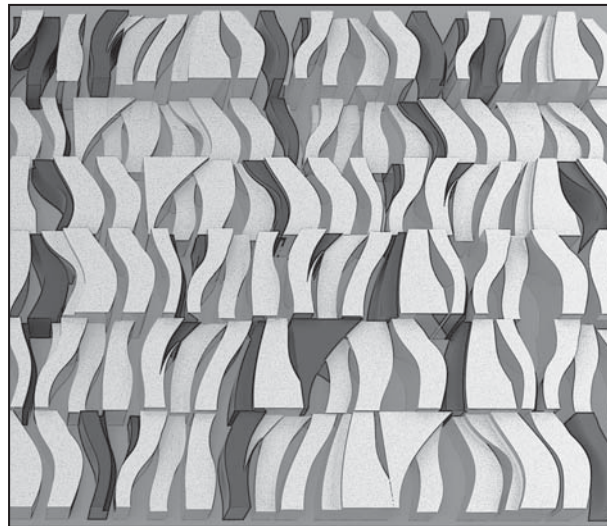


REVISTA

SUPERIOR
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA



PUBLICAÇÃO OFICIAL

REVISTA

VOLUME 254 - TOMO 2
ANO 31
ABRIL/MAIO/JUNHO 2019

SUPERIOR
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA

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-243, Brasília-DF, 70095-900

Telefone (61) 3319-8055

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

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

Disponível também em versão eletrônica:

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

ISSN 0103-4286.

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

CDU 340.142 (81) (05)

REVISTA

MINISTRO 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 e Corregedora-Geral do CJF*)

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**

Ministro **Marco Aurélio Bellizze** Oliveira (*Ouvidor*)

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**

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)

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

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**

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

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

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

Ministro **Ribeiro Dantas** (*Presidente*)

Ministro **Felix Fischer**

Ministro **Jorge Mussi**

Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**

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 de Assis Moura** (*Corregedora-Geral da Justiça Federal*)

Membros Efetivos

Ministro **Paulo de Tarso Sanseverino**

Ministra **Isabel Gallotti**

Ministro **Antonio Carlos Ferreira**

Membros Suplentes

Ministro **Villas Bôas Cueva**

Ministro **Sebastião Reis Júnior**

Ministro **Marco Buzzi**

ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS - ENFAM

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

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

Ministra **Maria Thereza de Assis Moura** (*Diretora 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
EAREsp n. 1.255.986 - PR - Rel. Min. Luis Felipe Salomão	25
Honorários advocatícios de sucumbência - Sentença - Marco temporal para incidência do CPC/2015.	
EREsp n. 991.176 - DF - Rel. Min. Humberto Martins.....	59
Questão de ordem pública - Prequestionamento - Necessidade.	
HDE n. 1.808 - EX - Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura.....	83
Homologação de decisão estrangeira - Deferimento - Cessão de crédito - Validade.	
PRIMEIRA SEÇÃO	95
AgInt no CC n. 152.093 - RS - Rel. Min. Sérgio Kukina	97
Conflito de competência - Inexistência - Juízo Estadual - Juízo Federal - Divergência - Ausência.	
CC n. 151.550 - CE - Rel. Min. Assusete Magalhães	103
Competência - Franquia mínima de bagagem - Justiça Federal do Estado do Ceará.	
CC n. 154.894 - SC - Rel. Min. Og Fernandes	146
Competência - Carta precatória - Citação da parte executada - Justiça Estadual.	
EREsp n. 1.318.051 - RJ - Rel. Min. Mauro Campbell Marques.....	168
Auto de infração - Anulação - Dano ambiental - Responsabilidade administrativa ambiental - Natureza subjetiva.	

MS n. 20.013 - DF - Rel. Min. Gurgel de Faria.....	186
Mandado de segurança - Dilação probatória - Necessidade - Terras indígenas - Processo de demarcação - Reabertura.	
REsp n. 1.521.999 - SP - Rel. Min. Gurgel de Faria.....	228
Falência - Classificação dos créditos - Decreto-Lei n. 1.025/1969, art. 1º - Encargo legal inscrito em dívida ativa da União - Lei n. 6.830/1980, art. 4º, § 4º - Lei n. 11.101/2005, art. 83, III - Natureza jurídica - Crédito não tributário - Preferência conferida aos créditos tributários - Extensão.	
REsp n. 1.624.297 - RS - Rel. Min. Regina Helena Costa.....	299
Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta (CPRB) - Base de cálculo - Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) - Inclusão - Impossibilidade - Lei n. 12.546/2011.	

