Ministério Público de que “[h]á nos autos, em apenso, documentos (provas diretas) que também demonstram a realização dos acordos em Cartel” (fl. 19, destaquei). **Tais provas consistiriam em:** “Documento fornecido pela leniente Siemens – ‘Subcontrato de prestação de fornecimento e de serviços – minuta’; demonstra Balfour Beatty subcontratada pela Siemens, sendo a Alstom anuente. Documento fornecido pela leniente Siemens – ‘Subcontrato de prestação de fornecimento de serviços – minuta’; demonstra a PEM Engenharia S.A. subcontratada pela Alstom, sendo a Siemens anuente. Documento fornecido pela leniente Siemens – E-mails referindo a efetiva contratação da Balfour Beatty como subcontratada da Siemens”. (1610212007 e 2110212007)” (fl. 19).

Esse quadro fático, do modo como descrito, preenche, a meu juízo, os requisitos previstos no art. 41 do CPP, relativamente ao crime de formação de Cartel, pois se amoldam às hipóteses previstas no tipo inserto no art. 4º, II, da Lei n. 8.137/1990. Com efeito, por toda a narrativa feita na imputação, é possível concluir pela presença de **suficientes indícios** da existência de **acordo, ajuste ou aliança entre as concorrentes**, os quais encontram subsídios em provas apresentadas no programa de leniência feito pela própria Siemens, então integrante do consórcio que venceu o certame.

Além disso, *expõe a denúncia o modo como as empresas participantes do suposto cartel, entre as quais figuram empresas multinacionais, notoriamente conhecidas pelo poder de mercado e atuação em mercado relevante*, efetuaram ajuste com o objetivo de eliminar a concorrência no vultoso procedimento licitatório. Aliás, a denúncia descreve que o edital chegou a ser impugnado por uma das empresas que pretendiam concorrer no certame (não beneficiada pelo esquema), nestes termos (fl. 6):

A empresa Alusa Engenharia Ltda. ofertou impugnação ao edital, sustentando que a aglutinação de diversos sistemas em único procedimento licitatório restringia a competição, infringindo o disposto no artigo 3º, § 1º da Lei n. 8.666/1993.

O pedido não foi acolhido pelo Metrô, com fundamento na impossibilidade de execução dos contratos em lotes e complexidade dos sistemas a serem implementados, nos termos do artigo 23, § 1º, da Lei d 8.666/1993.

Diante disso, a empresa ofertou representação perante o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, que, em liminar, suspendeu o procedimento licitatório, porém, no mérito, decidiu pela regularidade das cláusulas expostas no edital (Procedimento TC-006990/026/05).

Como é afirmado na denúncia, *“as empresas integrantes do cartel traçaram a estratégia para que não houvesse concorrência entre elas e impedissem a presença de empresas ‘não alinhadas’ no certame”* (fl. 21).

Importa ressaltar, ainda, que há descrição dos fatos sequenciada e devidamente individualizada, com o apontamento, em cada passo ou etapa, dos participantes do conluio e dos atos praticados, de modo a permitir o exercício da ampla defesa.

O mesmo se diga em relação ao crime de fraude ao caráter competitivo do procedimento licitatório, quando o *Parquet* inicia a descrição dos fatos, no tópico V, com a afirmação de que, no “procedimento licitatório, constatou-se que ocorreu vazamento de informações da licitação, a inserção de aspectos com cláusulas restritivas à concorrência no edital e atuação fática das integrantes do cartel por meio de mais de um consórcio e irregularidades no procedimento de subcontratação” (fl. 19).

No particular, afirma o MP que o “relato e documentos mencionados demonstram que representantes das empresas cartelizadas de fato tiveram acesso a informações pormenorizadas sobre procedimento licitatório, a ponto de combinarem previamente valores e analisarem documentos que seriam exigidos na fase de habilitação” (fl. 20) e que “[a] tabela interna da Siemens, datada de 20

de julho de 2004, *demonstrou que as empresas cartelizadas, antes da publicação do edital, já haviam estipulado valores que seriam ofertados na licitação*”.

E mais:

Se não bastasse, as empresas Alstom, Siemens, Bombardier, T’Trans e Balfour Beatty, em reunião ocorrida no dia 17 de setembro de 2004 decidiram a composição dos dois consórcios que seriam formados, *com base na análise minuciosa dos respectivos atestados técnicos, para que atendessem aos requisitos de qualificação exigidos na licitação, cujo edital sequer havia sido publicado.*

Tudo isso revela que os representantes das empresas cartelizadas tiveram acesso a informações sensíveis sobre a licitação cerca de 06 (seis) meses antes da publicação do respectivo edital, período que os dados do procedimento licitatório deveriam ter sido mantidos sob sigilo no âmbito da Companhia do Metropolitano de São Paulo - Metrô.

[...]

O acesso indevido às informações da licitação, além de causar desequilíbrio entre os concorrentes, favoreceu a celebração do acordo anticompetitivo entre as empresas Alstom, Siemens, T’Trans, Bombardier e Balfour Beatty.

De outro lado, constata-se que a Companhia do Metrô não realizou audiência pública, a possibilitar que os interessados exercessem direito de acesso e manifestação sobre as informações pertinentes à licitação, obrigatório para licitações com valor global de superior a R\$ 150.000.000,00, como a ora analisada, nos termos do artigo 39 da Lei 8.666/193.

Outro aspecto relevante que merece ser registrado é que a própria *restrição contida no edital quanto ao número de consórcios participantes* – no máximo três –, *despida de justificativa* (segundo a denúncia), em confronto com o número de empresas que retiraram o edital e as que apresentaram documentos de habilitação – somente cinco, beneficiadas com o suposto ajuste – ***reforça a possibilidade de realização de cartel.***

A delimitação do mercado relevante implica, necessariamente, a identificação do mercado no qual determinado agente econômico atua, isto é, no ambiente em que este concorre. Logo, a ideia de mercado relevante compreende a identificação das relações concretas de concorrência de que ele participa; serve a esse propósito, portanto, a abertura de vultosa e complexa licitação relacionada ao ramo de atuação das empresas envolvidas. Por isso, a restrição injustificada relativa à quantidade de consórcios participantes é mais um elemento que se soma as demais circunstâncias descritas na denúncia, a indicar a formação de cartel e a fraude no procedimento licitatório.

Releva, a propósito, enfatizar que o abuso do poder econômico importa em *diminuição ou mesmo supressão da liberdade de oferta e procura*, impedindo o acesso de novos empresários ao mercado ou o desenvolvimento das atividades dos concorrentes. Na direção das precisas palavras de Ana Frazão Lopes, “*será ilícito o ato que pretenda reduzir, de forma abusiva, a concorrência para um nível abaixo do qual estejam comprometidas a liberdade entre os agentes econômicos e a liberdade dos consumidores*. Afinal, a preocupação da Constituição foi com a eliminação abusiva da concorrência praticável” (LOPES, Ana Frazão de Azevedo Lopes. *Empresa e propriedade: função social e abuso de direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 190).

A formação de cartel compreende, assim, a *realização de acordos*, que podem ser explícitos ou tácitos *entre concorrentes do mesmo segmento* e que envolvem parte substancial do mercado, *a fim de controlar preços, produção e distribuição e, com isso, aumentar os lucros*. Trata-se, portanto, de coligações entre empresas da mesma categoria com objetivo de obter vantagens comuns decorrentes da supressão da livre concorrência, mas com a manutenção da autonomia entre elas.

Acresça-se que os cartéis podem ser assim classificados (esta não é a única forma de classificação): *difusos* (soft) e *clássicos* (hard-core). *Os primeiros (cartéis difusos)*, que interessam para o exame do caso, são definidos pelo CADE como um “[a]to de coordenação da ação entre empresas com objetivo similar ao do cartel clássico, *mas de caráter eventual e não institucionalizado*. Esse é o caso quando um grupo de empresas decide reunir-se para coordenar um aumento de preço, muitas vezes em função de um evento externo que as afetou simultaneamente. *Isto é, tal ação pode ser considerada eventual e não decorreu de uma organização permanente para coordenar as ações das empresas envolvidas* (Trecho do voto do Conselheiro-Relator Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado no PA n. 08012.002127/2002- 14, DJ 13/7/2005, CADE. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPL1u9u7akQA h 8 m p B 9 y N 1 r r y 6 K f I k A H _ w 5 x 0 Z K b 9 _ H N U s N 9 4 s 7 H M k B i 4 K s r n I N a N j n F T 7 h 4 9 8 5 8 q 0 8 x A h 3 T T F g B U y G f o E E a F X j 0 r M D x w W>. Acesso em: 27 abr. 2018).

Deveras, a caracterização do cartel *prescinde da existência de um estado de permanência ou estabilidade da colusão*, à semelhança do que ocorre com as parcerias comerciais (*joint venture*) que, em geral, possuem “objetivos específicos limitados, como os grandes projetos de obras de infraestrutura, portos, tuneis, hidroelétricas etc., cuja magnitude exige a união de várias empresas”

(BULGARELLI, Waldírio. *Concentração de empresas e Direito antitruste*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 56-57).

Além disso, a atuação do cartel ocorre, predominantemente (como destaca a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE), em *contratos engajados com o setor público* (OECD Joint Global Forum on Trade and Competition, 2003. Hard Core Cartels. Disponível em: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=CCNM/GF/COMP/TR\(2003\)8&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=CCNM/GF/COMP/TR(2003)8&docLanguage=En)>. Acesso em: 25 abr. 2018).

No âmbito internacional, tal prática é conhecida como *bid rigging*, que significa a realização de cartel em procedimentos licitatórios e que consiste no ajuste entre competidores para, em conjunto, indicar o vencedor de determinada licitação pública, de modo que, *a posteriori*, sejam favorecidos todos os acordantes mediante a concessão de compensações. Nela pode ser incluída até mesmo a existência de acordo para que não sejam apresentadas propostas por outros concorrentes ou, ainda, que sejam exibidas propostas acima da indicada para obter êxito no certame.

Assim, nas *licitações públicas*, nas quais há *acordo entre os concorrentes com a aptidão para limitar, falsear ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência*, é possível identificar, consoante orientações da extinta Secretaria de Direito Econômico, a presença de algumas características: *fixação de preço; rodízio, restrição de proposta; divisão de mercado e subcontratação ilegal* (*Combate a Cartéis em Licitações: guia prático para pregoeiros e membros de comissões de licitação*. Coleção SDE/SPDE n. 02/2008).

Esses elementos estão, a meu sentir, plenamente narrados na imputação ministerial e me parece deveras *preocupante, com a devida vênia, que se interrompa a pretensão punitiva por condutas tão graves e lesivas ao erário e ao interesse público, impedindo o titular da ação penal de demonstrar, no curso da ação penal, o que descreve na denúncia*.

IV. Formação de cartel e fraude ao caráter competitivo da licitação – inexistência de conflito aparente de normas

No REsp n. 1.376.670/SC, citado e adotado em seu voto pelo relator, há a afirmação de que “ocorre o conflito aparente de normas quando há *a incidência de mais de uma norma repressiva numa única conduta delituosa, sendo que tais normas possuem entre si relação de hierarquia ou dependência, de forma que somente uma é aplicável*”.

Trazendo a assertiva para o caso ora examinado, vejo que não se está diante de uma única conduta, mas diante de um número expressivo de condutas que acabaram por distanciar a formação do cartel como elemento central para a quebra do caráter competitivo em relação ao procedimento licitatório, embora o exercício da livre concorrência, no que tange à ordem econômica, haja sido afetada com o cartel. Explico.

Para a configuração do crime de fraude ou frustração do caráter competitivo do procedimento licitatório, *não há, necessariamente, que haver conluio entre os concorrentes. A prática desse crime pode se dar pela utilização de qualquer outro expediente fraudulento que se coloque em oposição à competitividade do certame, seja na fase externa, seja na interna; basta que algum aspecto do procedimento seja atingido.*

Logo, a prática de qualquer ato fraudulento que importe quebra de princípios basilares da licitação, com o objetivo de frustrar o caráter competitivo do certame, pode dar azo ao crime previsto no art. 90 da Lei n. 8.666/1990, sem que para isso ocorra o ajuste entre os concorrentes, como, *v.g.*, o conluio estabelecido entre um concorrente e determinados agentes públicos. *A elaboração de edital direcionado ou mesmo o fornecimento de informações privilegiadas, por meio de um agente público, acerca de informações sigilosas do procedimento licitatório, podem ser exemplos desse crime quando visem a burlar a competição necessária do certame licitatório.*

Nesse particular, o “conluio entre o concorrente (ou vários concorrentes) da licitação e um servidor público, por *quebra do sigilo das propostas; inserção, no edital, de cláusulas discriminatórias em favor de determinado concorrente*” (Luiz Regis Prado, *Leis penais especiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 193), são exemplos de outros expedientes que se enquadram na cláusula genérica prevista no tipo.

Na espécie, o reconhecimento da suposta fraude ao caráter competitivo da licitação teve como substrato situações desvinculadas, *a priori*, da formação do cartel. Com efeito, a denúncia explícita que “[o] relato e documentos mencionados demonstram que representantes das empresas cartelizadas de fato *tiveram acesso a informações pormenorizadas sobre procedimento licitatório, a ponto de combinarem previamente valores e analisarem documentos que seriam exigidos na fase de habilitação*” (fl. 20, grifei), isto é, “os representantes das empresas cartelizadas *tiveram acesso a informações sensíveis sobre a licitação cerca de 06 (seis) meses antes da publicação do respectivo edital, período que os dados*

do procedimento licitatório deveriam ter sido mantidos sob sigilo no âmbito da Companhia do Metropolitano de São Paulo - Metrô” (fl. 20-21).

No ponto, conclui: “Denotam-se, portanto, ‘indícios precisos e concordantes no sentido de que os integrantes do cartel *aproximaram-se de agentes da Companhia do Metrô, em circunstâncias ainda não esclarecidas, sem afastar a prática de crimes contra a administração pública, para que obt[ivessem] acesso privilegiado às informações do procedimento licitatório*” (fl. 21, destaquei).

Mais adiante, relata o *Parquet* que a “**restrição do número de integrantes do consórcio favoreceu as empresas integrantes do cartel, com maior tradição no mercado** – oligopólio em conluio, capazes de executar projetos complexos sem a necessidade de socorro de outras empresas, em detrimento da concorrência” (fl. 22).

E, por fim, assinala: “ao lado do ‘vazamento’ das informações, **o edital também favoreceu a atuação do cartel, especialmente no afastamento de empresas ‘não alinhadas’**, ou seja, “[a] ‘recomendação’ de retirada do edital no endereço constante da apresentação dos documentos [...] escondeu, na verdade, obrigatoriedade imposta aos interessados em participar da licitação”, de modo a *possibilitar que “interessados na disputa tenham prévio conhecimento de quem serão os futuros concorrentes, viabilizando traçar estratégia para implementação do acordo anticompetitivo, especialmente afastar empresas não alinhadas”* (fl. 23).

Todas essas circunstâncias acabam por reforçar a ideia de que a frustração ao caráter competitivo da licitação motivou-se em fatos que não se relacionam exclusivamente com a colusão ilícita das empresas, mas, ao contrário, são fatores que, por si só, maculam o certame licitatório. O caso relatado na denúncia expõe a fraude no certame licitatório de **modo bastante distinto da imputada formação do cartel**, porquanto singulariza e distingue cada uma das condutas relacionadas aos delitos de maneira inequívoca.

De fato, há, no contexto fático externado pelo Ministério Público, uma **clara distinção de desígnios**, amparados por condutas que não se confundem, na medida em que **a formação do cartel foi motivada, sobretudo, pela expressividade do valor do projeto** que, data vênica, salta aos olhos. O benefício dos lucros a serem auferidos por todos os participantes do esquema, em *evidente e vultoso prejuízo público*, norteou o desejo de celebração do contrato pelas empresas da forma como delineada.

Já a fraude ao caráter competitivo da licitação ocorreria em qualquer caso, mesmo que ausentes as circunstâncias ligadas à formação de cartel, haja vista que

o conhecimento prévio de informações sigilosas por determinada empresa, bem como a existência de restrição injustificada no edital quanto ao número de consórcios participantes e o direcionamento da licitação, tudo com o auxílio de agentes públicos.

O art. 90 da Lei 8.666/1990, ao prever que frustração ou a fraude possa se dar mediante ajuste *ou qualquer outro expediente*, reproduz o modelo de cláusula casuística seguida de fórmula genérica, tal como ocorre, por exemplo, com algumas das as qualificadoras do homicídio. Nesse modelo de locução aberta, é necessário que o intérprete se utilize de situações ou conceitos análogos, ou seja, semelhantes e que aplique o referido dispositivo legal por *interpretação analógica* (não analogia), a exemplo de expressões como “por qualquer outro meio” ou “por outro motivo torpe”.

Mostra-se indicativo, na espécie, que o desígnio para a formação de cartel estaria amparado nos altos valores dos contratos que, pela inequívoca expressividade, poderia ensejar benefícios a todos os concorrentes alinhados, fato este que não ocorreria em uma concorrência natural e lícita. Não há, com a devida vênia dos que pensam contrariamente, como desconsiderar a formação de cartel, no caso, para entender presente apenas a fraude ocorrida na licitação, seja porque *a potencialidade lesiva da formação de cartel não se esgota na fraude ao caráter competitivo do certame específico, seja porque as condutas são distintas e dirigidas a finalidade não coincidente.*

Ainda sobre a eventual relação de hierarquia ou de dependência entre as normas penais em debate, penso, com a devida vênia, que *não há, entre a lei que regula a ordem econômica e a que trata das licitações, nenhuma relação de hierarquia ou mesmo de complementariedade.*

Com efeito, a ocorrência da fraude ao caráter competitivo da licitação, cujo bem jurídico tutelado está imbricado com os princípios básicos da administração pública e da probidade administrativa, ocorreria ainda que o caso não versasse sobre formação de cartel.

Já a formação de cartel, cuja *tutela jurídica se volta à proteção do mercado*, poderia subsistir isoladamente, se não presentes as circunstâncias retratadas no caso, mas com a frustração do caráter competitivo do certame licitatório restrito ao conluio entre as empresas e sem a participação de agentes públicos.

Nesse particular, válidas as assertivas feitas por Rossana Malta de Souza Gusmão, “de que não é possível ilícito antitruste em licitações, pois a lei de licitações, Lei n. 8.666/1993, preveria penalidades administrativas e criminais próprias. Nesse sentido, é necessário diferenciar bem os escopos da lei de licitação

e da lei antitruste. Os bens jurídicos são distintos: no primeiro caso, tutela-se a Administração Pública e busca-se reparar a lesão a ela feita; no segundo, tutela-se a ordem econômica e o interesse difuso da sociedade. Também, as consequências são bastante distintas” (Cartel em licitação pública: tipificação na Lei Antitruste. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3274, 18 jun. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22038>>. Acesso em: 27 abr. 2018).

Subsidiado em tais considerações, reputo correto o acórdão recorrido quando afirmou, para distinguir as condutas, que há “*indícios patentes de que houve ofensa frontal, também, aos princípios da publicidade e vinculação ao instrumento convocatório, sem falar que documentos juntados no processo licitatório, segundo o relatório de investigação, demonstram que os participantes “privilegiados” “combinaram” os valores das propostas, estipulando uma principal e outra, de cobertura, visando impedir a concorrência e a redução do valor do contrato*” (fl. 680).

Por tudo isso, entendo, para efeitos de recebimento da denúncia, que *não há conflito aparente de leis* no caso, a justificar a aplicação de algum dos critérios de solução *initio litis*, como fez o Magistrado de primeiro grau, e, *a fortiori*, não há que se falar em relação de causalidade ou especialidade, pois, em princípio, parecem tratar-se de crimes autônomos.

Impõe-se ressaltar, ademais, que os sólidos argumentos externados pelo Tribunal de origem se somam à complexidade que envolve o caso e, por isso, ensejam *cuidado redobrado em relação à interrupção prematura da persecução penal, máxime se levado em conta o firme entendimento jurisprudencial de que a extinção do processo, ab initio, situa-se no campo da excepcionalidade.*

Com efeito, “[n]ão é lícito ao Juiz, no ato de recebimento da denúncia, quando faz apenas juízo de admissibilidade da acusação, conferir definição jurídica aos fatos narrados na pela acusatória. Poderá fazê-lo adequadamente no momento da prolação da sentença, ocasião em que poderá haver *emendatio libelli* ou a *mutatio libelli*, se a instrução criminal assim o indicar (STF, HC 87.324/SP, Rel(a). Min(a). Cármen Lúcia Rocha, Primeira Turma, DJ 18.05.2007)” (*RHC n. 22.838/PR*, Rel. Ministro *Napoleão Nunes Maia Filho*, DJe 2/8/2010).

Nesse sentido, ainda, registro que “para o oferecimento da denúncia, exige-se apenas a descrição da conduta delitiva e a existência de elementos probatórios mínimos que corroborem a acusação. Provas conclusivas da materialidade e da autoria do crime são necessárias apenas para a formação de um eventual juízo condenatório” (*HC n. 344.727/MT*, Rel. Ministro *Ribeiro Dantas*, DJe 26/2/2018).

Na mesma direção está o Supremo Tribunal Federal, segundo o qual “quando do recebimento da denúncia, não há exigência de cognição e avaliação exaustiva da prova ou apreciação exauriente dos argumentos das partes, bastando o exame da validade formal da peça e a verificação da presença de indícios suficientes de autoria e de materialidade” (*HC n. 146.956 AgR/PR*, Rel. Ministra Rosa Weber, DJe 7/12/2017).

V. Fraude ao caráter competitivo do procedimento licitatório

O crime de fraude ao caráter competitivo do procedimento licitatório (art. 90 da Lei n. 8.666/1993), consoante grande parte da doutrina, *é instantâneo*, visto que *os elementos integrantes do tipo se aperfeiçoam com a homologação do procedimento licitatório*, no qual houve a quebra no caráter competitivo, isto é, não há continuidade temporal na conduta ofensiva (ação contínua do agente).

Diante disso, a execução do contrato e *a obtenção das vantagens pecuniárias suportadas pela Administração Pública são mero exaurimento do êxito obtido, por meio de fraude ao caráter competitivo, na licitação*, uma vez que o processo licitatório que redundou na contratação é que foi frustrado ou fraudado (observe que ambos os verbos identificam o instante em que a ação ocorre).

No particular, destaco que o Supremo Tribunal Federal firmou a compreensão de que “o delito previsto no art. 90 da Lei 8.666/1993 é formal, cuja consumação *dá-se mediante o mero ajuste, combinação ou adoção de qualquer outro expediente com o fim de fraudar ou frustrar o caráter competitivo da licitação, com o intuito de obter vantagem, para si ou para outrem, decorrente da adjudicação do seu objeto*, de modo que a consumação do delito independe da homologação do procedimento licitatório” (*HC n. 116.680/DF*, Rel. Ministro Teori Zavascki, DJe 13/2/2014, grifei).

Nesse sentido, também se consolidou a jurisprudência desta Corte: *AgRg no REsp n. 1.679.993/RN*, Rel. p/ acórdão Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 16/4/2018; *REsp n. 1.498.982/SC*, Ministro Rogerio Schietti Cruz, DJe 18/4/2016, entre outros.

Considerado, assim, o caráter instantâneo do crime no art. 90 da Lei 8.666/1990, que se esgota no momento em que homologado o certame, forçoso reconhecer no caso, a incidência de causa extintiva da punibilidade do fato, consubstanciado na prescrição.

Com efeito, *se a própria homologação do certame, desnecessária para a prática do delito, como ressaltado alhures, deu-se em 6/4/2005, conforme aponta a denúncia, cujo recebimento se deu somente em 11/8/2015, com o julgamento do recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público, quando já transcorridos mais de 8 anos, nos termos do art. 109, IV, do Código Penal.*

Em razão disso, fica prejudicada a alegação feita de inexistência de descrição, em relação à Edson Yassuo Hira, do modo como ele teria concorrido para a prática da suposta fraude licitatória, porquanto deve ser extinta a punibilidade dos fatos relacionados a esse delito.

VI. Conclusão

À vista de todo o exposto, peço vênia para divergir do eminente relator e, nesse sentido, *dar provimento apenas **parcial** às impugnações especiais dos recorrentes, de sorte a reconhecer a incidência de causa extintiva da punibilidade relacionada aos fatos imputados como crime previsto no art. 90 da Lei n. 8666/1990 e manter, no mais, o acórdão hostilizado.*

RECURSO ESPECIAL N. 1.673.201-MG (2017/0125493-1)

Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz

Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Recorrido: Carlos Rubens da Cruz

Advogado: Wellington de Castro Teixeira - Defensor Dativo - MG114348

EMENTA

Recurso especial. Tráfico de drogas. Delito perpetrado nas imediações de estabelecimento de ensino. Majorante prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006. Impossibilidade de incidência. Particularidades do caso concreto. Recurso especial não provido.

1. A razão de ser da causa especial de aumento de pena prevista no inciso III do art. 40 da Lei n. 11.343/2006 é a de punir, com maior

rigor, aquele que, nas imediações ou nas dependências dos locais a que se refere o dispositivo, dada a maior aglomeração de pessoas, tem como mais ágil e facilitada a prática do tráfico de drogas (aqui incluído quaisquer dos núcleos previstos no art. 33 da Lei n. 11.343/2006), justamente porque, em localidades como tais, é mais fácil ao traficante passar despercebido à fiscalização policial, além de ser maior o grau de vulnerabilidade das pessoas reunidas em determinados lugares.

2. Como, na espécie, não ficou evidenciado nenhum benefício advindo ao recorrido com a prática do delito nas proximidades ou nas imediações de estabelecimento de ensino – o ilícito foi perpetrado, tão somente, no interior da casa do réu e à noite – e se também não houve uma maximização do risco exposto àqueles que frequentam a escola (alunos, pais, professores, funcionários em geral), deve, excepcionalmente, em razão das peculiaridades do caso concreto, ser mantida a não incidência da referida majorante.

3. A proximidade da residência do réu com o estabelecimento de ensino foi, na verdade, um elemento meramente acidental, sem nenhuma relação real e efetiva com a traficância por ele realizada.

4. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 26 de junho de 2018 (data do julgamento).

Ministro Rogerio Schietti Cruz, Relator

DJe 2.8.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz: O *Ministério Público do Estado de Minas Gerais* interpõe recurso especial, com fundamento no art. 105, III, “a”, da

Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo *Tribunal de Justiça daquele estado* (Apelação Criminal n. 1.0056.13.013764-1/001).

Consta dos autos que o ora recorrido – Carlos Rubens da Cruz – foi condenado, em primeira instância, à pena de 8 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do delito descrito no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, III, ambos da Lei n. 11.343/2006, pois, nos termos da denúncia, guardava, em sua residência – localizada nas proximidades de determinada escola estadual –, *24 pedras de crack*.

Inconformada com a condenação, a defesa interpôs apelação ao Tribunal de origem, que deu parcial provimento ao recurso, a fim de afastar a incidência da majorante prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006 e, por conseguinte, reduzir a pena para 6 anos e 6 meses de reclusão mais multa. Na sequência, o Ministério Público opôs embargos de declaração, os quais, no entanto, foram rejeitados.

Nas razões recursais, a acusação aponta violação do art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006, sob o argumento de que “a lei não exige, para a configuração da causa de aumento em tela, a prova da exata destinação da droga, bastando, na verdade, que o crime se consuma nas imediações dos locais listados no art. 40, III, da Lei de Drogas” (fl. 563).

Requer o provimento do recurso, para que seja reconhecida a incidência da mencionada causa especial de aumento de pena e, por conseguinte, seja restabelecida a reprimenda aplicada ao acusado pelo Magistrado de primeiro grau.

Contrarrazões às fls. 597-604 e decisão de admissibilidade à fl. 606.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz (Relator):

I. Contextualização

O Juiz sentenciante, ao reconhecer a incidência da majorante prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006 – tráfico de drogas perpetrado nas imediações ou nas proximidades de estabelecimento de ensino –, assim fundamentou (fl. 414, destaquei):

A causa de aumento prevista pelo inciso III do art. 40 da Lei 11.343/2006 restou configurada, uma vez que a casa do réu se localizava nas imediações da Escola Estadual Henrique Diniz.

Registre-se alguns depoimentos que demonstram a proximidade da casa do réu com a referida instituição de ensino:

[...] que da residência do denunciado existe uma escola distante, sendo cercada por muros e que nenhum aluno tem acesso ao referido imóvel, asseverando que a escola fica nos fundos da residência. [...]

[...] que a residência do acusado fica próxima da Escola Estadual Henrique Diniz, sendo que os fundos da residência do acusado fica próxima da Escola Estadual Henrique Diniz, sendo que os fundos da residência dá de encontro com a escola [...]

[...] que o depoente sabe dizer que a casa do denunciado fica próximo a uma escola, sendo que tal escola é murada; que o depoente não sabe dizer se a casa do denunciado faz fundo com a escola, mas assevera que os mesmos distam 50 a 100 metros [...]

O Tribunal de origem, por sua vez, ao dar provimento à apelação interposta pela defesa, afastou a aplicação da referida causa especial de aumento de pena, nos termos a seguir aduzidos (fl. 522, destaquei):

Por outro lado, razão assiste à defesa ao pleitear o decote da causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/2006.

A proximidade física, por si só não basta para a configuração da majorante.

Apesar de a denúncia ter narrado que a atividade ilícita exercida por Carlos se dava nas imediações da Escola Estadual Henrique Diniz, a única prova que se colheu a respeito foram os depoimentos dos policiais ouvidos às fls. 137 e 139, não tendo sido comprovado que o tráfico praticado pelo réu se destinava à escola ou aos seus frequentadores, tampouco que com ela apresentava qualquer relação.

Ademais, o comércio espúrio era ali praticado porque ali também o réu residia, tanto é que os militares foram para o seu endereço após denúncias da ocorrência de tráfico no interior da casa de Carlos, não guardando, portanto, lastro com a instituição de ensino que possa configurar a majorante.

II. Majorante prevista no art. 40, III, da Lei de Drogas – particularidade do caso dos autos

Para melhor análise da questão *sub examine*, transcrevo, por oportuno, o enunciado no referido dispositivo legal, *in verbis*:

Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

[...]

III - 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;

[...]

Sobre a causa especial de aumento de pena em questão, é certo que este Superior Tribunal possui o entendimento de que, “Para a incidência da majorante prevista no art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/2006 *é desnecessária a efetiva comprovação de mercancia nos referidos locais*, sendo suficiente que a prática ilícita tenha ocorrido em locais próximos, ou seja, nas imediações de tais estabelecimentos, diante da exposição de pessoas ao risco inerente à atividade criminosa da narcotraficância. [...]” (HC n. 407.487/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 15/12/2017).

Vale dizer, segundo a atual jurisprudência desta Corte, para o reconhecimento da majorante prevista no inciso III do art. 40 da Lei de Drogas, não é necessária a comprovação da efetiva mercancia nos locais elencados na lei, tampouco que a substância entorpecente atinja, diretamente, os trabalhadores, os estudantes, as pessoas hospitalizadas etc., *sendo suficiente que a prática ilícita ocorra nas dependências, em locais próximos ou nas imediações de tais localidades*.

Contudo, no caso, verifico a presença de uma *particularidade* que, à luz da *mens legis* da referida majorante, justifica a sua *não incidência* em desfavor do acusado.

A razão de ser dessa causa especial de aumento de pena é a de punir, com maior rigor, aquele que, nas imediações ou nas dependências dos locais especificados no inciso III do art. 40 da Lei n. 11.343/2006, dada a maior aglomeração de pessoas, tem como mais ágil e facilitada a prática do tráfico de drogas (aqui incluídos quaisquer dos núcleos previstos no art. 33 da citada lei), justamente porque, em localidades como tais, é mais fácil ao traficante passar despercebido à fiscalização policial, além de ser maior o grau de vulnerabilidade das pessoas reunidas em determinados lugares.

A corroborar essa interpretação, menciono o magistério de Guilherme de Souza Nucci, segundo o qual a incidência da majorante em comento justifica-se pelo fato de que, “quanto maior for a aglomeração de pessoas, mais fácil, ágil e disseminado torna-se a mercancia da droga” (*Leis Penais e Processuais Penais comentadas*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 282).

No mesmo norte, cito a doutrina de Renato Brasileiro Lima, segundo o qual “a justificativa para a existência desta majorante diz respeito à enorme facilidade de disseminação do consumo de drogas nesses locais em virtude da maior concentração de pessoas, o que acaba por representar maior risco à saúde pública.” (*Legislação Criminal Especial Comentada*. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 793).

No caso, conforme visto, o Juiz sentenciante entendeu ser devida a aplicação da causa especial de aumento de pena, em razão, exclusivamente, de a *residência do acusado* – local em que, efetivamente, houve a prática do delito – ficar situada a poucos metros de uma escola estadual.

Consoante foi apurado, policiais militares que estariam realizando operação antidrogas no Bairro Boa Vista, na cidade de Barbacena – MG, teriam recebido denúncias de populares de que estaria ocorrendo tráfico de drogas em determinado imóvel (residência do acusado) e que “o traficante da região seria conhecido como ‘Rubens’” (fls. 404-405).

Consta da sentença condenatória que, diante de tais informações, “os milicianos teriam se dirigido até o local e permanecido em atitude de alerta, tendo observado grande movimentação de pessoas no imóvel em questão. Em seguida, os milicianos teriam feito contato *na residência*, tendo sido atendido pelo denunciado, que teria franqueado a entrada” (fl. 405).

Na sequência, relatou o Juiz sentenciante que, “*ao adentrarem na casa*, os militares teriam se deparado com as pessoas Luiz Cláudio Martins, Maycon Gabriel Rocha, Jackson Alencar Vieira, Daniel Cláudio Rocha, Edson de Almeida Guimarães, Márcia de Souza Conceição e Flávia Helena de Oliveira Vicente, que estariam no local para comprar e fazer uso de drogas” (fl. 405).

Veja-se, portanto, que a proximidade da residência do réu com o estabelecimento de ensino foi, na verdade, um *elemento meramente acidental*, sem nenhuma relação real e efetiva com a traficância por ele realizada. Conforme visto, *o delito foi perpetrado, tão somente, no interior da casa do réu e à noite*, sem nenhum dado concreto de que haja ele se aproveitado das facilidades de eventual aglomeração de estudantes, de professores ou mesmo de casual hipossuficiência

dos alunos da escola para, a partir delas, implementar o seu negócio ilícito e propagar, com maior facilidade, a venda, a aquisição, a exposição à venda etc. de drogas. Também não creio se haja incrementado o risco a que se poderiam expor os alunos da escola em razão da conduta em apreço.

Nesse contexto, por mais que tanto a jurisprudência quanto a doutrina entendam ser a majorante descrita no inciso III do art. 40 de *caráter precipuamente objetivo* – não é, pois, em regra, necessário que se comprove a efetiva mercancia nos locais elencados na lei, tampouco que a substância entorpecente atinja, diretamente, os trabalhadores, os estudantes, as pessoas hospitalizadas etc. –, não há, no entanto, como perder de vista a razão de ser da causa especial de aumento de pena em questão. Se, no caso, não ficou evidenciado *nenhum benefício* advindo ao recorrido com a prática do delito nas proximidades ou nas imediações do referido estabelecimento de ensino (Escola Estadual Henrique Diniz) e se também não houve uma maximização do risco exposto àqueles que frequentam a escola (alunos, pais, professores, funcionários em geral), não vejo, absolutamente, como reconhecer a incidência da referida majorante em seu desfavor.

Aliás, em sessão de julgamento realizada em 13/3/2018, esta colenda Sexta Turma igualmente afastou, *de maneira excepcional*, a aplicação da majorante prevista no inciso III, em razão de o tráfico de drogas haver sido perpetrado em dia e em horário (domingo, durante a madrugada) em que o estabelecimento de ensino não estava em funcionamento (*REsp n. 1.719.792/MG*, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 26/3/2018).

A Quinta Turma também já afastou, excepcionalmente, a incidência da causa especial de aumento de pena em questão, em hipótese na qual não houve o fornecimento de subsídios aptos a demonstrar facilidade de disseminação do entorpecente nos locais especificados na lei (*AgRg no AREsp n. 1.090.247/SE*, Rel. Ministro Jorge Mussi, DJe 30/8/2017).

Diante de tais considerações, não há como ser reconhecida, em desfavor do acusado, a incidência da causa especial de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei de Drogas.

III. Dispositivo

À vista do exposto, *nego provimento* ao recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 1.694.248-RJ (2017/0227763-3)

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Recorrido: L C M DA S

Advogado: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

EMENTA

Recurso especial. Estatuto da Criança e do Adolescente. Acórdão que extingue medida socioeducativa de liberdade assistida e prestação de serviço à comunidade. Decisão não unânime favorável ao menor infrator. Técnica de complementação de julgamento prevista no artigo 942 do CPC/2015. Inaplicabilidade de procedimento mais gravoso que o adotado no processo criminal em afronta às normas protetivas que regem o ECA.

1. O sistema recursal da lei processual civil é aplicável aos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude, inclusive os relativos à execução das medidas socioeducativas, por força do artigo 198 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

2. Ainda que não se trate de processo criminal regido pela proibição de *reformatio in pejus* e, conquanto que não se cuide de recurso ou meio autônomo de impugnação, estando o menor infrator sujeito a medida socioeducativa de natureza inegavelmente sancionatória, como admite a jurisprudência desta Corte, é incabível a complementação do julgamento segundo a técnica do artigo 942 do novo Código de Processo Civil quando em prejuízo do menor.

3. A aplicação da técnica de julgamento prevista no artigo 942 do Código de Processo Civil nos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude quando a decisão não unânime for favorável ao adolescente implicaria em conferir ao menor tratamento mais gravoso que o atribuído ao réu penalmente imputável já que os embargos infringentes e de nulidade previstos na legislação processual penal (art. 609, Código de Processo Penal) somente são cabíveis na hipótese de o julgamento tomado por maioria não beneficiar o réu,

culminando em indúvidosa afronta às normas protetivas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

4. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 03 de maio de 2018 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

DJe 15.5.2018

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro com fundamento na alínea “a” do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, assim ementado:

Embargos de declaração opostos a v. Acórdão proferido em apelação. Alegada omissão no acórdão embargado que, por maioria, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Des. Relator, vencido o Des. Paulo de Tarso que a ele dava provimento ao recurso. Ausência de fundamentação quanto à regra do artigo 942 do CPC (técnica de complementação de julgamento), aplicável ao caso, nos termos do artigo 198, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Prequestionamento. Referência do embargante à novel legislação que extinguiu os embargos infringentes e criou a “técnica de complementação de julgamento”, como incidente processual, com a mesma finalidade dos extintos embargos. Impossibilidade de aplicação da técnica de complementação aos recursos em ações referentes ao ECA. Sistema processual e procedimental híbrido, com adoção do sistema recursal do processo civil previsto no artigo 198 do ECA, com aplicação subsidiária da lei processual penal expressa no artigo 152, do mesmo diploma legal. Espécies recursais do processo civil, com observância do processo penal. Princípio do favor rei e da isonomia constitucional,

inviabilizando dar-se tratamento privilegiado ou menos gravoso ao imputável em detrimento do inimputável. Técnica de complementação que deve ser restringir às hipóteses de julgamento não unânime, com voto vencido favorável ao representado. Embargos rejeitados.

Sustenta o recorrente violação do artigo 198 da Lei n. 8.069/1990 e do artigo 942 do Código de Processo Civil ao argumento, em suma, de que, a complementação dos julgamentos não unânimes é técnica aplicável nos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude inclusive os relativos à execução das medidas socioeducativas por força do artigo 198 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Alega, para tanto, que “a partir da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, em havendo decisão por maioria o julgamento deve prosseguir com a colheita de votos de outros julgadores, tal como previsto no igualmente violado artigo 942 do Código de Processo Civil.”

Afirma que não há possibilidade de *reformatio in pejus* indireta porque “Em primeiro lugar, há que se ter em conta que não estamos diante de um processo criminal, sujeito ao preceito de adoção, sempre e em todo o caso, da solução mais favorável à defesa, mas perante procedimento cujo objetivo final é a proteção integral da criança e do adolescente. Não obstante as semelhanças entre a persecução criminal e o procedimento de apuração de ato infracional, certo é que não cabe transpor os institutos da primeira ao segundo, em especial quando o legislador ordinário, aquele que detém o legítimo poder de decidir qual a forma procedimental de apuração dos atos infracionais, dispôs de forma diversa” e porque “todas as hipóteses de proibição de *reformatio in pejus*, ainda que na modalidade indireta, são sempre relacionadas a recursos ou meios autônomos de impugnação manejados pela defesa e nunca, em hipótese alguma, a uma determinada técnica de julgamento, que se julga desfavorável ao réu, isto se comparada a outra qualquer.”

Apresentadas as contrarrazões e admitido o recurso especial, opina o Ministério Público Federal pelo provimento do recurso em parecer assim sumariado:

Recurso especial. ECA. Menor. Ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas. Medida socioeducativa de liberdade assistida. Implemento da maioridade civil. Extinção da medida. Apelação do Ministério Público desprovida por maioria. Aplicação da nova técnica de julgamento, mediante ampliação do órgão julgador. Art. 942 do CPC/2015. Aplicação aos feitos relativos à Justiça da Infância e da

Juventude. Art. 198 da Lei n. 8.069/1990. Natureza jurídica de incidente processual, e não de recurso. Reformatio in pejus não configurada. Manifesto error in procedendo da Corte de origem. Parecer pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): É certo que o sistema recursal da lei processual civil é aplicável aos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude, inclusive os relativos à execução das medidas socioeducativas, nos termos do artigo 198 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 198. Nos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude, inclusive os relativos à execução das medidas socioeducativas, adotar-se-á o sistema recursal da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), com as seguintes adaptações:

(...)

E, no caso de decisão não unânime em segunda instância, a lei processual civil vigente ao tempo da edição do Estatuto Menorista previa o cabimento de embargos infringentes, medida processual que também era inquestionavelmente aplicável aos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude.

Com o advento da Lei n. 13.105/2015, foi editado novo Código de Processo Civil que, ao tempo em que extinguiu os embargos infringentes, adotou técnica de complementação de julgamento nas decisões colegiadas não unânimes de segunda instância com o propósito de atender aos reclamos de maior efetividade e celeridade no processo.

A técnica de complementação de julgamento está assim prevista no artigo 942 do Estatuto Processual vigente:

Art. 942. Quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, que serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores.

Isso estabelecido, a questão posta em deslinde está em definir se a aludida técnica de julgamento é cabível nos casos em que a decisão não unânime for favorável ao menor, tendo em vista o princípio do *favor rei*.

É cediço que doutrina e jurisprudência são unívocos em assegurar ao menor infrator os mesmos direitos de que gozam os penalmente responsáveis perante a justiça criminal, admitindo, inclusive, a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal, nos termos do artigo 152 do Estatuto da Criança e do Adolescente, *verbis*:

Art. 152. Aos procedimentos regulados nesta Lei aplicam-se subsidiariamente as normas gerais previstas na legislação processual pertinente.

A propósito de tanto, vejam-se os seguintes julgados:

Penal. Agravo regimental no recurso especial. Ato infracional. Aplicação subsidiária do Código de Processo Penal. Art. 152 do ECA. Art. 11 do CPP. Exceção de suspeição. Suspensão da ação penal. Não ocorrência. Necessidade. Reexame de prova. Súmula n. 7 do STJ. Agravo regimental não provido.

1. O art. 152 do Estatuto da Criança e do Adolescente, preceitua que “[a]os procedimentos regulados nesta Lei aplicam-se subsidiariamente as normas gerais previstas na legislação processual pertinente”. Assim sendo, nada mais lógico que a incidência das regras de natureza penal e processual penal às hipóteses de atos infracionais análogos a crimes.

2. No caso dos autos, além de, à época do julgamento da apelação, já haver sido julgada a exceção de suspeição, incide o art. 111 do Código de Processo Penal, o qual dispõe que, em regra, não será suspenso o andamento da ação penal.

3. O Tribunal estadual afirmou não existir, ao tempo da oposição da aludida exceção, motivo para suspender o curso do processo criminal, e, para se alcançar conclusão contrária, necessário seria o aprofundado reexame de fatos e provas, o que é vedado pela Súmula n. 7 do STJ.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1.633.074/RN, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 27/06/2017, DJe 1º/08/2017)

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional equiparado ao crime tipificado no art. 121, § 3º, do Código Penal. Prazo para interposição do agravo em recurso especial equivalente ao adotado, de forma subsidiária, no processo penal. Questão de ordem no AREsp n. 24.409/SP, julgado pela Terceira Seção desta Corte. Prazo de 05 (cinco) dias para interposição do agravo em recurso especial. Recurso desprovido.

1. Esta Corte consolidou o entendimento de que são aplicáveis, de forma subsidiária, as regras pertinentes à punibilidade da Parte Geral do Código Penal aos atos infracionais praticados por adolescentes e, também, que o prazo prescricional penal deve ser empregado às medidas socioeducativas, que, a par de sua natureza preventiva e reeducativa, possuem também caráter retributivo e repressivo (Súmula n. 338 do Superior Tribunal de Justiça).

2. Desse modo, o prazo relacionado ao agravo em recurso especial, oriundo dos procedimentos de apuração de ato infracional equiparado, *in casu*, ao crime tipificado no art. 121, § 3º, do Código Penal, deve ser equivalente àquele previsto, também de forma subsidiária, no âmbito processual penal.

3. No âmbito desta Corte, por ocasião do julgamento da Questão de Ordem suscitada no AREsp n. 24.409/SP, a Terceira Seção, por unanimidade, entendeu que o prazo para a interposição do agravo em recurso especial, em matéria criminal, é de 05 (cinco) dias.

4. O Supremo Tribunal Federal também se manifestou no sentido de que a vigência da Lei n. 12.322/2010 não alterou o prazo para a interposição do agravo em matéria penal, que permanece em cinco dias, nos termos do verbete sumular n. 699 daquela Corte, como se vê do julgado na Questão de Ordem no Agravo em Recurso Extraordinário n. 639.846/SP.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 82.815/PA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 17/05/2012, DJe 28/05/2012)

E é também cediço que nos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude não há pretensão punitiva estatal, nem reprimenda de natureza criminal, mas a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça vem admitindo uma inegável natureza sancionatória das medidas socioeducativas.

Nesse sentido, colhem-se reiterados precedentes, dos quais extraio os seguintes:

Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. Não cabimento. Ato infracional equiparado ao delito de receptação. Aplicação de medida de liberdade assistida. Efeito suspensivo ao recurso de apelação. Possibilidade. Art. 520, VII, do Código de Processo Civil e art. 108, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Exceção ao duplo efeito da apelação. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício.

- O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- A jurisprudência desta Corte vinha entendendo que, com a revogação do art. 198 do Estatuto da Criança e do Adolescente pela Lei n. 12.010/2009, adotou-se a regra do art. 520 do Código de Processo Civil, segundo a qual o recurso de apelação deverá ser recebido no seu duplo efeito. A exceção ao duplo efeito da apelação é prevista nos casos de interposição do apelo contra sentença que confirmar a antecipação dos efeitos da tutela (inciso VII). O art. 108, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao indicar a possibilidade de decretação de internação provisória, tem natureza de tutela antecipada, de forma a tornar possível o efeito meramente devolutivo à apelação, nos casos em que o menor tenha permanecido, durante a instrução, internado provisoriamente.

- Evoluindo no entendimento, o belo trabalho intelectual e acadêmico realizado pelo eminente Ministro Rogerio Schietti, recentemente julgado pela Terceira Seção desta Corte, por maioria, ressaltou que condicionar, de forma peremptória, o cumprimento da medida socioeducativa ao trânsito em julgado da sentença que acolhe a representação - apenas porque não se encontrava o adolescente já segregado anteriormente à sentença - constitui verdadeiro obstáculo ao escopo ressocializador da intervenção estatal, além de permitir que o adolescente permaneça em situação de risco, exposto aos mesmos fatores que o levaram à prática infracional (HC 346.380/SP, Rel. p/ Acórdão Ministro Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, DJe 13/05/2016).

- O aludido precedente, entretanto, não se aplica ao caso dos autos, porquanto o adolescente permaneceu em liberdade durante a instrução processual, praticou ato infracional equiparado ao delito de receptação, cometido sem violência ou grave ameaça, ao qual foi aplicada a medida liberdade assistida, a ser cumprida em meio aberto. Nesse contexto, uma vez que não ficou evidenciada a necessidade de se afastar o menor de fatores de risco, há flagrante ilegalidade na determinação de que se submeta à medida antes do julgamento do recurso de apelação, a ensejar a concessão da ordem de ofício.

- *No mesmo sentido, reafirmo precedente proferido pelo Supremo Tribunal Federal, segundo o qual a presunção de inocência se aplica ao processo em que se apura a prática de ato infracional, uma vez que as medidas socioeducativas, ainda que primordialmente tenham natureza pedagógica e finalidade protetiva, podem importar na compressão da liberdade do adolescente, e, portanto, revestem-se de caráter sancionatório-aflitivo, a tornar inadmissível, portanto, sua execução antecipada (HC 122.072, Relator: Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 02/09/2014, DJe 29/9/2014).*

- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para conferir efeito suspensivo à apelação, a fim de que o paciente aguarde em liberdade o julgamento do referido recurso pelo Tribunal *a quo*.

(HC 351.935/PR, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 24/05/2016, DJe 1º/06/2016)

Criança e adolescente. *Habeas corpus*. Audiência de apresentação. Defesa técnica. Prescindibilidade. Constrangimento. Reconhecimento.

1. A remissão, nos moldes dos arts. 126 e ss. do ECA, implica a submissão a medida sócio educativa sem processo. Tal providência, com significativos efeitos na esfera pessoal do adolescente, deve ser imantada pelo devido processo legal. Dada a carga sancionatória da medida possivelmente assumida, é imperioso que o adolescente se faça acompanhar por advogado, visto que a defesa técnica, apanágio da ampla defesa, é irrenunciável.

2. Ordem concedida para anular o processo e, via de consequência, reconhecer a prescrição do ato infracional imputado à paciente.

(HC 67.826/SP, da minha relatoria, Sexta Turma, julgado em 09/06/2009, DJe 1º/07/2009)

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional equiparado ao crime tipificado no art. 121, § 3º, do Código Penal. Prazo para interposição do agravo em recurso especial equivalente ao adotado, de forma subsidiária, no processo penal. Questão de ordem no AREsp n. 24.409/SP, julgado pela Terceira Seção desta Corte. Prazo de 05 (cinco) dias para interposição do agravo em recurso especial. Recurso desprovido.