PRIMEIRA TURMA 321

AREsp n. 1.021.394 - PR - Rel. Min. Benedito Gonçalves.....	323
Apelação - Julgamento da parte considerada prejudicada - Autos - Tribunal de origem - Retorno.	
AgInt no AREsp n. 758.361 - TO - Rel. Min. Benedito Gonçalves	343
Ação de improbidade administrativa - Competência - Local do dano - Aferição.	
REsp n. 1.483.800 - RS - Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho	357
Concurso público - Decreto n. 3.298/1999 - Lei n. 8.112/1990 - Reserva de vagas - Portadores de deficiência física.	
REsp n. 1.536.573 - RS - Rel. Min. Sérgio Kukina.....	365
Ato de improbidade administrativa - Configuração - Dolo genérico - Lei n. 8.429/1992, art. 11.	
REsp n. 1.638.420 - CE - Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho.....	384
Quebra de sigilo bancário - Autorização judicial - Necessidade - Improbidade administrativa - Requisição direta do Ministério Público à instituição bancária - Não cabimento.	
REsp n. 1.728.658 - MS - Rel. Min. Regina Helena Costa.....	394
Improbidade administrativa - Indisponibilidade de bens - Pagamento de indenização por danos morais coletivos.	

SEGUNDA TURMA 417

AREsp n. 1.290.543 - MG - Rel. Min. Francisco Falcão 419

Transporte de minério - Rodovia estadual - Proibição de tráfego de caminhões.

AgInt nos EDcl no REsp n. 1.420.488 - SC - Rel. Min. Og Fernandes 431

Fraude à execução fiscal - Presunção absoluta - Bem imóvel - Alienação - Nulidade.

RMS n. 51.486 - MG - Rel. Min. Assusete Magalhães..... 442

Mandado de segurança - CPC/2015, art. 485, VI, § 3º - Extinção do processo sem resolução do mérito - Ilegitimidade passiva *ad causam* - Secretário de Estado da Fazenda.

REsp n. 1.672.100 - PR - Rel. Min. Mauro Campbell Marques 501

Plantio de organismos geneticamente modificados (OGM's) - Auto de infração - Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio) - Autorização - Termo de embargo.

REsp n. 1.799.572 - SC - Rel. Min. Francisco Falcão 513

Execução fiscal - Cadastro restritivo de crédito - Inclusão do nome do executado - Possibilidade - CPC/2015, art. 782, § 3º.

SEGUNDA SEÇÃO 521

AR n. 3.751 - PR - Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva 523

Ação rescisória - Improcedência - Erro de fato - Não ocorrência - Paciente - Falecimento - Responsabilidade - Hospital.

EREsp n. 1.106.999 - SC - Rel. Min. Moura Ribeiro 575

Embargos à monitoria - CC/1916, art. 1.531 - CC/2002, art. 940 - Cobrança de quantia já paga.

TERCEIRA TURMA 595

REsp n. 1.581.075 - PA - Rel. Min. Moura Ribeiro..... 597

Contrato de distribuição de mercadorias - Resolução - Ação indenizatória - Improcedência - Culpa exclusiva das Distribuidoras - Inadimplemento.

REsp n. 1.631.278 - PR - Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino	625
Doação - CC/2002, art. 1.848 - Cláusula de inalienabilidade - Cancelamento - Possibilidade - Doadores - Falecimento - Herdeiros necessários - Legítima - Antecipação.	
REsp n. 1.634.844 - SP - Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva.....	633
Plano de Recuperação Judicial - Criação de subclasses de credores dentro de uma mesma classe - Lei n. 11.101/2005, art. 58, § 2º - Violação - Não ocorrência.	
REsp n. 1.649.774 - SP - Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze	644
Plano de Recuperação Judicial - Crédito trabalhista - Tratamento preferencial - Limite de valor - Honorários advocatícios - Crédito trabalhista por equiparação - Sociedade de advogados.	
REsp n. 1.693.718 - RJ - Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze.....	669
Criogenia - Razoabilidade - Observância - Situação fático-jurídica - Consolidação no tempo.	
REsp n. 1.717.111 - SP - Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino.....	699
Serviço de hotelaria - Decreto n. 7.381/2010, art. 25 - Horário de <i>check-in</i> - Horário de <i>check-out</i> - Lei n. 11.771/2008, art. 23 - Período da diária - 24 horas.	
REsp n. 1.746.337 - RS - Rel. Min. Nancy Andrighi.....	709
Lei n. 8.245/1991, art. 54, § 2º - Ação de exigir contas - Despesas cobradas do locatário - Locação - <i>Shopping center</i> .	
REsp n. 1.765.579 - SP - Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva.....	725
Decisão judicial - Fundamentação - Vícios - Inexistência - CPC/2015, art. 489, §§ 1º e 2º - Técnica de ponderação de princípios.	
REsp n. 1.782.418 - RJ - Rel. Min. Nancy Andrighi.....	745
Cumprimento de sentença - CPC/2015, art. 139, IV - Medidas executivas atípicas - Cabimento - Obrigação de pagar quantia certa.	