1. Esta Corte consolidou o entendimento de que são aplicáveis, de forma subsidiária, as regras pertinentes à punibilidade da Parte Geral do Código Penal aos atos infracionais praticados por adolescentes e, também, que o prazo prescricional penal deve ser empregado às medidas socioeducativas, que, a par de sua natureza preventiva e reeducativa, possuem também caráter retributivo e repressivo (Súmula n. 338 do Superior Tribunal de Justiça).

2. Desse modo, o prazo relacionado ao agravo em recurso especial, oriundo dos procedimentos de apuração de ato infracional equiparado, *in casu*, ao crime tipificado no art. 121, § 3º, do Código Penal, deve ser equivalente àquele previsto, também de forma subsidiária, no âmbito processual penal.

3. No âmbito desta Corte, por ocasião do julgamento da Questão de Ordem suscitada no AREsp n. 24.409/SP, a Terceira Seção, por unanimidade, entendeu que o prazo para a interposição do agravo em recurso especial, em matéria criminal, é de 05 (cinco) dias.

4. O Supremo Tribunal Federal também se manifestou no sentido de que a vigência da Lei n. 12.322/2010 não alterou o prazo para a interposição do agravo em matéria penal, que permanece em cinco dias, nos termos do verbete sumular n. 699 daquela Corte, como se vê do julgado na Questão de Ordem no Agravo em Recurso Extraordinário n. 639.846/SP.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 82.815/PA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 17/05/2012, DJe 28/05/2012)

Assim, ainda que não se trate de processo criminal regido pela proibição de *reformatio in pejus* e, conquanto que não se cuide de recurso ou meio

autônomo de impugnação, em estando o menor infrator sujeito a medida socioeducativa de natureza inegavelmente sancionatória, entendo que é incabível a complementação do julgamento segundo a técnica do artigo 942 do novo Código de Processo Civil quando em prejuízo do menor.

Decerto, se a decisão não unânime for favorável ao menor infrator, a complementação do julgamento nos termos do artigo 942 do novo Código de Processo Civil, com a eventual modificação do julgado em prejuízo do menor implicaria, em última análise, em impingir ao menor infrator tratamento mais gravoso que o atribuído ao réu penalmente imputável já que os embargos infringentes e de nulidade previstos na legislação processual penal (art. 609, Código de Processo Penal) somente são cabíveis na hipótese de o julgamento tomado por maioria beneficiar o réu por se tratar de recurso exclusivo da defesa.

Com efeito, se não se admite revisão pelo mesmo colegiado de acórdão não unânime favorável ao réu punido com pena de natureza repressiva e punitiva, com maior razão não se pode admitir incidente processual que produz efeitos semelhantes ao menor cuja reprimenda, apesar da carga sancionatória, possui natureza preventiva e reeducativa.

De todo o exposto resulta que é de todo incabível a aplicação da técnica de julgamento prevista no artigo 942 do Código de Processo Civil nos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude quando a decisão não unânime for favorável ao adolescente, pena de se conferir ao menor tratamento mais gravoso que o atribuído aquéloutro penalmente imputável, em invidiosa afronta às normas protetivas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.695.736-SP (2017/0233995-3)

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Recorrente: Ministério Público Federal

Recorrido: Washington da Cunha Menezes

Advogado: Carlos Eduardo Boiça Marcondes de Moura e outro(s) -
SP138628

EMENTA

Recurso especial. Direito Penal. Peculato. Suficiência da disponibilidade jurídica do bem ou valor para a configuração do tipo penal.

1. O conceito de 'posse' de que cuida o artigo 312 do Código Penal tem sentido amplo e abrange a disponibilidade jurídica do bem, de modo que resta configurado o delito de peculato na hipótese em que o funcionário público apropria-se de bem ou valor, mesmo que não detenha a sua posse direta.

2. Pratica o delito de peculato o Delegado da Polícia Federal que obtém em proveito próprio quantia em espécie em posto de combustível com o qual a Superintendência Regional havia celebrado convênio para abastecimento de viaturas, sendo irrelevante que o réu não detivesse a posse direta do valor apropriado se possuía a disponibilidade jurídica do valor, dado que era ele que emitia as requisições de abastecimento.

3. Recurso provido.

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, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 08 de maio de 2018 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

DJe 16.5.2018

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público Federal com fundamento nas alíneas

“a” e “c” do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, assim ementado:

Penal. Processo Penal. Operação Oeste. Preliminares. Peculato-furto. Não configuração. Absolvição.

1. Nulidades alegadas pela defesa não configuradas.

2. A situação de posse é pressuposto material das duas figuras delitivas previstas no *caput* do artigo 312 do Código Penal. Ausente a posse anterior, não há que falar em peculato.

3. Para a configuração do “peculato-furto” (artigo 312, § 1º, do Código Penal), é necessário que o agente subtraia ou concorra para que o dinheiro, valor ou bem seja subtraído, ou seja, tire o bem de quem tem a posse ou a propriedade.

4. Não configuração dos elementos do tipo do “peculato-furto”, do “peculato-desvio” e do “peculato-apropriação”.

5. Sentença reformada. Réu absolvido. (fl. 2.080)

Sustenta o recorrente divergência jurisprudencial e violação do artigo 312 do Código Penal ao argumento de que a conduta imputada, individualizada e devidamente narrada, amolda-se com perfeição ao referido tipo penal, que não exige a posse fática, bastando a disponibilidade jurídica sobre o bem ou valor.

Aduz, para tanto, que “Nesta esteira, é inegável que há adequação entre os fatos narrados na exordial acusatória e o tipo penal atinente ao peculato-apropriação. É que, como cediço, para fins de tipificação do delito de peculato, em sua modalidade “apropriação” (*caput* do artigo 312 do Código Penal), não se exige a posse fática anterior, bastando a posse jurídica sobre o bem ou valor. Ou seja, não interessa se o agente detém a coisa apropriada, sendo suficiente, para caracterizar o ilícito, que sobre ela possua disponibilidade jurídica, o que, efetivamente, ocorreu no caso dos autos, já que *Washington da Cunha Menezes* era Delegado-Chefe da Polícia Federal em Marília/SP, cujas viaturas eram abastecidas mediante créditos decorrentes de convênio com o “Posto Bola Branca”.

Acrescenta que “Neste sentido, está contida na denúncia a posse jurídica da verba pública federal apropriada pelo acusado, ocupante, à época dos fatos, de cargo de confiança e chefia no âmbito da Polícia Federal. *In casu*, verifica-se que o réu, na qualidade de Delegado-Chefe da Delegacia de Polícia Federal em Marília/SP, detinha disponibilidade jurídica de verba destinada ao abastecimento de viaturas exclusivamente com o combustível a

ser fornecido pelo posto “Bola Branca”, em razão do convênio firmado com a Superintendência da Polícia Federal. Destarte, ao solicitar ao gerente do posto a quantia que seria destinada ao pagamento do abastecimento de viaturas, invocando uma inexistente autorização de compensação (compra de material de escritório para a sede da delegacia), *Washington* convenceu o conveniado a entregar-lhe o dinheiro, apropriando-se, posteriormente, do mesmo, restando claro pelas provas coligidas aos autos o *animus rem sibi habendi*.”

Assevera, por fim, que “os créditos para abastecimento mediante convênio estavam sob a gestão do acusado. Tanto assim, que a disponibilização, em espécie, dependeu de seu ato (conforme depoimento da testemunha Gisberto Antônio Biffe - fls. 169/170 e 424/427), que, ao final, proporcionou, na prática, a fruição e o gozo do valor de forma indevida.”

Apresentadas as contrarrazões e admitido o recurso especial, opina o Ministério Público Federal pelo seu provimento.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora):

Consta da denúncia que:

III - Dos Fatos - Caso “Verba de Combustível”

Sandro Roberto Viana dos Santos, atual Delegado-Chefe da Delegacia de Polícia Federal em Marília, logo após assumir o comando da referida unidade descentralizada do Departamento de Polícia Federal, determinou ao Papiloscopista de Polícia Federal *Josué Bispo de Souza* que efetuasse um levantamento a respeito da situação das viaturas e do convênio celebrado para a aquisição de combustíveis junto ao “Posto Bola Branca”, situado na Rua São Luís, 1.417, Alto Cafezal, Marília/SP.

Efetuada o levantamento solicitado, o Policial Federal *Josué Bispo de Souza* constatou um débito de aproximadamente R\$ 900,00 (novecentos reais) pendente junto ao posto supracitado, o qual era utilizado para abastecimento das viaturas da Delegacia de Polícia Federal em Marília/SP.

Constatado tal débito, o Policial Federal *Josué Bispo de Souza* passou a analisar as notas fiscais referentes ao abastecimento realizado pelas viaturas daquele órgão no “Posto Bola Branca”, tendo-lhe chamado a atenção a presença de 05 (cinco) notas fiscais emitidas em seqüência de numeração, todas no dia 16/02/2007, as quais totalizaram o valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais), mas não

apresentavam quaisquer dados relativos à(s) viatura(s) abastecida(s) e à sua(s) quilometragem.

Estranhando tal fato, *Josué Bispo de Souza* conversou com *Gisberto Antonio Biffe* (gerente do “Posto Bola Branca”), tendo-lhe este informado que o DPF *Washington da Cunha Menezes* teria solicitado a quantia de R\$ 500,00 (quinhentos reais) em dinheiro para adquirir cartuchos de impressora daquela delegacia, alegando que esta possuía um “crédito em dinheiro” junto ao sobredito posto. *Gisberto Antonio Biffe* disse ainda ao Policial Federal *Josué Bispo de Souza* que, após receber autorização de seus superiores, entregou na mesma data da solicitação, os R\$ 500,00 (quinhentos reais) ao DPF *Washington da Cunha Menezes*, sendo que as 05 (cinco) notas fiscais supracitadas foram emitidas para “justificar” a saída do dinheiro do caixa do estabelecimento comercial (fls. 171/172).

Ao ser ouvido pelas autoridades policiais (fls. 169/170), *Gisberto Antônio Biffe*, funcionário e gerente administrativo do “Posto Bola Branca”, explicou que havia um convênio celebrado entre tal posto de combustível e a Superintendência Regional do Departamento de Polícia Federal em São Paulo (SR/DPF/SP, autorizando o abastecimento das viaturas utilizadas pela Delegacia de Polícia Federal em Marília/SP, sendo necessário para tanto a apresentação de uma requisição de abastecimento por parte dos policiais federais, os quais recebiam um cupom fiscal emitido pelo posto, constando o valor do combustível utilizado e a quilometragem da viatura abastecida. *Gisberto Antônio Biffe* informou ainda que, na manhã do dia 16/02/2007 foi procurado pelo Agente de Polícia Federal *Giancarlo Tenório*, o qual lhe informou que o DPF *Washington da Cunha Menezes* precisava falar com ele (*Gisberto*), e que, após comparecer à Delegacia de Polícia Federal em Marília/SP, o DPF *Washington da Cunha Menezes* solicitou-lhe a quantia de R\$ 500,00 (quinhentos reais), alegando que precisava adquirir produtos de escritório (cartuchos de impressora e canetas), sendo que tal dinheiro deveria ser descontado do “crédito” que a delegacia possuía junto ao posto. Em ato contínuo, *Gisberto Antônio Biffe* consultou seu supervisor e, após receber autorização, emitiu 05 (cinco) cupons fiscais, todos com a data de 16/02/2007 (sem identificação do veículo ou qualquer dado sobre a quilometragem), os quais totalizaram o valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais), a fim de dar baixa no sistema, justificando a retirada de tal quantia. Após, retornou à Delegacia de Polícia Federal em Marília e entregou nas mãos do DPF *Washington da Cunha Menezes* os R\$ 500,00 (quinhentos reais), sendo que na semana seguinte, os cupons fiscais foram encaminhados à Delegacia de Polícia Federal em Marília.

(...)

O DPF *Washington da Cunha Menezes* confessou ter solicitado e recebido de um funcionário do “Posto Bola Branca” a quantia de R\$ 500,00 (quinhentos reais), alegando que supostamente teria utilizado esse dinheiro para adquirir 02 (dois) “toners” de impressora a laser. Apesar de ter admitido a solicitação e o recebimento dos R\$ 500,00 (quinhentos reais), o DPF *Washington da Cunha*

Menezes mentiu quanto à destinação dada ao dinheiro arrecadada em razão do cargo, uma vez que nenhum material de consumo foi adquirido para a Delegacia de Polícia Federal de ManliáJSP. Ao contrário, observa-se que referida autoridade se apropriou/desviou o referido numerário público em proveito próprio ou alheio ((fls. 178/183 do Apenso LXII).

Logo, todos os depoimentos colhidos para apurar os fatos são uníssonos ao esclarecer que o DPF *Washington da Cunha Menezes*, aproveitando-se das facilidades que o cargo de Delegado-Chefe da Polícia Federal em Marília/SP lhe proporcionava, “induziu” o preposto do “Posto Bola Branca” a lhe entregar a quantia de R\$ 500,00 (quinhentos reais) na forma de “crédito do Departamento de Polícia Federal” junto ao referido estabelecimento comercial, apropriando/desviando tal numerário público em proveito próprio ou alheio.

Regularmente processado, o réu foi condenado como incurso no delito do artigo 312, § 1º do Código Penal, em sentença assim motivada:

O quadro desenhado, assim, aponta para a condenação. Os elementos de prova produzidos foram suficientes a demonstrar que o réu de fato solicitou e logrou êxito em receber valor destinado à aquisição de combustível para as viaturas da Delegacia de Polícia Federal em Marília, utilizando-se, para tanto, das facilidades que seu cargo proporcionava.

Averiguou-se, como se viu, que o réu pediu ao gerente do “Posto Bola Branca”, conveniado com a Polícia Federal da cidade para venda de combustível, fosse-lhe entregue valor, a ser descontado de crédito que a Delegacia de Polícia Federal tinha para com o citado posto.

O réu tentou justificar a conduta com a necessidade de aquisição de materiais de escritório para a delegacia. A compra mesmo dos materiais, todavia, não ficou demonstrada. O que avulta é que tomou para si a quantia de R\$ 500,00 (quinhentos reais), empenhada para aquisição de combustível a ser utilizado pelas viaturas oficiais.

(...)

Como se nota, a prova da acusação foi apta a demonstrar a solicitação pelo réu, bem como a entrega a ele da quantia referida na denúncia. Outrossim, não foi confirmado o emprego do aludido valor para aquisição de material para uso da delegacia, ou para a compra de carpetes como afirmado pelo réu.

A tese da defesa, assim, operou no vazio, ou seja, não encontrou respaldo nos elementos de prova coligidos.

E mesmo que ficasse provada a alegada compra, a conduta ainda assim estaria revestida de ilicitude, já que passível de enquadramento no artigo 315 do Código Penal.

Mas a hipótese dos autos, como se vem explanando, aponta para a prática do delito de peculato, na figura inserta no § 1º do artigo 312 do Código Penal; subtração de dinheiro público, em proveito próprio, foi o que aflorou.

Em suma, o painel probante coligido é suficiente para ensejar condenação. Elementos objetivo e subjetivo do tipo cuja incidência está em tela se irmanam para configurar materialidade da infração, autoria e culpabilidade do acusado.

Sobrevindo recurso de apelação, o Tribunal Regional absolveu o réu em acórdão assim motivado:

Quanto ao mérito, a defesa de Washington da Cunha Menezes requer a absolvição, em razão da não configuração do tipo penal previsto no artigo 312, *caput* e § 1º, do Código Penal.

Neste particular, o recurso defensivo comporta provimento.

De fato, a denúncia não descreve o delito de peculato em nenhuma de suas modalidades e, apesar da reprovabilidade de sua conduta, não se encontram presentes os elementos do tipo penal pelo qual o acusado foi condenado.

Prevê o Código Penal:

Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:

Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa.

§ 1º - Aplica-se a mesma pena, se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário.

Narra a denúncia que Washington da Cunha Menezes solicitou ao gerente do "Posto Bola Branca" a quantia de R\$500,00 (quinhentos reais), ao argumento de que tal valor seria utilizado para a aquisição de dois cartuchos de impressora, sendo que tal dinheiro deveria ser descontado do "crédito" que a Delegacia de Polícia Federal em Marília/SP possuía junto ao estabelecimento. Descreve que, a despeito da solicitação, nenhum material de consumo foi adquirido pela Delegacia e conclui que o acusado se apropriou/desviou do referido numerário em proveito próprio ou alheio.

Em outra passagem, a peça acusatória expõe que o réu induziu o funcionário do posto a lhe entregar a quantia acima referida, na forma de crédito do Departamento de Polícia Federal junto ao estabelecimento comercial, apropriando/desviando o dinheiro público em proveito próprio ou alheio.

Com efeito, para a configuração do chamado "peculato-furto" ou "peculato-impróprio" (artigo 312, § 1º, do Código Penal), é necessário que o agente subtraia

ou concorra para que o dinheiro, valor ou bem seja subtraído. Vale dizer: o funcionário não tem a livre disposição sobre a coisa e a retira da esfera da vítima, como no crime de furto.

No caso, diante de todo o conjunto probatório produzido, ficou provado que Washington solicitou os R\$500,00 (quinhentos reais) ao gerente do Posto Bola Branca, o qual, por sua vez, após consultar seu superior hierárquico, entregou o referido valor ao réu.

Aqui, a despeito da torpeza de seu comportamento, ao acusado não realizou o núcleo do tipo penal. A conduta subtrair pressupõe que o agente tire o bem de quem tem a posse ou a propriedade, o que efetivamente não se deu.

Em depoimento perante a Polícia, Gisberto Antonio Biffe, gerente administrativo do "Posto Bola Branca", declarou que Washington solicitou a quantia de quinhentos reais para a aquisição de materiais de escritório, alegando que o valor deveria ser descontado do crédito que a Delegacia possuía junto ao Posto. A testemunha relatou que, após consultar seu supervisor, entregou a quantia solicitada nas mãos no próprio réu e emitiu cinco cupons fiscais com datas de 16/02/2007, que totalizavam R\$500,00 (quinhentos reais), para dar baixa no sistema (fls. 177/178).

Em sede judicial, Gisberto declarou que se dirigiu ao gabinete do então Delegado, oportunidade em que ao acusado pediu quinhentos reais da empresa para a compra de material de escritório e cartucho de impressora. Afirmou que consultou a matriz, que autorizou o fornecimento de quinhentos reais e, para dar saída no caixa da empresa, emitiu cinco notas fiscais. Informou que a Polícia Federal tinha um crédito junto ao posto e que o réu disse que os quinhentos reais poderiam ser abatidos desse crédito (fls. 424/427).

As declarações do réu, tanto na Polícia como em Juízo, também indicam que houve uma solicitação de dinheiro (fls. 248/257 e 1.508).

Sendo assim, verifico que a conduta descrita na denúncia não se amolda ao tipo penal descrito no artigo 312, § 1º, do Código Penal.

Anoto, ainda, que também não ficaram configuradas as formas descritas no *caput* do artigo 312 do Código Penal, motivo pelo qual não é possível desclassificar a conduta imputada ao acusado, nos termos do parecer ministerial.

Importante ressaltar que, de acordo com o princípio da correlação entre a acusação e a sentença, deve haver identidade entre o objeto da imputação e o da sentença, com vistas a preservar os princípios da ampla defesa e do contraditório. Isto porque o acusado, no processo penal, defende-se dos fatos imputados e não da qualificação jurídica conferida na denúncia.

Assim, é permitido ao Juiz, sem modificar a descrição do fato contida na peça acusatória, atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que tenha de aplicar pena mais grave (artigo 383, *caput*, do Código de Processo Penal).

Contudo, aqui, não se trata de hipótese de aplicação do instituto da *emendatio libelli*.

O *caput* do artigo 312 do Código Penal descreve o chamado “peculato-próprio”, que é caracterizado pela posse anterior do dinheiro, valor ou qualquer bem móvel por parte do funcionário. A situação de posse é pressuposto material das duas figuras delitivas previstas neste tipo, ou seja, ausente a posse anterior, não há que falar em peculato.

Configura-se o “peculato-apropriação” (artigo 312, *caput*, 1ª parte, do Código Penal) quando o agente inverte o título da posse e se apropria do bem, vale dizer, ele se dispõe a fazer sua a coisa de que tem a posse em razão do cargo, como se dono fosse.

Por sua vez, caracteriza-se o “peculato-desvio” (artigo 312, *caput*, 2ª parte, do Código Penal) quando o agente emprega o bem em fim diverso daquele a que era destinado. Esta figura delitiva se aperfeiçoa com a mudança de direção, alteração do destino ou aplicação, deslocamento de dinheiro, valor ou bem, em proveito próprio ou alheio.

No particular, independentemente do destino dado aos R\$500,00 (quinhentos reais), ficou comprovado que Washington não tinha a posse do dinheiro, tanto é que solicitou o numerário ao gerente do posto de gasolina.

A denúncia não descreveu qualquer conduta delitiva que pudesse ser imputada ao acusado, de modo que não se pode inferir que ele tenha subtraído ou concorrido para a subtração de dinheiro, valendo-se de seu cargo de Delegado ou, ainda, tenha se apropriado ou desviado valor de que tinha a posse em razão do cargo.

Não configuradas as figuras delitivas acima descritas, o reconhecimento da atipicidade do fato, com a consequente absolvição do acusado é medida que se impõe.

Considerando a fundamentação acima, restam prejudicadas as demais alegações deduzidas nos recursos de apelação.

Ante o exposto, rejeito as preliminares suscitadas pela defesa, dou provimento ao recurso do réu para absolvê-lo da prática do crime previsto no artigo 312, § 1º, do Código Penal, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal e julgo prejudicado o recurso da acusação.

Pois bem. No presente caso, extrai-se dos autos que foi celebrado convênio entre o Posto Bola Branca e a Superintendência Regional de Polícia Federal em São Paulo para o abastecimento de combustível de viaturas da Delegacia de Polícia Federal em Marília, o qual se operava da seguinte forma: o delegado

emitia 'requisição de abastecimento' que autorizava o abastecimento da viatura; o posto conveniado abastecia a viatura emitindo cupom fiscal; ao final do mês todas as requisições de abastecimento eram encaminhadas ao órgão contratado e a SR/DPF/SP efetuava o depósito da despesa na conta da Rede LK (grupo ao qual pertence o Posto Bola Branca).

Consta, ainda, que em virtude da iminente implementação de sistema de cartões para abastecimento de viaturas, em dezembro de 2006 foi emitida nota fiscal para o abastecimento de dois mil litros de combustível para as viaturas durante o período de transição entre o convênio e o sistema de cartões e que, paga a nota fiscal, a Delegacia de Polícia Federal em Marília teria ficado com o crédito desse valor junto ao posto de combustível.

Extrai-se, por fim, que na data de 16/2/2007 o réu, então Delegado da Polícia Federal em Marília, compareceu ao aludido posto de combustível solicitando a entrega do valor de R\$ 500,00 em espécie, ao argumento de que tal valor deveria ser descontado do aludido crédito que a Polícia Federal teria junto ao posto e que tal valor seria destinado à aquisição de suprimentos de informática para a unidade policial, aquisição esta que, no entanto, não restou comprovada.

Vê-se, assim, que conquanto o réu não detivesse a posse direta do valor apropriado, resta incontroverso dos autos que ele possuía a disponibilidade jurídica do valor, sobretudo porque era ele que emitia as requisições de abastecimento, restando evidentemente configurado o delito de peculato-apropriação previsto no artigo 312 do Código Penal, *verbis*:

Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:

Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa.

§ 1º - Aplica-se a mesma pena, se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário.

Com efeito, interpretando o dispositivo legal transcrito, doutrina e jurisprudência tem entendido que o conceito de 'posse' de que cuida o artigo 312 do Código Penal tem sentido amplo e *abrange a disponibilidade jurídica do bem*.

Decerto, resta configurado o delito na hipótese em que o agente, valendo-se da qualidade de funcionário público, passa a dispor do bem ou valor, mesmo que não detenha a sua posse direta.

Nesse sentido:

A posse, a que se refere o texto legal deve ser entendida em sentido amplo, compreendendo a simples detenção, bem como a posse indireta (disponibilidade jurídica sem detenção material, ou poder de disposição exercível mediante ordens, requisições ou mandados (cf. Nelson Hungria, Comentário ao Código Penal, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 9, p. 332-337 e E. Magalhães Noronha, (Direito Penal, 24. ed. São Paulo: Saraiva. 2003, v. 4, p. 219).

(Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência/ Coordenação Alberto Silva Franco, Rui Stoco - 8.ed., rev. atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 1435)

No mesmo sentido, colhem-se os seguintes precedentes deste Superior Tribunal de Justiça:

Penal. Processual Penal. *Habeas corpus*. Falsidade ideológica. Peculato. Lavagem de dinheiro. Quebra do sigilo fiscal. Falta de prévia decisão judicial. Matéria não examinada pela Corte de origem. Supressão de instância. Investigações preliminares realizadas pelo *parquet* estadual. Possibilidade. Denúncia, ademais, baseada em inquérito policial. Ausência de nulidade. Ofensa ao princípio da indivisibilidade da ação penal. Falta de comprovação. Observância necessária apenas na ação penal privada. Trancamento da ação penal. Ex-Governador do Estado do Rio Grande do Norte. Desvio de verbas públicas (representação de gabinete) em proveito próprio e de terceiros. Anterior posse do *quantum*. Termo que deve ser interpretado em sentido amplo, abrangendo a disponibilidade jurídica da *res*. Falta de provas quanto à falsidade ideológica. Estreita via do *writ*. Necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório. Ordem denegada.