TOMO 2

QUARTA TURMA..... 755

AgInt no AgInt no AREsp n. 775.401 - DF - Rel. Min. Raul Araújo	757
Fotografia - Obra intelectual protegida - Cessão dos direitos de autor - Autorização expressa do titular da obra - Lei n. 9.610/1998, art. 49, VI.	

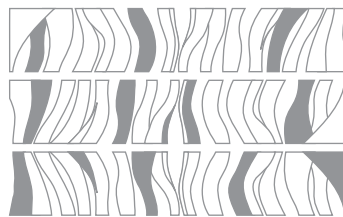
AgInt no AREsp n. 1.336.881 - DF - Rel. Min. Raul Araújo.....	769
Cumprimento de sentença - Ação de despejo com cobrança de aluguéis residenciais - CPC/2015, art. 833, § 2º - Penhora sobre percentual da remuneração do devedor - Possibilidade.	
HC n. 487.143 - SP - Rel. Min. Luis Felipe Salomão	778
Medida protetiva de acolhimento institucional - Busca e apreensão de menor - Cuidados especiais - Necessidade - Filha de mãe soropositiva.	
RMS n. 59.322 - MG - Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira	807
Mandado de segurança - Impetração - Excepcional cabimento - Advogado - Terceiro interessado - Ato judicial - Flagrante ilegalidade - Súmula n. 202-STJ.	
REsp n. 1.149.487 - RJ - Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira	814
Ação de Força Velha - Direito de habitação - Lei n. 166/1840 - Lei n. 1.904/1870 - Obrigação do Estado vinculada à Monarquia - Residência da Família Imperial - Natureza de Próprio Nacional.	
REsp n. 1.314.884 - SP - Rel. Min. Maria Isabel Gallotti.....	886
Contrato de agenciamento de viagem - Cláusula penal compensatória - Desistência do consumidor - Perda gradativa de valores pagos.	
REsp n. 1.647.452 - RO - Rel. Min. Luis Felipe Salomão	925
Fila de banco - Tempo de espera - Limite estabelecido por lei local - Obrigação de indenizar - Constatação de dano - Necessidade.	
REsp n. 1.769.201 - SP - Rel. Min. Maria Isabel Gallotti.....	951
Execução - Prescrição intercorrente - Ausência de localização de bens - Verba honorária - Fixação em favor do executado - Não cabimento.	
QUINTA TURMA.....	973
AgRg no HC n. 488.320 - PR - Rel. Min. Felix Fischer.....	975
Crime de lavagem de dinheiro - Regime de pena - Progressão condicionada ao recolhimento da multa - Viabilidade.	
AgRg no REsp n. 1.765.139 - PR - Rel. Min. Felix Fischer	994
Crime de lavagem de dinheiro - Dias-multa - Adequação - Dosimetria da pena - Circunstâncias judiciais - Circunstâncias legais - Pena - Remodulação.	