(...)

5. O termo “posse” contido no tipo penal descrito no *caput* do artigo 312 do Código de Processo Penal deve ser interpretado de maneira ampla, abarcando, assim, qualquer tipo de disponibilidade jurídica da *res* apropriada/desviada. Precedente.

6. Evidenciando-se que o agente teria a anterior disponibilidade jurídica do *quantum* em tese desviado em proveito próprio e de terceiros, mostra-se viável a acusação pelo delito de peculato.

7. A estreita via do *habeas corpus*, carente de dilação probatória, não comporta o exame de questões que demandem o profundo revolvimento do conjunto fático-probatório colhido nos autos do inquérito policial instaurado contra o paciente, bem como da ação penal que o seguiu. Precedentes.

8. Evidenciando-se que a tese de falta de justa causa para sua persecução penal em juízo quanto ao crime de falsidade ideológica por falta de provas demanda o aprofundado exame dos elementos de convicção até então colhidos, porquanto não demonstrada cabal e inequivocamente por aqueles colacionados aos autos, mostra-se inviável seu acolhimento por meio da via eleita.

9. Ordem denegada, ressaltando-se posicionamento contrário da Relatora quanto à ilegitimidade do poder investigatório do *Parquet*.

(HC 92.952/RN, Rel. Ministra Jane Silva (Desembargadora Convocada do TJ/MG), Sexta Turma, julgado em 19/08/2008, DJe 08/09/2008)

Criminal. RHC. Peculato. Trancamento da ação penal. Atipicidade. Delito formal. Ausência de justa causa não-evidenciada de plano. Alegação de inépcia da denúncia. Inocorrência. Recurso desprovido.

I. O delito de peculato-apropriação consuma-se no momento em que o funcionário público, em razão do cargo que ocupa, inverte o título da posse, agindo como se fosse dono do objeto material, retendo-o, alienando-o, etc, não sendo exigível que o agente ou terceiro obtenha vantagem com a prática do delito.

II. A expressão posse, utilizada no tipo penal do art. 312, *caput*, do Código Penal, não deve ser analisada de forma restrita, e sim, tomada como um conceito em sentido amplo, que abrange, também, a detenção. Dessa forma, o texto da lei aplica-se à posse indireta, qual seja, a disponibilidade jurídica do bem, sem apreensão material.

III. A falta de justa causa para a ação penal só pode ser reconhecida quando, de pronto, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, evidenciar-se a atipicidade do fato, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação ou, ainda, a extinção da punibilidade.

IV. Eventual inépcia da denúncia só pode ser acolhida quando demonstrada inequívoca deficiência a impedir a compreensão da acusação e em flagrante prejuízo à defesa do réu.

Recurso desprovido.

(RHC 10.845/SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 13/03/2001, DJ 23/04/2001, p. 166)

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para afastar a atipicidade, determinando o retorno dos autos ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região para que prossiga no exame dos recursos de apelação.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.710.252-PE (2017/0297877-4)

Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz

Recorrente: Raymond Knobbe (Preso)

Advogados: Carlos de Arruda Sá e outro(s) - PE024838

Marcus Vinícius Carvalho Alves de Souza - PE020401

Recorrente: Ministério Público Federal

Recorrido: Os Mesmos

EMENTA

Recurso especial. Tráfico transnacional de drogas. Nulidades. Condenação. Provas obtidas judicialmente. Pena-base. Confissão espontânea. Majorante relativa à transnacionalidade do delito. Fração de aumento. Minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. Dedicção a atividades criminosas. Recurso especial da defesa conhecido em parte e, nessa extensão, não provido. Recurso especial interposto pela acusação parcialmente provido.

1. Uma vez que: a) a defesa não demonstrou nenhum prejuízo concreto advindo da forma com que foi realizada a tradução da sentença condenatória, b) o réu foi acompanhado, durante todo o processo, por tradutor (Cônsul da Holanda em Pernambuco) e, também, por seu advogado, c) a defesa apelou da decisão de primeiro grau, oportunidade em que apresentou diversas impugnações ao decreto condenatório, não há como reconhecer a nulidade do ato processual, em razão do princípio do *pas de nullité sans grief*.

2. A Corte regional em nenhum momento analisou, ainda que implicitamente, a apontada nulidade decorrente da ausência de perícia no aparelho telefônico apreendido em poder do acusado por ocasião de sua custódia, o que evidencia a falta de prequestionamento da matéria. Incidência, por analogia, das Súmulas n. 282 e 356, ambas do STF.

3. Porque o Juiz sentenciante, ao concluir pela condenação do réu, confrontou elementos obtidos na fase extrajudicial com as demais provas colhidas judicialmente – submetidas, portanto, ao crivo do

contraditório –, não há como acolher a alegada violação do art. 155 do Código de Processo Penal.

4. Não se pode olvidar que a dosimetria da pena configura matéria restrita ao âmbito de certa discricionariedade do magistrado e é regulada pelos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, de maneira que, havendo as instâncias ordinárias fundamentado o aumento da reprimenda-base à luz, justamente, das peculiaridades do caso concreto e das disposições constantes no art. 42 da Lei de Drogas, fica afastada a aventada violação legal, em homenagem ao princípio do livre convencimento motivado.

5. As declarações prestadas pelo réu não foram sopesadas para corroborar o acervo fático-probatório e fundamentar a sua condenação pela prática do crime de tráfico de drogas, de maneira que não há como ser reconhecida, em seu favor, a atenuante prevista no art. 65, III, “d”, do Código Penal.

6. Para a incidência da causa especial de aumento de pena prevista no inciso I do art. 40 da Lei de Drogas, é irrelevante que haja a efetiva transposição das fronteiras nacionais; mostra-se suficiente, à configuração da transnacionalidade do delito, que haja a comprovação de que a substância tinha como destino/origem localidade em outro país. Inteligência da Súmula n. 607 do STJ.

7. O aumento de pena decorrente da majorante relativa à transnacionalidade do delito (art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006) deve levar em consideração elementos acidentais como a distância percorrida pelo agente, a complexidade da operação de transporte e/ou o número de fronteiras por ele ultrapassadas, na medida em que não se pode equiparar o acusado que transporta substância entorpecente entre pequenas distâncias, em empreitadas rápidas, àquele grande difusor que se expõe a longas e demoradas viagens.

8. As instâncias ordinárias – dentro do seu livre convencimento motivado – consideraram que as circunstâncias em que perpetrado o delito em questão, aliadas ao fato de que “há indícios de que o acusado é traficante de grande porte e já foi preso pela polícia francesa em 2010 por tráfico internacional de entorpecentes”, não se compatibilizariam com a posição de um pequeno traficante ou de quem não se dedica, com certa frequência e anterioridade, a atividades

criminosas, notadamente ao tráfico de drogas, de maneira que não há como ser reconhecida a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

9. Recurso especial interposto pela defesa conhecido em parte e, nessa extensão, não provido. Recurso especial interposto pela acusação provido em parte, nos termos do voto do relator.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, conhecer em parte do recurso da defesa e, nessa extensão, negar-lhe provimento; e dar parcial provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público Federal, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator. Dr. Marcus Vinícius Carvalho Alves de Souza, pela parte recorrente: Raymond Knobbe. Exmo. Sr. Subprocurador Geral da República Dr. Nicolao Dino de Castro e Costa Neto, pelo Ministério Público Federal.

Brasília (DF), 26 de junho de 2018 (data do julgamento).

Ministro Rogerio Schietti Cruz, Relator

DJe 2.8.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz:

A) Recurso especial interposto pelo Ministério Público Federal:

O **Ministério Público Federal** interpõe recurso especial, com fundamento no art. 105, III, “a”, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo *Tribunal Regional Federal da 5ª Região*, na Apelação Criminal n. 13725/PE.

Consta dos autos que o recorrido – Raymond Knobbe – foi condenado pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, I, ambos da Lei n. 11.343/2006. Os autos dão conta da apreensão de, aproximadamente, *580 quilos de cocaína*, os quais eram provenientes da Espanha.

Nas razões do recurso especial, o Ministério Público aponta violação dos arts. 59 do Código Penal, 42 e 43 da Lei n. 11.343/2006, sob o fundamento de que a Corte regional, “na verdade, expõe motivos para que se exaspere a pena-base, que seriam a quantidade da droga apreendida e a ousadia do meio de transporte utilizado, demonstrando destreza, mas não apresenta fundamentos para diminuição da reprimenda, a não ser o acolhimento de alguma das teses do Apelante, mas sem especificar qual delas seria, fazendo-o de forma vaga” (fl. 743).

Entende que todas as particularidades do crime – em especial, a natureza e a elevada quantidade de drogas apreendidas, a não contribuição do réu para a elucidação do delito, a ousadia demonstrada por meio do transporte utilizado, a destreza no cometimento do ilícito, a colaboração do acusado com o tráfico organizado de grande proporções etc. – justificam maior reprimenda na primeira fase da dosimetria.

Assim, considerando a pena cominada em abstrato para o delito descrito no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (que varia de 5 a 15 anos de reclusão), defende que deve ser restabelecida a pena-base aplicada pelo Juiz sentenciante, qual seja, a de 12 anos de reclusão.

Afirma, ainda, que a suposta confissão do réu acerca da prática do crime “não pode ser considerada, pois se mostra como de pouca relevância, já que não contribuiu para a descoberta da verdade real, não expressando efetiva colaboração com a Justiça, visto que as circunstâncias em que foi encontrado não mudariam a análise dos fatos – preso em flagrante e com todo um aparato probatório operando contra si” (fl. 743).

Na sequência, argumenta que a Corte regional também não fundamentou, concretamente, o porquê da redução efetivada quanto ao patamar de aumento de pena relativo à majorante prevista no art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006 (fl. 744).

Por fim, aduz que o Tribunal de origem “também não considerou as condições econômicas do réu para fixação da multa” (fl. 744), em inobservância ao disposto no art. 43 da Lei n. 11.343/2006.

Requer o provimento do recurso, para que seja restabelecida a reprimenda aplicada em primeiro grau.

Contrarrazões às fls. 857-878 e decisão de admissibilidade às fls. 901-902.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso.

B) Recurso especial interposto por Raymond Knobbe:

Raymond Knobbe interpõe recurso especial, com fundamento no art. 105, III, “a” e “c”, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo *Tribunal Regional Federal da 5ª Região*, nos autos da Apelação Criminal n. 13.725/PE.

Nas razões do recurso especial, a defesa aponta violação dos arts. 193 e seguintes do Código de Processo Penal, porquanto houve tradução deficiente da sentença condenatória para o idioma original do réu (qual seja, o neerlandês). Assegura que, entre outros equívocos, a tradução afirmou se tratar de acusação por crime de tráfico de pessoas, e não por tráfico de drogas, o que impossibilitou o exercício da ampla defesa.

Aponta, ainda, negativa de vigência ao art. 155 do Código de Processo Penal, em virtude da ausência de perícia no aparelho telefônico apreendido em poder do acusado por ocasião de sua custódia.

Ao prosseguir em suas razões recursais, alega que a condenação do réu se baseou, exclusivamente, nas provas obtidas na fase investigatória, não submetidas, portanto, ao crivo do contraditório e da ampla defesa. Pondera, em relação a esse ponto, que a Corte regional ratificou o decreto condenatório sem nenhuma fundamentação concreta. Quanto a essa matéria, também considera haver divergência jurisprudencial e indica como acórdãos paradigmas os HCs n. 148.140/RS e 156.333/ES, nos quais se consignou a impossibilidade de condenação com base em provas produzidas exclusivamente em inquérito policial.

De igual forma, entende que foi violado o art. 65, III, “d”, do Código Penal, haja vista que o recorrente confessou espontaneamente a prática do delito de tráfico de drogas (fl. 822).

Na sequência, argumenta que não foi observado o disposto no art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006, pois não há nada que, efetivamente, corrobore a internacionalidade do crime e salienta que o réu “encontrava-se em águas nacionais (e nunca, nunca em águas internacionais)” (fl. 824). Em relação a esse ponto, aduz, também, divergência jurisprudencial e menciona como acórdãos paradigmas julgados proferidos em apelação criminal pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, nos quais se concluiu: “Não se consuma o tráfico internacional se a *res* não ultrapassou a fronteira” (fl. 826).

Em seguida, refere violação dos arts. 59 e 68 do Código Penal, na medida em que deveria haver sido aplicado o aumento de 1/6 de pena em razão da

majorante relativa à transnacionalidade do delito, e não o de 1/2, como efetivado pela Corte de origem.

Reputa, igualmente, que deve ser aplicada, no patamar máximo de 2/3, a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, “uma vez que [o recorrente] nunca foi preso e nem processado e mais, é primário, tem bons antecedentes” (fl. 835).

Por fim, observa que as matérias versadas no recurso especial não demandam o revolvimento de matéria fático-probatória, daí não ser possível falar em incidência do enunciado na Súmula n. 7 do STJ.

Requer o provimento do recurso, nos moldes anteriormente delineados, “cassando inteira, ou parcialmente, o v. acórdão recorrido de fls. dos Autos, acolhendo, quaisquer das argumentações, que até à exaustão aqui foram expendidas” (fl. 844).

Contrarrazões às fls. 882-893 e decisão de admissibilidade às fls. 901-902.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do recurso.

VOTO

O Sr. Ministro Rogério Schietti Cruz (Relator): Primeiramente, esclareço que, por questão lógica, analisarei primeiro as nulidades arguidas pela defesa, porquanto, se acolhidas, ensejam a prejudicialidade das matérias aventadas pelo Ministério Público Federal. Em seguida, caso rejeitadas as apontadas nulidades, apreciarei os dois recursos concomitantemente, na ordem sequencial da dosimetria da pena.

I. Contextualização

Consta dos autos que *Raymond Knobbe* foi condenado pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, I, ambos da Lei n. 11.343/2006. Segundo apurado, ele foi apanhado em seu veleiro, nas proximidades de Fernando de Noronha – PE, quando transportava uma quantidade total de 581,553 kg (*quinhentos e oitenta e um quilos, quinhentos e cinquenta e três gramas*), acondicionados em sacos plásticos encontrados na cabine da popa e nos tanques de água e de combustível da embarcação.

II. Tradução deficiente da sentença condenatória (recurso da defesa)

Nesse ponto, alega a defesa que houve tradução deficiente da sentença condenatória para o idioma original do réu (qual seja, o neerlandês). Aponta que, entre outros equívocos, a tradução afirmou se tratar de acusação por crime de tráfico de pessoas, e não por tráfico de drogas, o que impossibilitou o exercício da ampla defesa.

Em relação a essa matéria, asseverou a Corte regional que o acusado “contou com intérprete (fls. 32/35), tendo sido acompanhado, desde o nascedouro da persecução criminal, pelo Cônsul da Holanda em Pernambuco, que funcionou como tradutor, e também por seu advogado. Falou quando quis, o que quis, tendo podido fazer a prova que quis, largamente, *em atenção à ampla defesa e ao contraditório assegurados constitucionalmente*” (fl. 680). Ademais, conforme consignou o Tribunal de origem, o acusado “Não sustentou [...] qualquer prejuízo concreto que sua defesa tivesse sofrido, é tanto que, no recurso examinado, expôs as mais variadas teses defensivas” (fl. 680).

Por tais razões, uma vez que: a) *a defesa não demonstrou nenhum prejuízo concreto* advindo da forma com que foi realizada a tradução da sentença condenatória, b) o réu foi acompanhado, durante todo o processo, por tradutor (Cônsul da Holanda em Pernambuco) e, também, por seu advogado, c) a defesa apelou da decisão de primeiro grau, quando então apresentou diversas impugnações ao decreto condenatório, não vejo como reconhecer a nulidade do ato processual, em razão do princípio do *pas de nullité sans grief*.

III. Ausência de perícia no aparelho telefônico (recurso da defesa)

Relativamente à apontada nulidade decorrente da ausência de perícia no aparelho telefônico apreendido em poder do acusado por ocasião de sua custódia, constato, claramente, que, embora hajam sido opostos embargos de declaração, essa matéria, em nenhum momento, foi analisada pela Corte regional, até porque nem sequer foi objeto nem da apelação nem dos aclaratórios.

Conforme reiterada jurisprudência desta Corte, para atender ao requisito do prequestionamento, é necessário a questão haver sido ponto de debate pelo Tribunal de origem, à luz da legislação federal indicada, com emissão de juízo de valor acerca do dispositivo legal considerado violado, o que não ocorreu na espécie.

Incidem, portanto, os óbices das *Súmulas n. 282 e 356, ambas do STF*, aplicadas por analogia ao recurso especial: “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”.

IV. Alegada ausência de prova judicial (recurso da defesa)

Afirma a defesa, ainda, que a condenação do réu se baseou, exclusivamente, nas provas obtidas ao longo da fase investigatória, não submetidas, pois, ao crivo do contraditório e da ampla defesa.

IV. a) divergência jurisprudencial

Quanto à apontada divergência jurisprudencial em relação ao que foi decidido nos autos dos HCs n. 148.140/RS e 156.333/ES, ambos desta Corte Superior de Justiça, não há como ser conhecido o recurso especial.

Esclareço, de plano, que, ao proferir voto – em que fiquei vencido – no *AgRg nos EDcl no Recurso Especial n. 1.120.334/MG (2009/0099400-0)*, externei convicção, amparada em precedente da relatoria da Ministra Assusete Magalhães (*EDcl no REsp n. 1.348.815/SP*, DJe 17/3/2014), de que as normas insertas na Constituição Federal (art. 105, III, “c”), no Código de Processo Civil (art. 541, parágrafo único) e no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (art. 255, § 1º, “a” e “b”, e § 2º), que tratam do cabimento do recurso especial pela divergência, *não trazem restrição à admissibilidade de arestos proferidos em habeas corpus servirem como paradigma para fins de demonstração de dissídio pretoriano*.

É certo – aduzi – que não se pode discutir, em recurso especial, matéria de natureza constitucional, nem de prova, nem de nenhuma outra legal ou jurisprudencialmente vedada. No entanto, não rara é a discussão exclusiva de tese jurídica em julgados proferidos em *habeas corpus*, a qual, muitas vezes, pode ser encontrada no embasamento de julgados de recurso especial. Entendo, nesse sentido, que eventuais dissimilaridades fáticas e/ou jurídicas devem ser analisadas caso a caso, o que não implica a imposição imediata de não conhecimento do recurso.

Logo, como bem consignado no aludido julgado desta Sexta Turma, “não é possível, no entanto, criar um óbice processual, prévio e generalizado, no sentido

de que qualquer acórdão, proveniente de *habeas corpus*, não será admitido, para fins de interposição do recurso especial, com base na alínea **c** do inciso III do art. 105 da Constituição Federal” (destaques do autor).

Feita, portanto, essa ressalva quanto ao meu entendimento pessoal, registro que “a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é pacífica quanto à impossibilidade de acórdão proferido em sede de *habeas corpus*, mandado de segurança e recurso ordinário servir de paradigma para fins de alegado *dissídio jurisprudencial*, ainda que se trate de *dissídio notório*, eis que os remédios constitucionais não guardam o mesmo objeto/natureza e a mesma extensão material almejados no recurso especial”. (*AgRg no EREsp n. 998.249/RS*, Rel. Ministro *Sebastião Reis Júnior*, 3ª S., DJe 21/9/2012).

Em relação aos outros dois acórdãos apontados como paradigmas – ambos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe em apelação criminal (fls. 802-803) –, constato que *o recorrente transcreveu apenas as ementas dos julgados, sem, contudo, realizar o imprescindível cotejo analítico*. Vale dizer, não demonstrou, de forma clara e objetiva, a similitude fática entre as demandas; deixou de evidenciar que as peculiaridades de cada caso revelariam a identidade fática, porém com soluções distintas.

Sobre essa matéria, esta Corte possui a compreensão de que:

[...]

5. O conhecimento de recurso fundado na alínea “c” do art. 105, III, da Constituição Federal exige, também, que o recorrente realize o devido cotejo analítico, demonstrando, de forma clara e objetiva, a suposta incompatibilidade de entendimento e a similitude fática entre as demandas, o que não ocorreu no caso, em que o recorrente apenas transcreveu a ementa do paradigma. (*REsp n. 1.302.515/RS*, Rel. Ministro *Rogério Schietti*, 6ª T., DJe 17/5/2016).

Assim, entendo que o recurso especial interposto pela defesa não pode ser conhecido sob a alínea “c” do permissivo constitucional.

IV. b) negativa de vigência a dispositivo de lei federal

No que diz respeito à apontada negativa de vigência ao art. 155 do Código de Processo Penal, faço lembrar que, quanto ao sistema de valoração das provas, vigora, no processo penal brasileiro, o princípio do livre convencimento motivado, em que é dado ao julgador decidir pela condenação do agente, desde que o faça fundamentadamente.

Nesse contexto, o legislador ordinário, buscando dar maior efetividade às garantias constitucionais previstas para os acusados em processo penal, estabeleceu, expressamente, a vedação à condenação baseada exclusivamente em provas produzidas no inquérito policial, consoante o disposto no art. 155, *caput*, do Código de Processo Penal, com a nova redação dada pela Lei n. 11.690/2008, *in verbis*:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Isso significa que não se admite, no ordenamento jurídico pátrio, a prolação de um decreto condenatório fundamentado exclusivamente em elementos informativos colhidos durante o inquérito policial, no qual inexistente o devido processo legal (com seus consectários do contraditório e da ampla defesa), sendo certo que o juiz pode deles se utilizar para reforçar seu convencimento, desde que corroborados por provas produzidas durante a instrução processual ou desde que essas provas sejam repetidas em juízo.

No caso, verifico que o Juiz sentenciante confrontou elementos obtidos na fase extrajudicial com as demais provas colhidas *judicialmente*, submetidas, portanto, ao crivo do *contraditório e da ampla defesa*. Ao concluir pela condenação do recorrente, assim fundamentou, no que interessa (fl. 397):

Em Juízo, conforme mídia à fl. 247, a testemunha José Edson de Sena confirmou as alegações anteriormente prestadas perante a Polícia Federal. Segundo a testemunha já havia dito anteriormente, o veleiro foi avistado pelo navio da Marinha por volta das 05h30 da manhã, mas os policiais, em razão das condições de navegação e, em razão da solicitação para que a embarcação aportasse em Fernando de Noronha, só conseguiram adentrar o veleiro por volta das 12h00 do referido dia (1º/08/2015). Após a vistoria no veleiro, que teria durado de 30 (trinta) a 40 (quarenta) minutos, foi identificada uma sacola, fechada apenas com o zíper (sem lacre), contendo 10 (dez) pacotes com substância com características de cocaína. A testemunha relatou ter sido feito um narcoteste preliminar no local, com o auxílio de um lenço, que atestou positivo para cocaína, ensejando a prisão do tripulante, o Sr. *Raymond Knobbe*. O comandante não prestou qualquer informação sobre a droga, não tendo também demonstrado qualquer surpresa com a sua identificação. Ressaltou a testemunha não entender por que o conduzido não se desfez da sacola, jogando-a ao mar, antes de o navio da Marinha alcançar o veleiro, uma vez que havia um volume muito maior de entorpecente que só veio a ser identificado na perícia.

A Corte regional, por sua vez, ao manter a condenação do recorrente, considerou que as provas relativas à materialidade e à autoria do delito ficaram fartamente comprovadas nos autos. Na ocasião, salientou que “o álibi que alegou (ter sido enganado por terceiro, cuja identidade ignoraria) é absolutamente inacreditável, porque não carrega consigo qualquer elemento factual (objetivo) que pudesse ampará-lo” (fl. 681) e, *no mais, reportou-se, expressamente, aos fundamentos lançados pelo Juiz sentenciante.*

Dessa forma, justamente porque verificado que as instâncias ordinárias, ao concluírem pela autoria do recorrente em relação ao cometimento do delito em questão, sopesaram as provas colhidas extrajudicialmente com as demais provas e depoimentos obtidos em *juízo*, não há como acolher a apontada violação do art. 155 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, menciono: *AgRg no AREsp n. 381.524/CE*, Rel. Ministro Jorge Mussi, 5ª T., DJe 25/4/2018; *AgRg no AREsp n. 1.181.721/RS*, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 27/4/2018.

V. Pena-base (recurso da acusação)

No que tange à pena-base estabelecida ao acusado, cumpre salientar que a fixação da pena é regulada por princípios e regras constitucionais e legais previstos, respectivamente, nos arts. 5º, XLVI, da Constituição Federal, 59 do Código Penal e 387 do Código de Processo Penal.

Todos esses dispositivos remetem o aplicador do direito à individualização da medida concreta para que, então, seja eleito o *quantum* de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito perpetrado.

Assim, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto. Cumpre-lhe, na primeira etapa do procedimento trifásico, guiar-se pelas circunstâncias relacionadas no *caput* do art. 59 do Código Penal, as quais não deve se furtar de analisar individualmente. São elas: culpabilidade; antecedentes; conduta social; personalidade do agente; motivos, circunstâncias e consequências do crime; comportamento da vítima.

Contudo, não se pode olvidar que, tratando-se de crime previsto na Lei de Drogas – como ocorre na espécie –, o juiz deve considerar, ainda e com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a

quantidade da substância ou do produto, bem como a personalidade e a conduta social do agente, a teor do estabelecido no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

No caso, o Juiz sentenciante, ao estabelecer a pena-base do recorrido acima do mínimo legal – *no patamar de 12 anos de reclusão* –, assim fundamentou (fls. 408-409):

Quanto à pena privativa de liberdade, a primeira fase de fixação da pena deve observar os parâmetros do art. 59 do Código Penal.

Com relação aos antecedentes, não há prova nos autos de que o réu tenha sido condenado definitivamente pela prática de crime, em momento anterior.

No que tange à conduta social e à personalidade do agente, existem elementos nos autos aptos a justificar a majoração da pena, especificamente quanto a tais aspectos, eis que as matérias jornalísticas de fls. 283/291 indicam que a conduta do acusado não se confunde com a do “traficante de primeira viagem”, havendo fortes indícios nos autos de que se dedique, com habitualidade e destreza, às atividades criminosas idênticas à que está sendo apurada nesta ação.

Os indícios de participação do acusado em outros eventos delituosos podem ser apreciados como aspectos de sua conduta social e personalidade, eis que, do contrário, haveria manifesta violação ao princípio da igualdade material, aplicando a acusados envolvidos em diversas outras imputações o mesmo tratamento dirigido ao réu primário, sem qualquer envolvimento delituoso anterior.

De fato, com relação à conduta social e personalidade do agente, não somente a conduta antecedente do agente em seus vários setores de relacionamento, mas sobretudo o ambiente no qual está inserido são capazes de determinar a justa medida da reprovação que seu ato criminoso possa merecer. Não há dúvida de que uma pessoa de excelente conduta anterior ao crime merece menor censura do que outra, acostumada a incomodar pessoas, provocar arruaças, agredir a família, enfim, ainda que não tenha formalmente sentença condenatória anterior transitada em julgado.

No que tange aos motivos, circunstâncias, consequências do crime e comportamento da vítima, a quantidade de entorpecente apreendido - 581,553 kg - e a natureza do entorpecente (cocaína) revelam que as circunstâncias e consequências do crime perpassam o tipo incriminador e justificam a majoração da pena. O aumento, logicamente, não se ampara, isoladamente, na quantidade de droga apreendida, mas sim, na gravidade concreta da infração, evidenciada pela colaboração do réu com o tráfico organizado em larga escala.

A culpabilidade, identificada, na reforma penal, como a reprovabilidade da conduta, assoma como o fundamento e a medida da responsabilidade penal. Como tal, conduz o julgador a uma análise da consciência ou do potencial

conhecimento do ilícito e, em especial, da exigibilidade de conduta diversa, essência das causas de exculpação, como parâmetros do justo grau de censura atribuível ao autor do crime.

Assim é que, nesta oportunidade, classifica-se a culpabilidade entre intensa, média ou reduzida. No caso, verifica-se que o réu tinha extenso conhecimento da natureza criminosa da conduta. As circunstâncias e condições em que praticado o crime e o comportamento do réu na fase investigatória e em Juízo revelam claramente que o mesmo tem vasta experiência no ramo do tráfico de drogas e agia com habitualidade em conluio com terceiros, não possuindo qualquer interesse de identificá-los para as autoridades locais. Sabia, exatamente, como ocultar os contatos anteriores à apreensão e como se comportar perante as autoridades policiais. Sobre sua conduta, pois, incide reprovação social de grau intenso, que não se afigura inerente ao próprio tipo penal.

Pelo exposto, na primeira fase de aplicação da pena, fixo para *Raymond Knobbe* a pena de 12 (doze) anos de reclusão.

Conforme visto, o Magistrado de primeiro grau considerou desfavoráveis ao acusado *a conduta social, a personalidade, a culpabilidade, bem como os motivos, as circunstâncias e as consequências do delito*, motivo pelo qual efetivou um aumento de 7 anos de reclusão na primeira fase da dosimetria e estabeleceu a pena-base, portanto, no patamar de *12 anos de reclusão*.

A Corte de origem, por sua vez, deu provimento à apelação interposta pela defesa em relação a esse ponto, *a fim de reduzir a pena-base para 8 anos de reclusão*, nos termos a seguir descritos (fls. 700-701):

Em recurso, discutiu-se o seguinte: Proibição de dupla incriminação (fixação da pena base, então, no Mínimo legal); nulidade da sentença por desrespeito ao critério trifásico e falta de fundamentação para fixação, de pena acima do mínimo legal; não observância da confissão espontânea do acusado; a pureza da droga alienígena fora considerada para fins de dosimetria da pena.

Alguns dos argumentos fazem realmente sentido, devendo-se reduzir as sanções a patamares mais compatíveis com aqueles perpetrados no âmbito desta Segunda Turma. A pena-base, porém, deve ser dosada em 08 (oito) anos de reclusão (já 60% a mais do mínimo legal), levando-se em consideração, para alcançá-la, sobretudo, a quantidade de droga apreendida (Lei 11.343/2006, Art. 42), a impactar na circunstância judicial *consequências do crime*, mas também as circunstâncias do ilícito (pela ousadia do meio de transporte utilizado a revelar um tipo especial de destreza periculosa).

No caso, o Ministério Público Federal, em suas razões recursais, em nenhum momento se insurge contra a análise feita pelas instâncias ordinárias acerca da

favorabilidade de determinadas circunstâncias judiciais e da desfavorabilidade de outras. Antes, *limita-se a questionar o quantum de aumento efetivado na pena-base do acusado*, que, no seu entender, deveria ser de 7 anos de reclusão (a resultar em uma reprimenda-base de 12 anos de reclusão), tal como procedido pelo Juiz sentenciante.

De fato, considero, tal qual afirma o órgão ministerial, que todas as particularidades do crime – em especial, a natureza e a elevada quantidade de drogas apreendidas (mais de 580 quilos de cocaína), a ousadia demonstrada por meio do transporte utilizado, as circunstâncias em que cometido o ilícito etc. – justificam maior reprimenda na primeira fase da dosimetria.

No entanto, não se pode olvidar que a dosimetria da pena configura matéria restrita ao âmbito de certa discricionariedade do magistrado e é regulada pelos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, de maneira que, havendo as instâncias ordinárias fundamentado o aumento da reprimenda-base à luz, justamente, das peculiaridades do caso concreto e das disposições constantes no art. 42 da Lei de Drogas, não vejo como acolher a apontada violação legal, *em homenagem ao princípio do livre convencimento motivado*.

Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, “A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas e às Cortes Superiores, em grau recursal, o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, *bem como a correção de eventuais discrepâncias, se gritantes ou arbitrárias*” (HC n. 122.184/PE, Rel. Ministra Rosa Weber, 1ª T., DJe 5/3/2015), situação que, no entanto, não verifico caracterizada nos autos.

Ademais, ao contrário do que afirma o órgão ministerial à fl. 743, embora a Corte de origem haja explicitado os motivos pelos quais seria devida a fixação da pena-base acima do mínimo legal – com o destaque, especialmente, da elevada quantidade de drogas apreendidas, da ousadia evidenciada por meio do transporte utilizado e da destreza demonstrada pelo agente no cometimento do ilícito (fl. 701) –, não é verdade que não haja apresentado os fundamentos para a diminuição do *quantum* de exasperação da reprimenda.

Com efeito, salientou o Tribunal que a sanção deveria ser reduzida para “patamares mais compatíveis com aqueles perpetrados no âmbito desta Segunda

Turma” (fl. 701), com a ênfase de que a pena-base já estava sendo estabelecida em *mais de 60% acima do mínimo legal*, patamar esse que, dentro do seu livre convencimento motivado, reputou ser suficiente e necessário para a reprovação e a prevenção do crime perpetrado.

Portanto, uma vez que foram apontados *argumentos concretos e específicos dos autos* para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, não vejo como esta Corte simplesmente se imiscuir no juízo de proporcionalidade feito pelo Tribunal regional para, a pretexto de violação dos arts. 59 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006, aumentar a reprimenda-base estabelecida ao acusado.

Deve, portanto, ser mantida inalterada a pena-base do acusado no patamar de *8 anos reclusão*.

VI. Atenuante da confissão espontânea (recurso da defesa)

O Juiz sentenciante, ao concluir pela condenação do acusado em relação ao crime de tráfico de drogas, afirmou, em determinado momento, que (fls. 394-398):

Não há qualquer sentido em se impugnar as apreensões feitas após a prisão e, ao mesmo tempo, requerer a aplicação da atenuante da confissão espontânea, afirmando que o réu confirma que, “no interior do veleiro, existiam as respectivas drogas apreendidas nos autos”.

De todo modo, como se verá adiante, *não houve confissão do acusado no interrogatório*, sendo certo, em relação à impugnação das apreensões posteriores, que não consta qualquer indício de incorreção na condução dos procedimentos de deslocamento do veleiro, de perícia e de apreensão das drogas referidas em todos os laudos acima mencionados, sendo improcedente a impugnação genérica da defesa.

[...]

Na oportunidade da prisão em flagrante, o acusado não prestou quaisquer esclarecimentos sobre o fato, conforme fl. 04 do IPL.

[...]

Como foi dito acima, a partir das perícias feitas no interior do veleiro, comprovou-se que *Raymond Knobbe* estava transportando 581,553 kg de cocaína. *O acusado, em nenhum momento do seu interrogatório, confessou a autoria delitiva*. Ao contrário, a alegação do acusado foi a de que foi contratado para transportar três sacolas com maconha para Fernando de Noronha, não sabendo informar o peso da mercadoria, dizendo acreditar que tal droga é permitida no Brasil, tal

como ocorre na Holanda, seu País de origem. Não se aplica, portanto, a atenuante da confissão espontânea, como quis pretender a defesa nas alegações finais.

Sobre o cometimento do delito, *as declarações do acusado são absolutamente contraditórias* e revelam que foi a pessoa diretamente responsável por acondicionar a mercadoria no veleiro - ou permitir expressamente que o fizessem - e transportar todo o volume de entorpecentes apurado, tendo plena consciência do caráter ilícito da conduta.

O Tribunal regional, no que tange à segunda etapa da dosimetria, considerou não haver “nenhuma mudança a ser feita (inclusive porque o réu, afirmando supor fosse maconha a droga que carregava na embarcação, não confessou o transporte de cocaína)” (fl. 701).

É certo que este Superior Tribunal possui o entendimento de que, se a confissão do acusado foi utilizada para corroborar o acervo probatório e fundamentar a condenação, deve incidir a atenuante prevista no art. 65, III, “d”, do Código Penal; é irrelevante o fato de a confissão ter sido espontânea ou não, total ou parcial, *ou mesmo que tenha havido posterior retratação*.

Nesse sentido, menciono o seguinte julgado: “Se a confissão do agente é utilizada como fundamento para embasar a conclusão condenatória, a atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do CP, 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.” (HC n. 358.679/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, 5ª T., DJe 31/8/2016).

Confira-se, ainda, o disposto na *Súmula n. 545* desta Corte Superior: “Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, *d*, do Código Penal.”

No entanto, no caso dos autos, verifico que as declarações prestadas pelo acusado não foram sopesadas para corroborar o acervo fático-probatório e fundamentar a sua condenação pela prática do crime de tráfico de drogas. Aliás, conforme bem consignaram as instâncias ordinárias, o ora recorrente, em nenhum momento, admitiu a prática do delito, pois limitou-se, basicamente, a afirmar que “foi contratado para transportar três sacolas com maconha para Fernando de Noronha, não sabendo informar o peso da mercadoria, dizendo acreditar que tal droga é permitida no Brasil, tal como ocorre na Holanda, seu País de origem” (fl. 398), motivo pelo qual *não há como ser aplicada, em seu favor, a atenuante prevista no art. 65, III, “d”, do Código Penal*.

VII. Majorante relativa à transnacionalidade do delito (recurso da defesa)

A defesa assere, ainda, não haver nada que, efetivamente, sustente a internacionalidade do crime e salienta que o réu “encontrava-se em águas nacionais (e nunca, nunca em águas internacionais)” (fl. 824), de maneira que deve ser afastada a majorante prevista no art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006.

O Juiz sentenciante, ao concluir pela transnacionalidade do delito, assim fundamentou (fl. 405):

Na hipótese em apreço, a transnacionalidade do delito encontra-se plenamente demonstrada nos autos. Muito embora seja verdadeiro que o mero fato de o acusado ser estrangeiro não pode gerar a presunção da transnacionalidade, é evidente que tal fato, aliado a vários outros, não pode ser desconsiderado, como se verá adiante.

A tese apresentada pela defesa é a de que a droga transportada pelo réu, surpreendido com 581,553 kg (quinhentos e oitenta e um quilos, quinhentos e cinquenta e três gramas) de cocaína, tinha por destino final o arquipélago de Fernando de Noronha.

A Corte regional, por sua vez, também considerou devidamente caracterizada a prática de tráfico transnacional de drogas, nos termos a seguir aduzidos (fl. 690):

Raymond Knobbe é, afinal, estrangeiro, estando há pouco tempo no Brasil; é o Comandante de embarcação que permite transporte entre continentes; a droga é sabidamente estrangeira; o destino para onde iria levá-la, alegadamente Fernando de Noronha, não é compatível com a quantidade de cocaína transportada, não apresentou qualquer elemento de convicção sobre sua permanência no país, sendo certo que o registro histórico do equipamento GPS do bardo retrata viagens internacionais.

Este Superior Tribunal possui o entendimento de que, para a incidência da causa especial de aumento de pena prevista no inciso I do art. 40 da Lei de Drogas, é irrelevante que haja a efetiva transposição das fronteiras nacionais; mostra-se suficiente, para a configuração da transnacionalidade do delito, que haja *a comprovação de que a substância tinha como destino/origem localidade em outro país.*

Nesse sentido, menciono: *AgRg no AREsp n. 377.808/MS*, Rel. Ministro *Rogério Schietti*, 6ª T., DJe 22/9/2017.

Tal entendimento foi, inclusive, consolidado por meio da *Súmula n. 607* desta Corte, *in verbis*: “A majorante do tráfico transnacional de drogas (art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006) configura-se com a prova da destinação internacional das drogas, ainda que não consumada a transposição de fronteiras.”

Assim, uma vez comprovado, de forma concreta e com sólidos elementos, que a droga apreendida era proveniente do exterior – Espanha –, mostra-se correta a incidência da majorante descrita no art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006.

VIII. Aumento de pena efetivado em razão da majorante relativa à transnacionalidade do delito (recurso de ambas as partes)

No que diz respeito ao aumento de pena efetivado em decorrência da majorante relativa à transnacionalidade do delito, verifico que o Juiz sentenciante entendeu devida a incidência da *fração de 2/3*, “tendo em vista que o acusado esteve muito próximo de perpassar os limites territoriais, já se encontrando em efetivo deslocamento e só tendo sido interceptado em virtude de um trabalho cuidadoso e prévio de investigação” (fl. 409).

O Tribunal de origem, no entanto, reduziu a exasperação para o quantum *de 1/2*, nos seguintes termos (fl. 701):

Em terceira fase, deve-se, mercê da proporcionalidade necessária com os ajustes realizados relativamente às circunstâncias judiciais, aumentar a sanção de 1/2 (e não 2/3) pela transnacionalidade do crime.

Pelo trecho anteriormente transcrito, é possível inferir que a Corte regional considerou adequado o aumento de pena em 1/2 com base em um *juízo de proporcionalidade* feito em relação à análise referente às circunstâncias judiciais e ao *quantum* de exasperação efetivada na reprimenda-base do acusado.

No entanto, a escolha do aumento de pena decorrente dessa (e de qualquer outra) majorante não deve ser feito com base em uma proporção com o patamar fixado na primeira fase da dosimetria, até porque é perfeitamente possível que a pena-base seja estabelecida no mínimo legal e, na terceira etapa, seja efetivado um aumento de pena em fração superior à mínima legalmente prevista, sem que essa operação revele nenhuma incongruência. A escolha do patamar de exasperação da reprimenda, na verdade, deve ser feita a partir da *mens legis* da majorante analisada.

No caso, por exemplo, da transnacionalidade do delito de tráfico de drogas, o aumento de pena deve levar em consideração elementos acidentais como a distância percorrida pelo agente, a complexidade da operação de transporte e/ou o número de fronteiras por ele ultrapassadas, na medida em que não se pode equiparar o acusado que transporta substância entorpecente entre pequenas distâncias, em empreitadas rápidas, àquele grande difusor que se expõe a longas e demoradas viagens.

Sob esse viés, entendo assistir razão ao Ministério Público Federal ao afirmar que “o *quantum* fixado diante da causa de aumento prevista no art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006, diferentemente do realizado em sentença, *não foi suficientemente fundamentado no Acórdão*” (fl. 744).

Assim, evidenciada a longa distância percorrida pelo agente e “tendo em vista que o acusado esteve muito próximo de perpassar os limites territoriais” (fl. 409), deve ser negado provimento ao recurso da defesa nesse ponto e provido o do Ministério Público, a fim de, na terceira fase da dosimetria, restabelecer o aumento de pena fixado pelo Juiz sentenciante, qual seja, o de 2/3.

IX. Minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (recurso da defesa)

Por fim, afirma a defesa que o acusado “faz jus à aplicação do artigo 33, § 4º, da Lei de Tóxicos, uma vez que nunca foi preso e nem processado e, mais, é primário, tem bons antecedentes” (fl. 835).

O Juiz sentenciante considerou indevida a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, com base nos seguintes fundamentos (fl. 402):

Igualmente, não se aplica o art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Com efeito, o réu é estrangeiro e não prestou qualquer informação a este Juízo sobre a sua vida pregressa, reservando-se ao direito de ficar calado. Conquanto a prova da existência de maus antecedentes seja um ônus da acusação, as matérias jornalísticas de fls. 283/291 indicam que *a conduta do acusado não se confunde com a do “traficante de primeira viagem” que o preceito quis albergar, havendo fortes indícios nos autos de que se dedique às atividades criminosas objeto desta ação.*

Muito embora as notícias apresentadas às fls. 283/291, também disponíveis em qualquer pesquisa livre na *internet*, não constituam prova de maus antecedentes, nos termos exigidos pela lei brasileira, demonstram a veracidade do que consta

da denúncia, de que *há indícios de que o acusado é traficante de grande porte e já foi preso pela polícia francesa em 2010 por tráfico internacional de entorpecentes.*

A quantidade de droga transportada, por sua vez, aliada às evidências já mencionadas, afasta a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, pois o recrutamento para a realização de tal transporte claramente não se dirigiu a um amador.

A Corte regional, por sua vez, manteve a compreensão de que não seria devida a incidência da referida minorante, nos termos a seguir aduzidos (fl. 693):

A alegada primariedade do réu, alicerçada na suposta pequenez da conduta, serviria, segundo a defesa, para justificar a minoração da pena (na terceira fase da dosimetria).

Mas também essa pretensão não se justifica.

O crime perscrutado nos presentes autos, com efeito, é gravíssimo, o que se diz - inclusive e não apenas - mercê da enorme quantidade de cocaína apreendida, a denotar a impossibilidade categórica (material, física, financeira) de cometimento por pessoa isolada. Valho-me da sentença outra vez: [...]

Conforme visto, as instâncias ordinárias – dentro do seu livre convencimento motivado – consideraram que as circunstâncias em que perpetrado o delito em questão, aliadas ao fato de que “há indícios de que o acusado é traficante de grande porte e já foi preso pela polícia francesa em 2010 por tráfico internacional de entorpecentes”, não se compatibilizariam com a posição de um pequeno traficante ou de quem não se dedica, com certa frequência e anterioridade, a *atividades criminosas*, notadamente ao tráfico de drogas.

Fica, por conseguinte, afastada a apontada violação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

X. Nova dosimetria

Em razão do provimento do recurso especial interposto pelo Ministério Público no tocante ao aumento de pena efetivado em decorrência da majorante relativa à transnacionalidade do delito, deve ser realizada a nova dosimetria da reprimenda do acusado.

Na primeira fase, a pena-base ficou estabelecida em 8 anos de reclusão (fl. 701). Na segunda fase, não há nenhuma agravante ou atenuante. Na terceira etapa, aplico em 2/3 a majorante referente à transnacionalidade do delito e, consequentemente, *torno a reprimenda do acusado definitivamente estabelecida em 13 anos e 4 meses de reclusão.*

XI. Sanção pecuniária (recurso da acusação)

Por fim, aduz o órgão ministerial que o Tribunal de origem “também não considerou as condições econômicas do réu para fixação da multa” (fl. 744), em inobservância ao disposto no art. 43 da Lei n. 11.343/2006.

O Magistrado de primeiro grau, ao determinar ao acusado o *pagamento de 1.000 dias-multa*, assim fundamentou (fl. 410):

Quanto à pena de multa, para fins de fixação, deve-se obedecer ao sistema bifásico. Na primeira fase, guarda-se uma proporcionalidade com a sanção corporal imposta, levando-se em conta as circunstâncias judiciais, eventuais atenuantes/agravantes e causas de aumento/diminuição de pena incidentes, ao passo que na segunda fase devem-se considerar as possibilidades financeiras do acusado.

Considerando a informação de que o réu possuía remuneração mensal de 2.000,00 euros, correspondente ao valor aproximado de R\$ 8.800,00 (oito mil e oitocentos reais), bem como revelou-se proprietário do veleiro (valor estimado, pelo próprio réu, de oitenta mil euros) e de uma loja de venda de automóveis, fixo a pena de multa, em atenção aos critérios do art. 49 do Código Penal e aos critérios de aumento/diminuição aplicáveis à pena privativa de liberdade, em 1.000 (mil) dias-multa, fixando o valor do dia-multa em 1/2 (um meio) do salário mínimo, a ser atualizado, quando da execução, e paga no prazo de 10 (dez) dias, a partir do trânsito em julgado da sentença, ressalvadas as hipóteses do art. 50 do Código Penal.

O Tribunal de origem, no entanto, reduziu a sanção pecuniária para *800 dias-multa*, nos seguintes termos (fl. 701):

Define-se a pena privativa de liberdade, então, em 12 anos de reclusão (regime inicial fechado).

Ajusta-se a pena de multa - também em atenção à proporcionalidade quanto à (nova) pena privativa de liberdade - para 800 dias-multa (e não 1.000 dias-multa, como estipulado em sentença); mantendo-se o valor de cada um.

Veja-se, portanto, que a Corte regional, ao reduzir a reprimenda do acusado para 12 anos de reclusão, também diminuiu a sanção pecuniária e, a pretexto de guardar proporcionalidade com a nova pena privativa de liberdade, estabeleceu o *quantum* de 800 dias-multa.

Contudo, além de a quantidade de dias-multa não haver sido estabelecida de forma proporcional à pena privativa de liberdade (porque, se assim o fosse,

haveria sido fixada em 1.200 dias-multa), certo é que o Tribunal também deixou de considerar o fato de que a remuneração mensal do réu ultrapassa R\$ 8.000,00 (oito mil reais), conforme salientou o Juiz sentenciante (fl. 744).

Assim, à luz das peculiaridades do caso concreto e à vista da quantidade de pena privativa de liberdade definitivamente estipulada ao acusado, considero que a sanção pecuniária deveria ficar em, aproximadamente, 1.340 dias-multa.

No entanto, é possível *inferir* que o Ministério Público Federal pleiteia, em suas razões recursais, que seja restabelecida a quantidade de dias-multa fixada pelo Juiz sentenciante, de maneira que darei provimento ao recurso especial somente nesse extensão, *para, então, fixar ao acusado o pagamento de 1.000 dias-multa.*

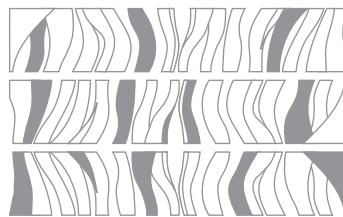
XII. Execução provisória da pena

Por fim, ante o esgotamento das instâncias ordinárias – como no caso –, de acordo com entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *ARE n. 964.246, sob a sistemática da repercussão geral, é possível a execução da pena depois da prolação de acórdão em segundo grau de jurisdição e antes do trânsito em julgado da condenação*, para garantir a efetividade do direito penal e dos bens jurídicos constitucionais por ele tutelados.

XIII. Dispositivo

À vista do exposto, *conheço em parte* do recurso especial interposto pela defesa e, nessa extensão, *nego-lhe provimento.*

Ainda, *dou parcial provimento* ao recurso especial interposto pelo Ministério Público Federal para fixar o aumento de 2/3 na terceira etapa da dosimetria, em razão da majorante relativa à transnacionalidade do delito (art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006), e, quanto à sanção pecuniária, restabelecer a quantidade de dias-multa fixada pelo Juiz sentenciante. Fica, assim, a reprimenda do acusado definitivamente estipulada em *13 anos e 4 meses de reclusão e pagamento de 1.000 dias-multa.*



Súmulas

SÚMULA N. 603 (CANCELADA)*

É vedado ao banco mutuante reter, em qualquer extensão, os salários, vencimentos e/ou proventos de correntista para adimplir o mútuo (comum) contraído, ainda que haja cláusula contratual autorizativa, excluído o empréstimo garantido por margem salarial consignável, com desconto em folha de pagamento, que possui regramento legal específico e admite a retenção de percentual.

Referência:

CPC/1973, art. 649, IV (revogado), atual CPC/2015, art. 833, IV.

Precedentes:

REsp	1.012.915-PR	(3ª T, 16.12.2008 – DJe 03.02.2009)
REsp	1.021.578-SP	(3ª T, 16.12.2008 – DJe 18.06.2009)
AgRg no REsp	1.214.519-PR	(3ª T, 16.06.2011 – DJe 28.06.2011)
AgRg no REsp	876.856-MG	(3ª T, 07.03.2013 – DJe 13.03.2013)
AgRg no AREsp	175.375-RJ	(3ª T, 06.08.2013 – DJe 22.08.2013)
REsp	492.777-RS	(4ª T, 05.06.2003 – DJ 1º.09.2003)
REsp	595.006-RS	(4ª T, 15.08.2006 – DJ 18.09.2006)
AgRg no REsp	975.464-SP	(4ª T, 26.04.2011 – DJe 02.05.2011)
EDcl no REsp	988.178-PB	(4ª T, 23.08.2011 – DJe 31.08.2011)
AgRg no REsp	1.108.935-RS	(4ª T, 04.09.2012 – DJe 26.09.2012)
AgRg nos		
EDcl no AREsp	429.476-RJ	(4ª T, 18.09.2014 – DJe 03.11.2014)
AgRg nos		
EDcl no AREsp	425.992-RJ	(4ª T, 03.02.2015 – DJe 10.02.2015)

Segunda Seção, em 22.2.2018

DJe 26.2.2018

(*) A Segunda Seção, na sessão de 22 de agosto de 2018, ao julgar o REsp 1.555.722-SP, determinou o CANCELAMENTO da Súmula n. 603-STJ.

DJe 27.8.2018

SÚMULA N. 617

A ausência de suspensão ou revogação do livramento condicional antes do término do período de prova enseja a extinção da punibilidade pelo integral cumprimento da pena.

Referências:

CP, art. 90.

LEP, arts. 145 e 146.

Precedentes:

RHC	54.612-SP	(5ª T, 24.11.2015 – DJe 1º.12.2015)
AgRg no HC	350.006-MS	(5ª T, 18.08.2016 – DJe 26.08.2016)
HC	370.004-SP	(5ª T, 02.02.2017 – DJe 10.02.2017)
HC	390.312-SP	(5ª T, 03.08.2017 – DJe 14.08.2017)
AgRg no HC	377.067-SP	(5ª T, 21.09.2017 – DJe 27.09.2017)
AgRg no HC	394.664-MG	(5ª T, 19.10.2017 – DJe 30.10.2017)
AgRg no HC	277.161-SP	(6ª T, 1º.10.2013 – DJe 10.10.2013)
HC	295.881-SP	(6ª T, 26.08.2014 – DJe 08.09.2014)
AgRg no HC	242.036-SP	(6ª T, 05.11.2015 – DJe 23.11.2015)
HC	333.900-SP	(6ª T, 16.02.2016 – DJe 25.02.2016)
AgRg no HC	372.575-PR	(6ª T, 06.06.2017 – DJe 13.06.2017)
AgRg no HC	398.496-SP	(6ª T, 22.08.2017 – DJe 31.08.2017)

Terceira Seção, em 26.9.2018

DJe 1º.10.2018



Índice Analítico

A

- Pn Absolvição - **Crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido** - Lei n. 10.826/2003, art. 14. HC n. 428.181 - RS. RSTJ 251/940.
- Cv **Ação cautelar de arresto** - Extinção do processo sem julgamento do mérito. REsp n. 1.698.730 - SP. RSTJ 251/567.
- PrCv **Ação civil pública** - Competência - Justiça Federal - Improbidade administrativa. AgInt no AREsp n. 981.381 - SP. RSTJ 251/191.
- PrCv **Ação civil pública** - Direito transindividual do consumidor - Legitimidade ativa *ad causam* - Ministério Público. EREsp n. 1.378.938 - SP. RSTJ 251/36.
- PrCv **Ação coletiva contra a Fazenda Pública** - Cumprimento de sentença - Honorários advocatícios - Súmula n. 345-STJ - Incidência. REsp n. 1.648.238 - RS. RSTJ 251/48.
- PrCv **Ação de rescisão contratual** - Juros de mora - Termo inicial - Sucumbência recíproca - Ocorrência. REsp n. 1.714.339 - BA. RSTJ 251/831.
- PrCv **Ação de resolução de contrato de prestação de serviços** - CPC/1973, art. 43 - Dissolução regular da pessoa jurídica - Superveniência. REsp n. 1.652.592 - SP. RSTJ 251/558.
- PrCv **Ação indenizatória** - Contestação - Intempestividade - CPC/1973, art. 70, III - Denúnciação à lide - Pressupostos - Ausência. REsp n. 1.637.369 - DF. RSTJ 251/523.

- PrPn **Ação penal** - Assistente da acusação - Habilitação. RMS n. 45.793 - SC. RSTJ 251/1018.
- PrPn Ação penal - Trancamento - Não cabimento - CP, art. 273, § 1º-B, I - **Crime contra a saúde pública** - Manter em depósito para distribuição e entrega a consumo produto sem registro no órgão de vigilância sanitária. RHC n. 93.978 - SC. RSTJ 251/1008.
- Cv Acessibilidade - Ausência - Dano moral - Configuração - Indenização - Redução - Não cabimento - Pessoa com deficiência usuária de cadeira de rodas motorizada - **Serviço de transporte público municipal** - Falha na prestação - Tratamento discriminatório pelos prepostos da concessionária. REsp n. 1.733.468 - MG. RSTJ 251/616.
- Pn Acesso aos depoimentos prestados pelo corréu - **Crime de tráfico de entorpecente**. RHC n. 72.673 - SC. RSTJ 251/949.
- PrPn Acórdão - Nulidade - Não ocorrência - **Embargos de declaração** - Omissão - Contradição - Ausência. HC n. 408.593 - SP. RSTJ 251/1034.
- Adm Acumulação de cargos - Não cabimento - CF/1988, art. 37, XVI - **Servidor público**. RMS n. 43.044 - DF. RSTJ 251/224.
- PrCv **Agravo em Recurso Extraordinário** - Erro grave - Princípio da fungibilidade - Não incidência. ARE no RE no AgInt nos EDcl no REsp n. 1.117.523 - SP. RSTJ 251/25.
- PrCv Apelação - Acórdão unânime - CPC/1973, art. 530 - Embargos de declaração - Rejeição por maioria de votos - **Embargos de divergência em recurso especial** - Provimento - Embargos infringentes - Cabimento. EREsp n. 1.290.283 - GO. RSTJ 251/403.
- PrCv Apreciação equitativa - Impossibilidade - CPC/2015, art. 85, § 2º - **Honorários advocatícios** - Limites percentuais - Observância. REsp n. 1.731.617 - SP. RSTJ 251/875.
- Adm **Área degradada** - Recuperação ambiental - Mineração de carvão - Responsabilidade solidária. REsp n. 1.722.488 - SC. RSTJ 251/394.
- PrPn Assistente da acusação - Habilitação - **Ação penal**. RMS n. 45.793 - SC. RSTJ 251/1018.
- Adm **Atividade de praticagem** - Intervenção do Estado na ordem econômica - Limites. AgInt no REsp n. 1.701.900 - RJ. RSTJ 251/291.
- Cv Atraso na entrega da mercadoria - Demora na restituição do valor pago pelo consumidor arrependido - **Compra e venda** - *Internet* - Multa - Previsão legal ou contratual - Ausência. REsp n. 1.412.993 - SP. RSTJ 251/663.
- Adm Auditor Fiscal do Estado de São Paulo - Colaboração premiada - Benefícios - Extensão ao processo administrativo disciplinar - Impossibilidade -

Demissão - Princípio da legalidade - **Processo administrativo disciplinar**. AgInt no RMS n. 48.925 - SP. RSTJ 251/209.

B

- Cv Bens adquiridos onerosamente - Casamento contraído sob causa suspensiva - CC/1916, art. 258, II - CC/2002, art. 1.641, II - Esforço comum - Comprovação - Necessidade - Partilha - Separação obrigatória de bens - **União estável**. EREsp n. 1.623.858 - MG. RSTJ 251/416.
- Pn Busca domiciliar - Autorização do morador - Constrangimento ilegal - Não ocorrência - **Crime de roubo**. HC n. 345.753 - RJ. RSTJ 251/930.

C

- Cv Casamento contraído sob causa suspensiva - Bens adquiridos onerosamente - CC/1916, art. 258, II - CC/2002, art. 1.641, II - Esforço comum - Comprovação - Necessidade - Partilha - Separação obrigatória de bens - **União estável**. EREsp n. 1.623.858 - MG. RSTJ 251/416.
- Cv CC/1916, art. 258, II - Bens adquiridos onerosamente - Casamento contraído sob causa suspensiva - CC/2002, art. 1.641, II - Esforço comum - Comprovação - Necessidade - Partilha - Separação obrigatória de bens - **União estável**. EREsp n. 1.623.858 - MG. RSTJ 251/416.
- Cv CC/2002, art. 1.641, II - Bens adquiridos onerosamente - Casamento contraído sob causa suspensiva - CC/1916, art. 258, II - Esforço comum - Comprovação - Necessidade - Partilha - Separação obrigatória de bens - **União estável**. EREsp n. 1.623.858 - MG. RSTJ 251/416.
- Adm CF/1988, art. 37, XVI - Acumulação de cargos - Não cabimento - **Servidor público**. RMS n. 43.044 - DF. RSTJ 251/224.
- PrPn Chacina da Messejana - **Crime de homicídio qualificado** - Denúncia - Inépcia - Não-ocorrência. RHC n. 83.944 - CE. RSTJ 251/955.
- Cv Citação válida - Parte ilegítima - **Prescrição**. REsp n. 1.527.157 - PR. RSTJ 251/466.
- Adm *City gates* - Lei n. 12.734/2012 - Eficácia retroativa - Inexistência - Municípios - Instalações de embarque e desembarque de gás natural - **Petróleo** - *Royalties*. REsp n. 1.452.798 - RJ. RSTJ 251/256.
- PrCv **Cofins** - Interpretação de cláusulas contratuais - Não cabimento - Reexame de provas - Impossibilidade. REsp n. 1.129.750 - SC. RSTJ 251/325.

- Cv Coisa julgada - Exceção de pré-executividade - **Execução de título extrajudicial** - Preclusão. AgInt no REsp n. 1.537.498 - AP. RSTJ 251/633.
- Adm Colaboração premiada - Benefícios - Extensão ao processo administrativo disciplinar - Impossibilidade - Auditor Fiscal do Estado de São Paulo - Demissão - Princípio da legalidade - **Processo administrativo disciplinar**. AgInt no RMS n. 48.925 - SP. RSTJ 251/209.
- PrCv Competência - Justiça Federal - **Ação civil pública** - Improbidade administrativa. AgInt no AREsp n. 981.381 - SP. RSTJ 251/191.
- Cv **Compra e venda** - *Internet* - Atraso na entrega da mercadoria - Demora na restituição do valor pago pelo consumidor arrependido - Multa - Previsão legal ou contratual - Ausência. REsp n. 1.412.993 - SP. RSTJ 251/663.
- Pn Constrangimento ilegal - Configuração - **Crime de concussão** - Excesso de prazo - Ocorrência - Medida cautelar de monitoramento eletrônico - Prisão preventiva - Substituição. HC n. 403.318 - MG. RSTJ 251/1029.
- Pn Constrangimento ilegal - Não ocorrência - Busca domiciliar - Autorização do morador - **Crime de roubo**. HC n. 345.753 - RJ. RSTJ 251/930.
- Cv Consumidor - Falecimento - Dano moral - Fabricante de cigarros - **Responsabilidade civil** - Não caracterização. REsp n. 1.322.964 - RS. RSTJ 251/443.
- PrCv Contestação - Intempestividade - **Ação indenizatória** - CPC/1973, art. 70, III - Denúnciação à lide - Pressupostos - Ausência. REsp n. 1.637.369 - DF. RSTJ 251/523.
- PrPn Cooperação jurídica internacional - Crime de evasão de divisas - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, arts. 13 e 17 - Lei n. 7.492/1986, art. 22 - **Operação Curaçao** - Operação Dólar-Cabo - Prova produzida no exterior - Compartilhamento. AgRg no REsp n. 1.660.712 - PR. RSTJ 251/885.
- Cv Corte administrativo do serviço - Critérios - **Energia elétrica** - Fornecimento - Medidor de consumo - Fraude. REsp n. 1.412.433 - RS. RSTJ 251/75.
- Pn CP, art. 90 - Extinção da punibilidade - Integral cumprimento da pena - LEP, arts. 145 e 146 - **Livramento condicional** - Suspensão - Revogação - Ausência - Período de prova - Término - Não ocorrência. Súmula n. 617-STJ. RSTJ 251/1150.
- PrPn CP, art. 273, § 1º-B, I - Ação penal - Trancamento - Não cabimento - **Crime contra a saúde pública** - Manter em depósito para distribuição e entrega a consumo produto sem registro no órgão de vigilância sanitária. RHC n. 93.978 - SC. RSTJ 251/1008.

- PrCv CPC/1973, art. 43 - **Ação de resolução de contrato de prestação de serviços** - Dissolução regular da pessoa jurídica - Superveniência. REsp n. 1.652.592 - SP. RSTJ 251/558.
- PrCv CPC/1973, art. 70, III - **Ação indenizatória** - Contestação - Intempestividade - Denúnciação à lide - Pressupostos - Ausência. REsp n. 1.637.369 - DF. RSTJ 251/523.
- PrCv CPC/1973, art. 530 - Apelação - Acórdão unânime - Embargos de declaração - Rejeição por maioria de votos - **Embargos de divergência em recurso especial** - Provimento - Embargos infringentes - Cabimento. EREsp n. 1.290.283 - GO. RSTJ 251/403.
- PrCv CPC/1973, art. 535 - Violação - Não ocorrência - **Omissão** - Não caracterização. AgRg no AREsp n. 100.038 - MG. RSTJ 251/221.
- Cv CPC/2015 - Lei n. 11.101/2005 - Prazos - Contagem - **Recuperação judicial**. REsp n. 1.699.528 - MG. RSTJ 251/803.
- PrCv CPC/2015, art. 85, § 2º - Apreciação equitativa - Impossibilidade - **Honorários advocatícios** - Limites percentuais - Observância. REsp n. 1.731.617 - SP. RSTJ 251/875.
- PrCv CPC/2015, arts. 133 a 137 - **Incidente de desconconsideração da personalidade jurídica** - Requisitos para instauração. REsp n. 1.729.554 - SP. RSTJ 251/861.
- Pn CPC/2015, art. 942 - Decisão não unânime favorável ao menor infrator - **Medida socioeducativa de liberdade assistida** - Extinção - Técnica de complementação de julgamento - Não cabimento. REsp n. 1.694.248 - RJ. RSTJ 251/1104.
- PrCv CPC/2015, art. 1.003, § 6º - Feriado local - Comprovação posterior - Impossibilidade - **Tempestividade recursal**. AgInt nos EAREsp n. 993.883 - RJ. RSTJ 251/30.
- PrPn **Crime contra a saúde pública** - Ação penal - Trancamento - Não cabimento - CP, art. 273, § 1º-B, I - Manter em depósito para distribuição e entrega a consumo produto sem registro no órgão de vigilância sanitária. RHC n. 93.978 - SC. RSTJ 251/1008.
- PrPn Crime de apropriação indébita previdenciária - Crime de sonegação de contribuição previdenciária - **Inquérito** - Arquivamento. Inq n. 1.107 - DF. RSTJ 251/44.
- Pn **Crime de concussão** - Constrangimento ilegal - Configuração - Excesso de prazo - Ocorrência - Medida cautelar de monitoramento eletrônico - Prisão preventiva - Substituição. HC n. 403.318 - MG. RSTJ 251/1029.

- PrPn Crime de evasão de divisas - Cooperação jurídica internacional - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, arts. 13 e 17 - Lei n. 7.492/1986, art. 22 - **Operação Curaçao** - Operação Dólar-Cabo - Prova produzida no exterior - Compartilhamento. AgRg no REsp n. 1.660.712 - PR. RSTJ 251/885.
- Pn **Crime de fraude à licitação** - Lei n. 8.666/1993, art. 90 - Prescrição da pretensão punitiva. REsp n. 1.623.985 - SP. RSTJ 251/1054.
- PrPn **Crime de homicídio qualificado** - Chacina da Messejana - Denúncia - Inépcia - Não-ocorrência. RHC n. 83.944 - CE. RSTJ 251/955.
- Pn **Crime de peculato** - Configuração - Disponibilidade jurídica do bem - Suficiência. REsp n. 1.695.736 - SP. RSTJ 251/1112.
- Pn **Crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido** - Absolvição - Lei n. 10.826/2003, art. 14. HC n. 428.181 - RS. RSTJ 251/940.
- Pn **Crime de roubo** - Busca domiciliar - Autorização do morador - Constrangimento ilegal - Não ocorrência. HC n. 345.753 - RJ. RSTJ 251/930.
- PrPn Crime de sonegação de contribuição previdenciária - Crime de apropriação indébita previdenciária - **Inquérito** - Arquivamento. Inq n. 1.107 - DF. RSTJ 251/44.
- Pn **Crime de tráfico de drogas** - Delito nas imediações de estabelecimento de ensino - Lei n. 11.343/2006, art. 40, III - Majorante - Incidência - Impossibilidade. REsp n. 1.673.201 - MG. RSTJ 251/1097.
- Pn **Crime de tráfico de entorpecente** - Acesso aos depoimentos prestados pelo corréu. RHC n. 72.673 - SC. RSTJ 251/949.
- PrPn **Crime licitatório** - Inquérito policial - Trancamento - Justa causa - Ausência. RHC n. 90.847 - PI. RSTJ 251/977.
- Pn **Crime transnacional de drogas** - Lei n. 11.343/2006, art. 40, I - Majorante - Pena - Aumento. REsp n. 1.710.252 - PE. RSTJ 251/1124.
- PrCv Cumprimento de sentença - **Ação coletiva contra a Fazenda Pública** - Honorários advocatícios - Súmula n. 345-STJ - Incidência. REsp n. 1.648.238 - RS. RSTJ 251/48.

D

- Cv Dano moral - Consumidor - Falecimento - Fabricante de cigarros - **Responsabilidade civil** - Não caracterização. REsp n. 1.322.964 - RS. RSTJ 251/443.

- Adm Dano moral - Hospital público - Paciente - Queda da maca - Falecimento - Indenização - **Responsabilidade civil do Estado**. AgInt no AREsp n. 1.063.319 - SP. RSTJ 251/196.
- Cv Dano moral - Configuração - Acessibilidade - Ausência - Indenização - Redução - Não cabimento - Pessoa com deficiência usuária de cadeira de rodas motorizada - **Serviço de transporte público municipal** - Falha na prestação - Tratamento discriminatório pelos prepostos da concessionária. REsp n. 1.733.468 - MG. RSTJ 251/616.
- Pn Decisão não unânime favorável ao menor infrator - CPC/2015, art. 942 - **Medida socioeducativa de liberdade assistida** - Extinção - Técnica de complementação de julgamento - Não cabimento. REsp n. 1.694.248 - RJ. RSTJ 251/1104.
- Adm Decreto-Lei n. 73/1966 - Mercado privado de seguros - **Poder fiscalizatório da Superintendência de Seguros Privados**. REsp n. 1.616.359 - RJ. RSTJ 251/350.
- PrCv Defesa - Prejuízo - Ausência - **Substabelecimento** - Erro material. REsp n. 1.602.170 - MT. RSTJ 251/717.
- Pn Delito nas imediações de estabelecimento de ensino - **Crime de tráfico de drogas** - Lei n. 11.343/2006, art. 40, III - Majorante - Incidência - Impossibilidade. REsp n. 1.673.201 - MG. RSTJ 251/1097.
- Adm Demissão - Auditor Fiscal do Estado de São Paulo - Colaboração premiada - Benefícios - Extensão ao processo administrativo disciplinar - Impossibilidade - Princípio da legalidade - **Processo administrativo disciplinar**. AgInt no RMS n. 48.925 - SP. RSTJ 251/209.
- PrPn Denúncia - Inépcia - Não-ocorrência - Chacina da Messejana - **Crime de homicídio qualificado**. RHC n. 83.944 - CE. RSTJ 251/955.
- PrCv Denúncia à lide - Pressupostos - Ausência - **Ação indenizatória** - Contestação - Intempestividade - CPC/1973, art. 70, III. REsp n. 1.637.369 - DF. RSTJ 251/523.
- Adm Direito à saúde - **Fornecimento de medicamentos não constantes dos atos normativos do SUS**. REsp n. 1.657.156 - RJ. RSTJ 251/118.
- PrCv Direito transindividual do consumidor - **Ação civil pública** - Legitimidade ativa *ad causam* - Ministério Público. EREsp n. 1.378.938 - SP. RSTJ 251/36.
- Pn Disponibilidade jurídica do bem - Suficiência - **Crime de peculato** - Configuração. REsp n. 1.695.736 - SP. RSTJ 251/1112.
- PrCv Dissolução regular da pessoa jurídica - Superveniência - **Ação de resolução de contrato de prestação de serviços** - CPC/1973, art. 43. REsp n. 1.652.592 - SP. RSTJ 251/558.

E

- Adm Editais de chamamento - Nulidade - Ausência - **Licitação** - Princípios da Administração Pública preservados - Programa Minha Casa Minha Vida. REsp n. 1.687.381 - DF. RSTJ 251/376.
- PrPn **Embargos de declaração** - Acórdão - Nulidade - Não ocorrência - Omissão - Contradição - Ausência. HC n. 408.593 - SP. RSTJ 251/1034.
- PrCv Embargos de declaração - Rejeição por maioria de votos - Apelação - Acórdão unânime - CPC/1973, art. 530 - **Embargos de divergência em recurso especial** - Provimento - Embargos infringentes - Cabimento. EREsp n. 1.290.283 - GO. RSTJ 251/403.
- PrCv **Embargos de divergência em recurso especial** - Provimento - Apelação - Acórdão unânime - CPC/1973, art. 530 - Embargos de declaração - Rejeição por maioria de votos - Embargos infringentes - Cabimento. EREsp n. 1.290.283 - GO. RSTJ 251/403.
- PrCv Embargos infringentes - Cabimento - Apelação - Acórdão unânime - CPC/1973, art. 530 - Embargos de declaração - Rejeição por maioria de votos - **Embargos de divergência em recurso especial** - Provimento. EREsp n. 1.290.283 - GO. RSTJ 251/403.
- Cv Energia elétrica - Comercialização - Negociação preliminar - Rompimento das tratativas - **Responsabilidade civil pré-contratual**. REsp n. 1.641.868 - SP. RSTJ 251/534.
- Cv **Energia elétrica** - Fornecimento - Corte administrativo do serviço - Critérios - Medidor de consumo - Fraude. REsp n. 1.412.433 - RS. RSTJ 251/75.
- Cv **Energia elétrica** - Interrupção de fornecimento - Indenização securitária - Juros moratórios - Termo inicial. REsp n. 1.539.689 - DF. RSTJ 251/490.
- PrCv Erro grave - **Agravo em Recurso Extraordinário** - Princípio da fungibilidade - Não incidência. ARE no RE no AgInt nos EDcl no REsp n. 1.117.523 - SP. RSTJ 251/25.
- Cv Esforço comum - Comprovação - Necessidade - Bens adquiridos onerosamente - Casamento contraído sob causa suspensiva - CC/1916, art. 258, II - CC/2002, art. 1.641, II - Partilha - Separação obrigatória de bens - **União estável**. EREsp n. 1.623.858 - MG. RSTJ 251/416.
- Adm Estágio probatório - Lei n. 6.745/1985(SC) - Licença à gestante - Regime jurídico próprio - **Servidora pública estadual**. RMS n. 48.388 - SC. RSTJ 251/236.
- Cv Exceção de pré-executividade - Coisa julgada - **Execução de título extrajudicial** - Preclusão. AgInt no REsp n. 1.537.498 - AP. RSTJ 251/633.

- Pn Excesso de prazo - Ocorrência - Constrangimento ilegal - Configuração - **Crime de concussão** - Medida cautelar de monitoramento eletrônico - Prisão preventiva - Substituição. HC n. 403.318 - MG. RSTJ 251/1029.
- Cv **Execução de título extrajudicial** - Coisa julgada - Exceção de pré-executividade - Preclusão. AgInt no REsp n. 1.537.498 - AP. RSTJ 251/633.
- PrPn **Execução penal** - Fiscalização deficiente - Falha do Poder Público - Interpretação extensiva *in bonam partem* - Pena - Remição - Trabalho artesanal. AgRg no REsp n. 1.720.785 - RO. RSTJ 251/924.
- Pn Extinção da punibilidade - Integral cumprimento da pena - CP, art. 90 - LEP, arts. 145 e 146 - **Livramento condicional** - Suspensão - Revogação - Ausência - Período de prova - Término - Não ocorrência. Súmula n. 617-STJ. RSTJ 251/1150.
- Cv Extinção do processo sem julgamento do mérito - **Ação cautelar de arresto**. REsp n. 1.698.730 - SP. RSTJ 251/567.

F

- Cv Fabricante de cigarros - Consumidor - Falecimento - Dano moral - **Responsabilidade civil** - Não caracterização. REsp n. 1.322.964 - RS. RSTJ 251/443.
- PrCv Feriado local - Comprovação posterior - Impossibilidade - CPC/2015, art. 1.003, § 6º - **Tempestividade recursal**. AgInt nos EAREsp n. 993.883 - RJ. RSTJ 251/30.
- PrPn Fiscalização deficiente - Falha do Poder Público - **Execução penal** - Interpretação extensiva *in bonam partem* - Pena - Remição - Trabalho artesanal. AgRg no REsp n. 1.720.785 - RO. RSTJ 251/924.
- Adm **Fornecimento de medicamentos não constantes dos atos normativos do SUS** - Direito à saúde. REsp n. 1.657.156 - RJ. RSTJ 251/118.
- PrCv Fundamento do acórdão recorrido - Impugnação específica - Ausência - Princípio da dialeticidade - Observância - Necessidade - **Recurso em mandado de segurança**. AgInt no RMS n. 42.040 - PR. RSTJ 251/303.

G

- PrPn Garantia da ordem pública - Medidas cautelares diversas da prisão - Impossibilidade - **Prisão preventiva**. RHC n. 93.090 - PR. RSTJ 251/992.

H

- PrCv Honorários advocatícios - **Ação coletiva contra a Fazenda Pública** - Cumprimento de sentença - Súmula n. 345-STJ - Incidência. REsp n. 1.648.238 - RS. RSTJ 251/48.
- PrCv **Honorários advocatícios** - Apreciação equitativa - Impossibilidade - CPC/2015, art. 85, § 2º - Limites percentuais - Observância. REsp n. 1.731.617 - SP. RSTJ 251/875.
- Adm Hospital público - Paciente - Queda da maca - Falecimento - Dano moral - Indenização - **Responsabilidade civil do Estado**. AgInt no AREsp n. 1.063.319 - SP. RSTJ 251/196.

I

- PrCv Improbidade administrativa - **Ação civil pública** - Competência - Justiça Federal. AgInt no AREsp n. 981.381 - SP. RSTJ 251/191.
- PrCv **Incidente de desconsideração da personalidade jurídica** - CPC/2015, arts. 133 a 137 - Requisitos para instauração. REsp n. 1.729.554 - SP. RSTJ 251/861.
- Adm Indenização - Dano moral - Hospital público - Paciente - Queda da maca - Falecimento - **Responsabilidade civil do Estado**. AgInt no AREsp n. 1.063.319 - SP. RSTJ 251/196.
- Cv Indenização - Redução - Não cabimento - Acessibilidade - Ausência - Dano moral - Configuração - Pessoa com deficiência usuária de cadeira de rodas motorizada - **Serviço de transporte público municipal** - Falha na prestação - Tratamento discriminatório pelos prepostos da concessionária. REsp n. 1.733.468 - MG. RSTJ 251/616.
- Cv Indenização securitária - **Energia elétrica** - Interrupção de fornecimento - Juros moratórios - Termo inicial. REsp n. 1.539.689 - DF. RSTJ 251/490.
- PrPn **Inquérito** - Arquivamento - Crime de apropriação indébita previdenciária - Crime de sonegação de contribuição previdenciária. Inq n. 1.107 - DF. RSTJ 251/44.
- PrPn Inquérito policial - Trancamento - **Crime licitatório** - Justa causa - Ausência. RHC n. 90.847 - PI. RSTJ 251/977.
- PrCv Interpretação de cláusulas contratuais - Não cabimento - **Cofins** - Reexame de provas - Impossibilidade. REsp n. 1.129.750 - SC. RSTJ 251/325.
- PrPn Interpretação extensiva *in bonam partem* - **Execução penal** - Fiscalização deficiente - Falha do Poder Público - Pena - Remição - Trabalho artesanal. AgRg no REsp n. 1.720.785 - RO. RSTJ 251/924.

Adm Intervenção do Estado na ordem econômica - Limites - **Atividade de praticagem**. AgInt no REsp n. 1.701.900 - RJ. RSTJ 251/291.

J

PrCv Juros de mora - Termo inicial - **Ação de rescisão contratual** - Sucumbência recíproca - Ocorrência. REsp n. 1.714.339 - BA. RSTJ 251/831.

Cv Juros moratórios - Termo inicial - **Energia elétrica** - Interrupção de fornecimento - Indenização securitária. REsp n. 1.539.689 - DF. RSTJ 251/490.

PrPn Justa causa - Ausência - **Crime licitatório** - Inquérito policial - Trancamento. RHC n. 90.847 - PI. RSTJ 251/977.

L

PrCv Legitimidade ativa *ad causam* - Ministério Público - **Ação civil pública** - Direito transindividual do consumidor. EREsp n. 1.378.938 - SP. RSTJ 251/36.

PrPn Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, arts. 13 e 17 - Cooperação jurídica internacional - Crime de evasão de divisas - Lei n. 7.492/1986, art. 22 - **Operação Curaçao** - Operação Dólar-Cabo - Prova produzida no exterior - Compartilhamento. AgRg no REsp n. 1.660.712 - PR. RSTJ 251/885.

Adm Lei n. 6.745/1985(SC) - Estágio probatório - Licença à gestante - Regime jurídico próprio - **Servidora pública estadual**. RMS n. 48.388 - SC. RSTJ 251/236.

PrPn Lei n. 7.492/1986, art. 22 - Cooperação jurídica internacional - Crime de evasão de divisas - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, arts. 13 e 17 - **Operação Curaçao** - Operação Dólar-Cabo - Prova produzida no exterior - Compartilhamento. AgRg no REsp n. 1.660.712 - PR. RSTJ 251/885.

Pn Lei n. 8.666/1993, art. 90 - **Crime de fraude à licitação** - Prescrição da pretensão punitiva. REsp n. 1.623.985 - SP. RSTJ 251/1054.

Cv Lei n. 9.279/1996, arts. 40, *caput*, e 229 - **Patente mailbox** - Prazo de vigência. REsp n. 1.721.711 - RJ. RSTJ 251/605.

Cv Lei n. 9.656/1998, art. 10, V - Medicamento - Registro na ANVISA - Ausência - **Plano de saúde** - Tratamento experimental - Fornecimento de medicamento - Não obrigatoriedade. REsp n. 1.628.854 - RJ. RSTJ 251/730.

- Pn Lei n. 10.826/2003, art. 14 - Absolvição - **Crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido**. HC n. 428.181 - RS. RSTJ 251/940.
- Cv Lei n. 11.101/2005 - CPC/2015 - Prazos - Contagem - **Recuperação judicial**. REsp n. 1.699.528 - MG. RSTJ 251/803.
- Pn Lei n. 11.343/2006, art. 40, I - **Crime transnacional de drogas** - Majorante - Pena - Aumento. REsp n. 1.710.252 - PE. RSTJ 251/1124.
- Pn Lei n. 11.343/2006, art. 40, III - **Crime de tráfico de drogas** - Delito nas imediações de estabelecimento de ensino - Majorante - Incidência - Impossibilidade. REsp n. 1.673.201 - MG. RSTJ 251/1097.
- Adm Lei n. 12.734/2012 - Eficácia retroativa - Inexistência - *City gates* - Municípios - Instalações de embarque e desembarque de gás natural - **Petróleo** - *Royalties*. REsp n. 1.452.798 - RJ. RSTJ 251/256.
- Pn LEP, arts. 145 e 146 - CP, art. 90 - Extinção da punibilidade - Integral cumprimento da pena - **Livramento condicional** - Suspensão - Revogação - Ausência - Período de prova - Término - Não ocorrência. Súmula n. 617-STJ. RSTJ 251/1150.
- Adm Licença à gestante - Estágio probatório - Lei n. 6.745/1985(SC) - Regime jurídico próprio - **Servidora pública estadual**. RMS n. 48.388 - SC. RSTJ 251/236.
- Adm **Licitação** - Editais de chamamento - Nulidade - Ausência - Princípios da Administração Pública preservados - Programa Minha Casa Minha Vida. REsp n. 1.687.381 - DF. RSTJ 251/376.
- PrCv Limites percentuais - Observância - Apreciação equitativa - Impossibilidade - CPC/2015, art. 85, § 2º - **Honorários advocatícios**. REsp n. 1.731.617 - SP. RSTJ 251/875.
- Pn **Livramento condicional** - Suspensão - Revogação - Ausência - CP, art. 90 - Extinção da punibilidade - Integral cumprimento da pena - LEP, arts. 145 e 146 - Período de prova - Término - Não ocorrência. Súmula n. 617-STJ. RSTJ 251/1150.

M

- Pn Majorante - **Crime transnacional de drogas** - Lei n. 11.343/2006, art. 40, I - Pena - Aumento. REsp n. 1.710.252 - PE. RSTJ 251/1124.
- Pn Majorante - Incidência - Impossibilidade - **Crime de tráfico de drogas** - Delito nas imediações de estabelecimento de ensino - Lei n. 11.343/2006, art. 40, III. REsp n. 1.673.201 - MG. RSTJ 251/1097.

- PrPn Manter em depósito para distribuição e entrega a consumo produto sem registro no órgão de vigilância sanitária - Ação penal - Trancamento - Não cabimento - CP, art. 273, § 1º-B, I - **Crime contra a saúde pública**. RHC n. 93.978 - SC. RSTJ 251/1008.
- Cv Medicamento - Registro na ANVISA - Ausência - Lei n. 9.656/1998, art. 10, V - **Plano de saúde** - Tratamento experimental - Fornecimento de medicamento - Não obrigatoriedade. REsp n. 1.628.854 - RJ. RSTJ 251/730.
- Pn Medida cautelar de monitoramento eletrônico - Constrangimento ilegal - Configuração - **Crime de concussão** - Excesso de prazo - Ocorrência - Prisão preventiva - Substituição. HC n. 403.318 - MG. RSTJ 251/1029.
- Pn **Medida socioeducativa de liberdade assistida** - Extinção - CPC/2015, art. 942 - Decisão não unânime favorável ao menor infrator - Técnica de complementação de julgamento - Não cabimento. REsp n. 1.694.248 - RJ. RSTJ 251/1104.
- PrPn Medidas cautelares diversas da prisão - Impossibilidade - Garantia da ordem pública - **Prisão preventiva**. RHC n. 93.090 - PR. RSTJ 251/992.
- Cv Medidor de consumo - Fraude - Corte administrativo do serviço - Critérios - **Energia elétrica** - Fornecimento. REsp n. 1.412.433 - RS. RSTJ 251/75.
- Adm Mercado privado de seguros - Decreto-Lei n. 73/1966 - **Poder fiscalizatório da Superintendência de Seguros Privados**. REsp n. 1.616.359 - RJ. RSTJ 251/350.
- Adm Mineração de carvão - **Área degradada** - Recuperação ambiental - Responsabilidade solidária. REsp n. 1.722.488 - SC. RSTJ 251/394.
- Cv Multa - Atraso na entrega da mercadoria - Demora na restituição do valor pago pelo consumidor arrependido - **Compra e venda** - *Internet* - Previsão legal ou contratual - Ausência. REsp n. 1.412.993 - SP. RSTJ 251/663.
- Adm Municípios - Instalações de embarque e desembarque de gás natural - *City gates* - Lei n. 12.734/2012 - Eficácia retroativa - Inexistência - **Petróleo** - *Royalties*. REsp n. 1.452.798 - RJ. RSTJ 251/256.

N

- Cv Negociação preliminar - Rompimento das tratativas - Energia elétrica - Comercialização - **Responsabilidade civil pré-contratual**. REsp n. 1.641.868 - SP. RSTJ 251/534.

O

- PrPn Omissão - Contradição - Ausência - Acórdão - Nulidade - Não ocorrência - **Embargos de declaração**. HC n. 408.593 - SP. RSTJ 251/1034.
- PrCv **Omissão** - Não caracterização - CPC/1973, art. 535 - Violação - Não ocorrência. AgRg no AREsp n. 100.038 - MG. RSTJ 251/221.
- PrPn **Operação Curaçao** - Cooperação jurídica internacional - Crime de evasão de divisas - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, arts. 13 e 17 - Lei n. 7.492/1986, art. 22 - Operação Dólar-Cabo - Prova produzida no exterior - Compartilhamento. AgRg no REsp n. 1.660.712 - PR. RSTJ 251/885.
- PrPn Operação Dólar-Cabo - Cooperação jurídica internacional - Crime de evasão de divisas - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, arts. 13 e 17 - Lei n. 7.492/1986, art. 22 - **Operação Curaçao** - Prova produzida no exterior - Compartilhamento. AgRg no REsp n. 1.660.712 - PR. RSTJ 251/885.

P

- Cv Parte ilegítima - Citação válida - **Prescrição**. REsp n. 1.527.157 - PR. RSTJ 251/466.
- Cv Partilha - Bens adquiridos onerosamente - Casamento contraído sob causa suspensiva - CC/1916, art. 258, II - CC/2002, art. 1.641, II - Esforço comum - Comprovação - Necessidade - Separação obrigatória de bens - **União estável**. EREsp n. 1.623.858 - MG. RSTJ 251/416.
- Cv Partilha de bem imóvel - Impossibilidade - Regime de separação de bens - Escritura pública - **União estável** - Dissolução. REsp n. 1.481.888 - SP. RSTJ 251/708.
- Cv **Patente mailbox** - Lei n. 9.279/1996, arts. 40, *caput*, e 229 - Prazo de vigência. REsp n. 1.721.711 - RJ. RSTJ 251/605.
- Pn Pena - Aumento - **Crime transnacional de drogas** - Lei n. 11.343/2006, art. 40, I - Majorante. REsp n. 1.710.252 - PE. RSTJ 251/1124.
- PrPn Pena - Remição - **Execução penal** - Fiscalização deficiente - Falha do Poder Público - Interpretação extensiva *in bonam partem* - Trabalho artesanal. AgRg no REsp n. 1.720.785 - RO. RSTJ 251/924.
- Pn Período de prova - Término - Não ocorrência - CP, art. 90 - Extinção da punibilidade - Integral cumprimento da pena - LEP, arts. 145 e 146 - **Livramento condicional** - Suspensão - Revogação - Ausência. Súmula n. 617-STJ. RSTJ 251/1150.

- Cv Pessoa com deficiência usuária de cadeira de rodas motorizada - Acessibilidade - Ausência - Dano moral - Configuração - Indenização - Redução - Não cabimento - **Serviço de transporte público municipal** - Falha na prestação - Tratamento discriminatório pelos prepostos da concessionária. REsp n. 1.733.468 - MG. RSTJ 251/616.
- Adm **Petróleo** - *Royalties* - *City gates* - Lei n. 12.734/2012 - Eficácia retroativa - Inexistência - Municípios - Instalações de embarque e desembarque de gás natural. REsp n. 1.452.798 - RJ. RSTJ 251/256.
- Cv **Plano de saúde** - Lei n. 9.656/1998, art. 10, V - Medicamento - Registro na ANVISA - Ausência - Tratamento experimental - Fornecimento de medicamento - Não obrigatoriedade. REsp n. 1.628.854 - RJ. RSTJ 251/730.
- Adm **Poder fiscalizatório da Superintendência de Seguros Privados** - Decreto-Lei n. 73/1966 - Mercado privado de seguros. REsp n. 1.616.359 - RJ. RSTJ 251/350.
- Cv Prazo de vigência - Lei n. 9.279/1996, arts. 40, *caput*, e 229 - **Patente mailbox**. REsp n. 1.721.711 - RJ. RSTJ 251/605.
- Cv Prazos - Contagem - CPC/2015 - Lei n. 11.101/2005 - **Recuperação judicial**. REsp n. 1.699.528 - MG. RSTJ 251/803.
- Cv Preclusão - Coisa julgada - Exceção de pré-executividade - **Execução de título extrajudicial**. AgInt no REsp n. 1.537.498 - AP. RSTJ 251/633.
- Cv **Prescrição** - Citação válida - Parte ilegítima. REsp n. 1.527.157 - PR. RSTJ 251/466.
- Pn Prescrição da pretensão punitiva - **Crime de fraude à licitação** - Lei n. 8.666/1993, art. 90. REsp n. 1.623.985 - SP. RSTJ 251/1054.
- Cv Previsão legal ou contratual - Ausência - Atraso na entrega da mercadoria - Demora na restituição do valor pago pelo consumidor arrependido - **Compra e venda** - *Internet* - Multa. REsp n. 1.412.993 - SP. RSTJ 251/663.
- PrCv Princípio da dialeticidade - Observância - Necessidade - Fundamento do acórdão recorrido - Impugnação específica - Ausência - **Recurso em mandado de segurança**. AgInt no RMS n. 42.040 - PR. RSTJ 251/303.
- PrCv Princípio da fungibilidade - Não incidência - **Agravo em Recurso Extraordinário** - Erro grave. ARE no RE no AgInt nos EDcl no REsp n. 1.117.523 - SP. RSTJ 251/25.
- Adm Princípio da legalidade - Auditor Fiscal do Estado de São Paulo - Colaboração premiada - Benefícios - Extensão ao processo administrativo disciplinar - Impossibilidade - Demissão - **Processo administrativo disciplinar**. AgInt no RMS n. 48.925 - SP. RSTJ 251/209.

- Adm Princípios da Administração Pública preservados - Editais de chamamento - Nulidade - Ausência - **Licitação** - Programa Minha Casa Minha Vida. REsp n. 1.687.381 - DF. RSTJ 251/376.
- PrPn **Prisão preventiva** - Garantia da ordem pública - Medidas cautelares diversas da prisão - Impossibilidade. RHC n. 93.090 - PR. RSTJ 251/992.
- Pn Prisão preventiva - Substituição - Constrangimento ilegal - Configuração - **Crime de concussão** - Excesso de prazo - Ocorrência - Medida cautelar de monitoramento eletrônico. HC n. 403.318 - MG. RSTJ 251/1029.
- PrCv **Procedimento executivo** - Sobrestamento - Não ocorrência. AgInt na ExeMS n. 23.200 - DF. RSTJ 251/67.
- Adm **Processo administrativo disciplinar** - Auditor Fiscal do Estado de São Paulo - Colaboração premiada - Benefícios - Extensão ao processo administrativo disciplinar - Impossibilidade - Demissão - Princípio da legalidade. AgInt no RMS n. 48.925 - SP. RSTJ 251/209.
- Adm Programa Minha Casa Minha Vida - Editais de chamamento - Nulidade - Ausência - **Licitação** - Princípios da Administração Pública preservados. REsp n. 1.687.381 - DF. RSTJ 251/376.
- PrPn Prova produzida no exterior - Compartilhamento - Cooperação jurídica internacional - Crime de evasão de divisas - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, arts. 13 e 17 - Lei n. 7.492/1986, art. 22 - **Operação Curação** - Operação Dólar-Cabo. AgRg no REsp n. 1.660.712 - PR. RSTJ 251/885.

R

- Cv **Recuperação judicial** - CPC/2015 - Lei n. 11.101/2005 - Prazos - Contagem. REsp n. 1.699.528 - MG. RSTJ 251/803.
- PrCv **Recurso em mandado de segurança** - Fundamento do acórdão recorrido - Impugnação específica - Ausência - Princípio da dialeticidade - Observância - Necessidade. AgInt no RMS n. 42.040 - PR. RSTJ 251/303.
- PrCv Reexame de provas - Impossibilidade - **Cofins** - Interpretação de cláusulas contratuais - Não cabimento. REsp n. 1.129.750 - SC. RSTJ 251/325.
- Cv Regime de separação de bens - Escritura pública - Partilha de bem imóvel - Impossibilidade - **União estável** - Dissolução. REsp n. 1.481.888 - SP. RSTJ 251/708.
- Adm Regime jurídico próprio - Estágio probatório - Lei n. 6.745/1985(SC) - Licença à gestante - **Servidora pública estadual**. RMS n. 48.388 - SC. RSTJ 251/236.

- PrCv Requisitos para instauração - CPC/2015, arts. 133 a 137 - **Incidente de desconsideração da personalidade jurídica**. REsp n. 1.729.554 - SP. RSTJ 251/861.
- Cv **Responsabilidade civil** - Não caracterização - Consumidor - Falecimento - Dano moral - Fabricante de cigarros. REsp n. 1.322.964 - RS. RSTJ 251/443.
- Adm **Responsabilidade civil do Estado** - Dano moral - Hospital público - Paciente - Queda da maca - Falecimento - Indenização. AgInt no AREsp n. 1.063.319 - SP. RSTJ 251/196.
- Cv **Responsabilidade civil pré-contratual** - Energia elétrica - Comercialização - Negociação preliminar - Rompimento das tratativas. REsp n. 1.641.868 - SP. RSTJ 251/534.
- Adm Responsabilidade solidária - **Área degradada** - Recuperação ambiental - Mineração de carvão. REsp n. 1.722.488 - SC. RSTJ 251/394.

S

- Cv Separação obrigatória de bens - Bens adquiridos onerosamente - Casamento contraído sob causa suspensiva - CC/1916, art. 258, II - CC/2002, art. 1.641, II - Esforço comum - Comprovação - Necessidade - Partilha - **União estável**. EREsp n. 1.623.858 - MG. RSTJ 251/416.
- Cv **Serviço de transporte público municipal** - Falha na prestação - Acessibilidade - Ausência - Dano moral - Configuração - Indenização - Redução - Não cabimento - Pessoa com deficiência usuária de cadeira de rodas motorizada - Tratamento discriminatório pelos prepostos da concessionária. REsp n. 1.733.468 - MG. RSTJ 251/616.
- Adm **Servidor público** - Acumulação de cargos - Não cabimento - CF/1988, art. 37, XVI. RMS n. 43.044 - DF. RSTJ 251/224.
- Adm **Servidora pública estadual** - Estágio probatório - Lei n. 6.745/1985(SC) - Licença à gestante - Regime jurídico próprio. RMS n. 48.388 - SC. RSTJ 251/236.
- PrCv **Substabelecimento** - Erro material - Defesa - Prejuízo - Ausência. REsp n. 1.602.170 - MT. RSTJ 251/717.
- PrCv Sucumbência recíproca - Ocorrência - **Ação de rescisão contratual** - Juros de mora - Termo inicial. REsp n. 1.714.339 - BA. RSTJ 251/831.
- PrCv Súmula n. 345-STJ - Incidência - **Ação coletiva contra a Fazenda Pública** - Cumprimento de sentença - Honorários advocatícios. REsp n. 1.648.238 - RS. RSTJ 251/48.

- Cv **Súmula n. 603-STJ** - Cancelada. RSTJ 251/1149.
- Pn Súmula n. 617-STJ - CP, art. 90 - Extinção da punibilidade - Integral cumprimento da pena - LEP, arts. 145 e 146 - **Livramento condicional** - Suspensão - Revogação - Ausência - Período de prova - Término - Não ocorrência. RSTJ 251/1150.

T

- Pn Técnica de complementação de julgamento - Não cabimento - CPC/2015, art. 942 - Decisão não unânime favorável ao menor infrator - **Medida socioeducativa de liberdade assistida** - Extinção. REsp n. 1.694.248 - RJ. RSTJ 251/1104.
- PrCv **Tempestividade recursal** - CPC/2015, art. 1.003, § 6º - Feriado local - Comprovação posterior - Impossibilidade. AgInt nos EAREsp n. 993.883 - RJ. RSTJ 251/30.
- PrPn Trabalho artesanal - **Execução penal** - Fiscalização deficiente - Falha do Poder Público - Interpretação extensiva *in bonam partem* - Pena - Remição. AgRg no REsp n. 1.720.785 - RO. RSTJ 251/924.
- Cv Tratamento discriminatório pelos prepostos da concessionária - Acessibilidade - Ausência - Dano moral - Configuração - Indenização - Redução - Não cabimento - Pessoa com deficiência usuária de cadeira de rodas motorizada - **Serviço de transporte público municipal** - Falha na prestação. REsp n. 1.733.468 - MG. RSTJ 251/616.
- Cv Tratamento experimental - Fornecimento de medicamento - Não obrigatoriedade - Lei n. 9.656/1998, art. 10, V - Medicamento - Registro na ANVISA - Ausência - **Plano de saúde**. REsp n. 1.628.854 - RJ. RSTJ 251/730.

U

- Cv **União estável** - Bens adquiridos onerosamente - Casamento contraído sob causa suspensiva - CC/1916, art. 258, II - CC/2002, art. 1.641, II - Esforço comum - Comprovação - Necessidade - Partilha - Separação obrigatória de bens. EREsp n. 1.623.858 - MG. RSTJ 251/416.
- Cv **União estável** - Dissolução - Partilha de bem imóvel - Impossibilidade - Regime de separação de bens - Escritura pública. REsp n. 1.481.888 - SP. RSTJ 251/708.



Índice Sistemático

AGRAVO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO NO AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL - ARE no RE no AgInt nos EDcl no REsp

1.117.523-SP..... Rel. Min. Humberto Martins.....RSTJ 251/25.

AGRAVO INTERNO NA EXECUÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA - AgInt na ExeMS

23.200-DF..... Rel. Min. Presidente da Primeira SeçãoRSTJ 251/67.

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AgInt no AREsp

981.381-SP..... Rel. Min. Napoleão Nunes Maia FilhoRSTJ 251/191.

1.063.319-SP..... Rel. Min. Regina Helena CostaRSTJ 251/196.

AGRAVO INTERNO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA - AgInt no RMS

42.040-PR..... Rel. Min. Assusete MagalhãesRSTJ 251/303.

48.925-SP..... Rel. Min. Regina Helena CostaRSTJ 251/209.

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL - AgInt no REsp

1.537.498-AP..... Rel. Min. Marco Buzzi.....RSTJ 251/633.

1.701.900-RJ..... Rel. Min. Og Fernandes.....RSTJ 251/291.

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AgInt nos EAREsp

993.883-RJ Rel. Min. Humberto Martins.....RSTJ 251/30.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AgRg no AREsp

100.038-MG Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho RSTJ 251/221.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - AgRg no REsp

1.660.712-PR Rel. Min. Felix Fischer RSTJ 251/885.

1.720.785-RO Rel. Min. Ribeiro Dantas RSTJ 251/924.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL - EREsp

1.290.283-GO Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze RSTJ 251/403.

1.378.938-SP Rel. Min. Benedito Gonçalves RSTJ 251/36.

1.623.858-MG Rel. Min. Lázaro Guimarães
(Desembargador convocado do TRF 5ª Região) ... RSTJ 251/416.

HABEAS CORPUS - HC

345.753-RJ Rel. Min. Joel Ilan Paciornik RSTJ 251/930.

403.318-MG Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro RSTJ 251/1029.

408.593-SP Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro RSTJ 251/1034.

428.181-RS Rel. Min. Ribeiro Dantas RSTJ 251/940.

INQUÉRITO - Inq

1.107-DF Rel. Min. Francisco Falcão RSTJ 251/44.

RECURSO EM HABEAS CORPUS - RHC

72.673-SC Rel. Min. Jorge Mussi RSTJ 251/949.

83.944-CE Rel. Min. Joel Ilan Paciornik RSTJ 251/955.

90.847-PI Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca RSTJ 251/977.

93.090-PR Rel. Min. Felix Fischer RSTJ 251/992.

93.978-SC Rel. Min. Jorge Mussi RSTJ 251/1008.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA - RMS

43.044-DF Rel. Min. Sérgio Kukina RSTJ 251/224.

45.793-SC Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca RSTJ 251/1018.

48.388-SC Rel. Min. Sérgio Kukina RSTJ 251/236.

RECURSO ESPECIAL - REsp

1.129.750-SC Rel. Min. Assusete Magalhães RSTJ 251/325.

1.322.964-RS Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva RSTJ 251/443.

1.412.433-RS Rel. Min. Herman Benjamin RSTJ 251/75.

1.412.993-SP.....	Rel. Min. Maria Isabel Gallotti.....	RSTJ 251/663.
1.452.798-RJ.....	Rel. Min. Gurgel de Faria.....	RSTJ 251/256.
1.481.888-SP.....	Rel. Min. Marco Buzzi.....	RSTJ 251/708.
1.527.157-PR.....	Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino.....	RSTJ 251/466.
1.539.689-DF.....	Rel. Min. Moura Ribeiro.....	RSTJ 251/490.
1.602.170-MT.....	Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira.....	RSTJ 251/717.
1.616.359-RJ.....	Rel. Min. Og Fernandes.....	RSTJ 251/350.
1.623.985-SP.....	Rel. Min. Nefi Cordeiro.....	RSTJ 251/1054.
1.628.854-RJ.....	Rel. Min. Maria Isabel Gallotti.....	RSTJ 251/730.
1.637.369-DF.....	Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva.....	RSTJ 251/523.
1.641.868-SP.....	Rel. Min. Moura Ribeiro.....	RSTJ 251/534.
1.648.238-RS.....	Rel. Min. Gurgel de Faria.....	RSTJ 251/48.
1.652.592-SP.....	Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino.....	RSTJ 251/558.
1.657.156-RJ.....	Rel. Min. Benedito Gonçalves.....	RSTJ 251/118.
1.673.201-MG.....	Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz.....	RSTJ 251/1097.
1.687.381-DF.....	Rel. Min. Francisco Falcão.....	RSTJ 251/376.
1.694.248-RJ.....	Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura.....	RSTJ 251/1104.
1.695.736-SP.....	Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura.....	RSTJ 251/1112.
1.698.730-SP.....	Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze.....	RSTJ 251/567.
1.699.528-MG.....	Rel. Min. Luis Felipe Salomão.....	RSTJ 251/803.
1.710.252-PE.....	Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz.....	RSTJ 251/1124.
1.714.339-BA.....	Rel. Min. Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região) ...	RSTJ 251/831.
1.721.711-RJ.....	Rel. Min. Nancy Andrichi.....	RSTJ 251/605.
1.722.488-SC.....	Rel. Min. Mauro Campbell Marques.....	RSTJ 251/394.
1.729.554-SP.....	Rel. Min. Luis Felipe Salomão.....	RSTJ 251/861.
1.731.617-SP.....	Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira.....	RSTJ 251/875.
1.733.468-MG.....	Rel. Min. Nancy Andrichi.....	RSTJ 251/616.

SÚMULAS

603 (Cancelada).....	RSTJ 251/1149.
617.....	RSTJ 251/1150.



Siglas e Abreviaturas

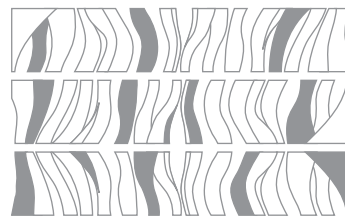
AC	Apelação Cível
Adm	Administrativo
Ag	Agravo de Instrumento
AgRg	Agravo Regimental
AI	Argüição de Inconstitucionalidade
ANA	Agência Nacional de Águas
Anatel	Agência Nacional de Telecomunicações
Aneel	Agência Nacional de Energia Elétrica
APn	Ação Penal
AR	Ação Rescisória
CAt	Conflito de Atribuições
CC	Código Civil
CC	Conflito de Competência
CCm	Código Comercial
Cm	Comercial
CNE	Conselho Nacional de Educação
Com	Comunicação
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CDC	Código de Proteção e Defesa do Consumidor
CPP	Código de Processo Penal
CR	Carta Rogatória
CRI	Carta Rogatória Impugnada
Ct	Constitucional
CTB	Código de Trânsito Brasileiro
CTN	Código Tributário Nacional
Cv	Civil
D	Decreto
DL	Decreto-Lei

DNAEE	Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica
E	Ementário da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça
EAC	Embargos Infringentes em Apelação Cível
EAR	Embargos Infringentes em Ação Rescisória
EAg	Embargos de Divergência no Agravo
EC	Emenda Constitucional
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
EDcl	Embargos de Declaração
EJSTJ	Ementário da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça
EI	Eleitoral
EREsp	Embargos de Divergência em Recurso Especial
ERMS	Embargos Infringentes no Recurso em Mandado de Segurança
ExImp	Exceção de Impedimento
ExSusp	Exceção de Suspeição
ExVerd	Exceção da Verdade
ExecAR	Execução em Ação Rescisória
ExecMC	Execução em Medida Cautelar
ExecMS	Execução em Mandado de Segurança
HC	<i>Habeas Corpus</i>
HD	<i>Habeas Data</i>
HSE	Homologação de Sentença Estrangeira
IDC	Incidente de Deslocamento de Competência
IExec	Incidente de Execução
IF	Intervenção Federal
IJ	Interpelação Judicial
Inq	Inquérito
IPVA	Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores

IUJ	Incidente de Uniformização de Jurisprudência
LC	Lei Complementar
LCP	Lei das Contravenções Penais
Loman	Lei Orgânica da Magistratura
LONMP	Lei Orgânica Nacional do Ministério Público
MC	Medida Cautelar
MC	Ministério das Comunicações
MI	Mandado de Injunção
MS	Mandado de Segurança
NC	Notícia-Crime
PA	Processo Administrativo
Pet	Petição
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

SIGLAS E ABREVIATURAS

RSTJ	Revista do Superior Tribunal de Justiça
RvCr	Revisão Criminal
S	Súmula
SAF	Secretaria de Administração Federal
Sd	Sindicância
SEC	Sentença Estrangeira Contestada
SF	Senado Federal
SL	Suspensão de Liminar
SLS	Suspensão de Liminar e de Sentença
SS	Suspensão de Segurança
STA	Suspensão de Tutela Antecipada
Tr	Trabalho
Trbt	Tributário



**Repositórios Autorizados e Credenciados pelo
Superior Tribunal de Justiça**

REPOSITÓRIOS AUTORIZADOS E CREDENCIADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

01. Lex - Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - editada pela Lex Editora S.A. - Portaria n. 1 de 19.08.1985 - DJ 21.08.1985 - **Registro revalidado** - Edital de 20.10.1989 - DJ 24.10.1989 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 11.12.2012 - DJe 13.12.2012.

02. Revista de Direito Administrativo - editada pela Editora Renovar Ltda. - Portaria n. 2 de 19.08.1985 - DJ 21.08.1985 - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 05.09.2007 - DJ 19.09.2007.

03. Revista LTr - Legislação do Trabalho - editada pela LTr Editora Ltda. - Portaria n. 5 de 26.08.1985 - DJ 28.08.1985 - **Registro revalidado** - Edital de 20.10.1989 - DJ 24.10.1989 - **Registro alterado** - Portaria n. 5 de 22.11.2011 - DJe de 23.11.2011.

04. Jurisprudência Brasileira Cível e Comércio - editada pela Juruá Editora Ltda. - Portaria n. 6 de 09.09.1985 - DJ 12.09.1985 - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 09.02.2006 - DJ 15.02.2006.

05. Julgados dos Tribunais Superiores - editada pela Editora Jurid Vellenich Ltda. - Portaria n. 7 de 06.11.1987 - DJ 10.11.1987 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 06.03.2001 - DJ 09.03.2001.

06. Revista de Doutrina e Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios - Portaria n. 1 de 29.11.1989 - DJ 1º.12.1989 - **Registro alterado/retificado** - Portaria n. 3 de 19.06.2002 - DJ de 25.06.2002.

07. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - Portaria n. 1 de 08.02.1990 - DJ 12.02.1990 - **Registro alterado** - Portaria n. 3 de 19.03.2010 - DJe 22.03.2010.

08. Revista Jurídica Mineira - Portaria n. 3 de 02.04.1990 - DJ 04.04.1990 - **Registro cancelado** - Portaria n. 4 de 13.05.1999 - DJ 04.06.1999.

09. Revista Jurídica - de responsabilidade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. (anteriormente editada pela Notadez Informações Ltda.) - Portaria n. 4 de 02.04.1990 - DJ 04.04.1990.

10. Julgados do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul - Portaria n. 5 de 02.05.1990 - DJ 09.05.1990 - **Registro cancelado** - Portaria n. 8 de 16.11.2000 - DJ 24.11.2000.

11. Revista de Processo - editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda. - Portaria n. 6 de 31.05.1990 - DJ 06.06.1990.

12. Revista de Direito Civil - editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda. - Portaria n. 7 de 31.05.1990 - DJ 06.06.1990 - **Registro cancelado** - Portaria n. 4 de 06.06.2000 - DJ 09.06.2000.

13. Revista dos Tribunais - editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda. - Portaria n. 8 de 31.05.1990 - DJ 06.06.1990.

14. Revista de Direito Público - editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda. - Portaria n. 9 de 31.05.1990 - DJ 06.06.1990 - **Registro cancelado** - Portaria n. 5 de 11.06.2001 - DJ 19.06.2001.

15. Revista Ciência Jurídica - editada pela Editora Ciência Jurídica Ltda. - Portaria n. 10 de 21.08.1990 - DJ 24.08.1990 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 04.07.2003 - DJ 14.07.2003.

16. Revista Jurisprudência Mineira - editada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - Portaria n. 12 de 10.09.1990 - DJ 12.09.1990 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2, de 12.04.2018 - DJe 13.04.2018.

17. Revista de Julgados do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais - Portaria n. 13 de 17.12.1990 - DJ 19.12.1990 - **Registro cancelado** - Portaria n. 10 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.

18. Jurisprudência Catarinense - editada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina - Portaria n. 1 de 22.05.1991 - DJ 27.05.1991.

19. Revista SÍNTESE Trabalhista e Previdenciária - editada pela IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 3 de 16.09.1991 - DJ 20.09.1991 - **Registro retificado** - Portaria n. 9 de 22.11.2006 - DJ 11.12.2006 - **Registro retificado e ratificado** - Portaria n. 8 de 25.10.2010 - DJe 28.10.2010.

20. Lex - Jurisprudência dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo - editada pela Lex Editora S.A. - Portaria n. 1 de 10.03.1992 - DJ 13.03.1992 - **Registro cancelado** - Portaria n. 6 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.

21. Jurisprudência do Tribunal de Justiça - editada pela Lex Editora S.A. - Portaria n. 2 de 10.03.1992 - DJ 13.03.1992 - **Registro retificado** - Portaria n. 9 de 16.11.2000 - DJ 24.11.2000 - **Registro cancelado** - Portaria n. 4 de 29.10.2013 - DJe de 05.11.2013.

22. Lex - Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - editada pela Lex Editora S.A. - Portaria n. 3 de 10.03.1992 - DJ 13.03.1992 - **Registro cancelado** - Portaria n. 3 de 11.12.2012 - DJe 13.12.2012.

23. Revista de Previdência Social - editada pela LTr Editora Ltda. - Portaria n. 4 de 20.04.1992 - DJ 24.04.1992.

24. Revista Forense - editada pela Editora Forense - Portaria n. 5 de 22.06.1992 - DJ 06.07.1992 - **Registro cancelado** - Portaria n. 8 de 22.11.2011 - DJe de 23.11.2011.
25. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados - editada pela Editora 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. 2 de 28.06.2013 - DJe 1º.07.2013.
32. Revista de Julgados e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo - Portaria n. 1 de 18.12.1995 - DJ 20.12.1995 - **Registro cancelado** - Portaria n. 5 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.
33. Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região - editada pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região - Portaria n. 1 de 11.04.1996 - DJ 22.04.1996 - **Registro cancelado** - Portaria n. 6 de 18.06.2010 - DJe 22.06.2010.
34. Lex - Jurisprudência do Tribunal Federal de Recursos - editada pela Lex Editora S.A. - Portaria n. 2 de 29.04.1996 - DJ 02.05.1996 - **Registro cancelado** - Portaria n. 11 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.
35. Revista de Direito Renovar - editada pela Editora Renovar Ltda. - Portaria n. 3 de 12.08.1996 - DJ 15.08.1996. - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 1º.06.2017 - DJe 07.06.2017.
36. Revista Dialética de Direito Tributário - editada pela Editora Oliveira Rocha Comércio e Serviços Ltda. - Portaria n. 1 de 16.06.1997 - DJ 23.06.1997 - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 20.04.2016 - DJe 03.05.2016.

37. Revista do Ministério Público - Portaria n. 1 de 26.10.1998 - DJ 05.11.1998 - **Registro retificado** - Portaria n. 9 de 14.06.1999 - DJ 22.06.1999.
38. Revista Jurídica Consulex - editada pela Editora Consulex Ltda. - Portaria n. 1 de 04.02.1999 - DJ 23.02.1999 - Republicada em 25.02.1999 - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 06.03.2001 - DJ 09.03.2001.
39. Genesis - Revista de Direito Processual Civil - editada pela Genesis Editora - Portaria n. 2 de 12.04.1999 - DJ 15.04.1999 - **Registro cancelado** - Portaria n. 3 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.
40. Jurisprudência Brasileira Criminal - editada pela Juruá Editora Ltda. - Portaria n. 6 de 14.06.1999 - DJ 22.06.1999 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 09.02.2006 - DJ 15.02.2006.
41. Jurisprudência Brasileira Trabalhista - editada pela Juruá Editora Ltda. - Portaria n. 7 de 14.06.1999 - DJ 22.06.1999 - **Registro cancelado** - Portaria n. 3 de 09.02.2006 - DJ 15.02.2006.
42. Revista de Estudos Tributários - editada pela marca SÍNTESE, de responsabilidade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 8 de 14.06.1999 - DJ 22.06.1999.
43. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - editada pela Editora Brasília Jurídica Ltda. - Portaria n. 10 de 29.06.1999 - DJ 05.07.1999 - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 23.08.2004 - DJ 26.08.2004.
44. Revista Interesse Público - editada pela Editora Fórum Ltda. - Portaria n. 1 de 14.03.2000 - DJ 21.03.2000.
45. Revista SÍNTESE Direito Civil e Processual Civil - editada pela IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 2 de 14.03.2000 - DJ 21.03.2000 - **Registro retificado** - Portaria n. 9 de 22.11.2006 - DJ 11.12.2006 - **Registro retificado e ratificado** - Portaria n. 8 de 25.10.2010 - DJe 28.10.2010.
46. Revista SÍNTESE Direito de Família - editada pela IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 3 de 29.03.2000 - DJ 03.04.2000 - **Registro retificado** - Portaria n. 2 de 14.09.2009 - DJe 15.09.2009 - **Registro retificado e ratificado** - Portaria n. 8 de 25.10.2010 - DJe 28.10.2010.
47. Revista ADCOAS Previdenciária - editada pela Editora Esplanada Ltda. - ADCOAS - Portaria n. 5 de 21.06.2000 - DJ 27.06.2000 - **Registro cancelado** - Portaria n. 8 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.
48. Revista ADCOAS Trabalhista - editada pela Editora Esplanada Ltda. - ADCOAS - Portaria n. 6 de 21.06.2000 - DJ 27.06.2000 - **Registro cancelado** - Portaria n. 7 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.

49. Revista de Jurisprudência ADCOAS - editada pela Editora Esplanada Ltda. - ADCOAS - Portaria n. 7 de 21.06.2000 - DJ 27.06.2000 - **Registro cancelado** - Portaria n. 9 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.

50. Revista SÍNTESE Direito Penal e Processual Penal - editada pela IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 4 de 06.03.2001 - DJ 09.03.2001 - **Registro retificado** - Portaria n. 9 de 22.11.2006 - DJ 11.12.2006 - **Registro retificado e ratificado** - Portaria n. 8 de 25.10.2010 - DJe 28.10.2010.

51. Revista Tributária e de Finanças Públicas - editada pela Editora Revista dos Tribunais - Portaria n. 6 de 11.06.2001 - DJ 19.06.2001 - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 21.03.2018 - DJe 22.03.2018.

52. Revista Nacional de Direito e Jurisprudência - editada pela Nacional de Direito Livraria Editora Ltda. - Portaria n. 1 de 08.04.2002 - DJ 02.05.2002 - Republicada em 19.04.2002 - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 31.07.2009 - DJe 05.08.2009.

53. Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região - editada pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região - Portaria n. 2 de 23.04.2002 - DJ 02.05.2002 - **Registro cancelado** - Portaria n. 5 de 09.04.2010 - DJe 18.04.2010.

54. Revista Dialética de Direito Processual - editada pela Editora Oliveira Rocha Comércio e Serviços Ltda. - Portaria n. 1 de 30.06.2003 - DJ 07.07.2003 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 20.04.2016 - DJe 03.05.2016.

55. Revista Juris Plenum - editada pela Editora Plenum Ltda. - Portaria n. 1 de 23.05.2005 - DJ 30.05.2005 - **Registro alterado** - Portaria n. 5 de 28.11.2013 - DJe 29.11.2013.

56. Revista Bonijuris - versão impressa - co-editada pelo Instituto de Pesquisas Jurídicas Bonijuris, Associação dos Magistrados do Paraná (Amapar), Associação dos Magistrados Catarinense (AMC) e Associação dos Magistrados do Trabalho IX e XII (Amatra) - Portaria n. 2 de 18.10.2005 - DJ 27.10.2005.

57. Revista Juris Plenum Trabalhista e Previdenciária - editada pela Editora Plenum Ltda. - Portaria n. 3 de 16.12.2005 - DJ 08.02.2006 - **Registro cancelado** - Portaria n. 9 de 12.12.2011 - DJe 14.12.2011.

58. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal - editada pela Editora Magister Ltda. - Portaria n. 4 de 02.08.2006 - DJ 09.08.2006.

59. CD-ROM - Jur Magister - editado pela Editora Magister Ltda. - Portaria n. 5 de 09.08.2006 - DJ 15.08.2006 - **Registro cancelado** - Portaria n. 6 de 11.12.2013 - DJe 12.12.2013.

60. DVD - Magister - editado pela Editora Magister Ltda. - Portaria n. 6 de 09.08.2006 - DJ 15.08.2006.

61. Revista Previdenciária e Trabalhista Gazetajuris - editada pela Editora Portal Jurídico Ltda. - Portaria n. 7 de 09.08.2006 - DJ 15.08.2006 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.
62. CD-ROM - Gazetajuris - editado pela Editora Portal Jurídico Ltda. - Portaria n. 8 de 02.10.2006 - DJ 04.10.2006 - **Registro cancelado** - Portaria n. 6 de 12.11.2008 - DJe 17.11.2008.
63. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil - editada pela Editora Magister Ltda. - Portaria n. 1 de 1º.02.2008 - DJ 11.02.2008.
64. Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas - editada pela Editora Magister Ltda. - Portaria n. 2 de 1º.02.2008 - DJ 11.02.2008.
65. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões - editada pela Editora Magister Ltda. - Portaria n. 4 de 10.10.2008 - DJe 15.10.2008 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 27.11.2014 - DJe 03.12.2014.
66. Revista de Direito Tributário da Associação Paulista de Estudos Tributários - editada pela MP Editora Ltda. - Portaria n. 5 de 30.10.2008 - DJe 07.11.2008. **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 1º.09.2017 - DJe 04.09.2017.
67. Portal da Rede Mundial de Computadores “editoramagister.com” - editado pela Editora Magister Ltda. - Portaria n. 7 de 15.12.2008 - DJe 17.12.2008.
68. “Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul” (versão eletrônica) - Portal da Rede Mundial de Computadores - endereço eletrônico: https://www.tjrs.jus.br/site/publicacoes/revista_da_jurisprudencia/ - editada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Grande do Sul - Portaria n. 1 de 19.02.2010 - DJe 24.02.2010 - **Registro retificado e ratificado** - Portaria n. 4 de 19.03.2010 - DJe 22.03.2010.
69. Portal da Rede Mundial de Computadores - “jurisprudência-online” - editada pela Associação dos Advogados de São Paulo - Portaria n. 2 de 19.02.2010 - DJe 24.02.2010.
70. Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (versão eletrônica) - Portal da Rede Mundial de Computadores - endereço eletrônico: https://www.trf5.jus.br/revista_jurisprudencia/ - editado pelo Tribunal Federal Regional da 5ª Região - Portaria n. 5 de 09.04.2010 - DJe 13.04.2010.
71. DVD ROM Datadez - de responsabilidade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. (anteriormente editado pela Notadez Informações Ltda.) - Portaria n. 7 de 10.09.2010 - DJe 14.09.2010 - **Registro cancelado** - Portaria n. 6 de 22.11.2011 - DJe 23.11.2011.

72. Portal da Rede Mundial de Computadores - “Plenum On-line” - endereço “www.plenum.com.br” - editado pela Plenum Editora Ltda. - Portaria n. 1 de 31.01.2011 - DJe 02.02.2011.

73. DVD-ROM - Juris Síntese DVD - editado pela marca “Síntese”, de propriedade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 2 de 31.01.2011 - DJe 02.02.2011.

74. Portal da Rede Mundial de Computadores - “JURIS SÍNTESE ONLINE” - endereço eletrônico: <https://online.sintese.com/> - produto digital da marca Síntese, de propriedade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 3 de 29.04.2011 - DJe 03.05.2011.

75. Portal da Rede Mundial de Computadores - “SINTESENET” - endereço eletrônico: <https://online.sintese.com/> - produto digital da marca Síntese, de propriedade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 4 de 29.04.2011 - DJe 03.05.2011.

76. DVD-ROM Juris Plenum Ouro - de responsabilidade da Editora Plenum Ltda. - Portaria n. 7 de 22.11.2011 - DJe 23.11.2011.

77. CD-ROM “JURID - Biblioteca Jurídica Digital”, versão “Jurid Premium” - de propriedade da JURID Publicações Eletrônicas Ltda. - Portaria n. 1 de 07.05.2012 - DJe 09.05.2012 - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 19.11.2014 - DJe 19.11.2014.

78. Portal da Rede Mundial de Computadores - endereço eletrônico: <https://coad.com.br/juridico> - produto “COAD/ADV/CT - Advocacia Dinâmica e Consultoria Trabalhista”, de propriedade da Atualização Profissional COAD Ltda. - Portaria n. 1 de 28.02.2013 - DJe 04.03.2013 - **Registro cancelado** - Portaria n. 3 de 03.10.2013 - DJe de 07.10.2013.

79. Revista “Jurisprudência Catarinense” (versão eletrônica) - Portal da Rede Mundial de Computadores - endereço eletrônico: <https://busca.tjsc.jus.br/revistajc/> - editada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina - Portaria n. 1 de 06.04.2015 - DJe 08.04.2015.

80. Página em Portal da Rede Mundial de Computadores - de propriedade do Instituto Brasileiro de Direito de Família - endereço eletrônico: <https://www.ibdfam.org.br> - Portaria n. 3 de 27.09.2016 - DJe 04.10.2016.

81. Revista Bahia Forense - Editada pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia - Portaria n. 3 de 13.09.2017 - DJe 14.09.2017.

82. Página em Portal da Rede Mundial de Computadores - Revista Jurisprudência Mineira - editada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (versão eletrônica) - endereço eletrônico: <https://revistajurisprudencia.tjmg.jus.br> - Portaria n. 2 de 12.04.2018 - DJe 13.04.2018.



Projeto gráfico

Coordenadoria de Multimeios - STJ

Editoração

Gabinete do Ministro Diretor da Revista - STJ

Impressão

Capa: Gráfica do Conselho da Justiça Federal - CJF

Miolo: Seção de Reprografia e Encadernação - STJ