HC n. 348.327 - MT - Rel. Min. Jorge Mussi	1297
Crime de homicídio qualificado - Apelação - Ministério Público - Novo julgamento - Fundamentação suficiente - Princípio da soberania do veredicto popular - Ofensa - Não ocorrência - Tribunal do Júri - Absolvição.	
HC n. 401.284 - MT - Rel. Min. Joel Ilan Paciornik.....	1311
Crime de extorsão - Constrangimento ilegal - Não ocorrência - Desídia do juízo - Ausência - Excesso de prazo no encerramento do feito - Monitoramento eletrônico - Necessidade - Reavaliação.	
HC n. 449.361 - PR - Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca	1331
Execução penal - Mutirão carcerário - Projeto Cidadania dos Presídios - Princípio do juiz natural - Ofensa - Não ocorrência.	
HC n. 450.201 - SP - Rel. Min. Jorge Mussi.....	1353
Crime de homicídio qualificado - Pena - Redução.	
HC n. 470.549 - TO - Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca.....	1362
Crime de tráfico de entorpecente - CPP, art. 318-A - Prisão domiciliar - Cabimento - Prisão preventiva - Substituição.	
HC n. 491.895 - GO - Rel. Min. Ribeiro Dantas	1382
Crime de tráfico de entorpecente - Ação penal - Justa causa - Acesso de mensagens de texto via <i>WhatsApp</i> - Autorização judicial - Ausência - Prisão em flagrante.	
RHC n. 93.689 - DF - Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca.....	1392
Exercício ilegal da profissão - Corretor de imóveis - Ação penal - Trancamento - Decreto-Lei n. 3.688/1941, art. 47 - Justa causa - Ausência.	
RHC n. 93.906 - PA - Rel. Min. Ribeiro Dantas	1401
Ato infracional - Crime de estupro - Equiparação - Justa causa - Ocorrência - Tipicidade da conduta.	
RHC n. 97.335 - SC - Rel. Min. Joel Ilan Paciornik.....	1414
Crime contra as relações de consumo - Ação penal - Trancamento - Lei n. 8.137/1990, art. 7º, parágrafo único, IX - Perícia técnica - Ausência.	

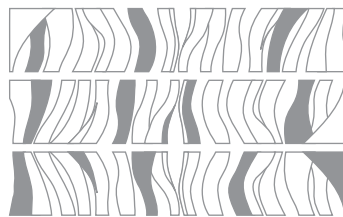
SEXTA TURMA 1423

- HC n. 465.313 - SC - Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro 1425
Ato infracional - Crime de estupro de vulnerável - Equiparação - Constrangimento ilegal - Não ocorrência - Medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade.
- HC n. 480.079 - SP - Rel. Min. Sebastião Reis Júnior 1433
Inquérito policial - Trancamento - Excesso de prazo - Ineficiência do Estado - Caracterização.
- HC n. 488.129 - PR - Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro 1445
Crime de homicídio qualificado - Audiência de colheita antecipada de provas - CPP, art. 366 - Nomeação de defensor - Ausência - Nulidade absoluta - Configuração.
- HC n. 493.192 - SC - Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz 1453
Posse ilegal de munição - Crime de posse irregular de arma de fogo de uso permitido - Lei n. 10.826/2003, art. 12 - Tipicidade formal e material.
- RHC n. 100.709 - SP - Rel. Min. Laurita Vaz 1458
Crime licitatório - Lei n. 9.296/1996 - Organização criminosa - Quebra de sigilo telemático - Legalidade.
- REsp n. 1.683.589 - RO - Rel. Min. Nefi Cordeiro 1482
Crime de furto - Tentativa - Atos executórios - Início.
- REsp n. 1.688.163 - RS - Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz 1490
Crime de trânsito - Absolvição sumária - Conduta delituosa - Não configuração - Dirigir veículo automotor em via pública com habilitação suspensa - Lei n. 9.503/1997, art. 309.
- REsp n. 1.710.209 - SP - Rel. Min. Laurita Vaz 1501
Crime de homicídio - Tentativa - Acórdão - Nulidade insanável - CPP, art. 413, § 1º - Pronúncia - Excesso de linguagem.
- REsp n. 1.762.043 - SC - Rel. Min. Sebastião Reis Júnior 1507
Execução penal - Decreto n. 14.454/2017, art. 1º - Indulto especial - Dia das Mães - Presas - Regime prisional aberto - Inclusão.

REsp n. 1.795.341 - RS - Rel. Min. Nefi Cordeiro	1514
Crime militar - Extinção da punibilidade - Interceptação telefônica - Nulidade - Prescrição da pretensão punitiva - Configuração.	
SÚMULAS	1525
ÍNDICE ANALÍTICO	1533
ÍNDICE SISTEMÁTICO	1557
SIGLAS E ABREVIATURAS	1563
REPOSITÓRIOS AUTORIZADOS E CREDENCIADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	1569



Jurisprudência



Quarta Turma

**AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM
RECURSO ESPECIAL N. 775.401-DF (2015/0222121-3)**

Relator: Ministro Raul Araújo

Agravante: Distrito Federal

Advogados: Ludmila Lavocat Galvão Vieira de Carvalho e outro(s) -
DF011497

Lucas Terto Ferreira Vieira - DF034215

Agravado: Cláudio Alves Pereira

Advogado: Erik Franklin Bezerra e outro(s) - DF015978

Agravado: SA Correio Braziliense

Advogados: Ademir Coelho Araújo - DF018463

Júlia Khodr Bundchen e outro(s) - DF044615

EMENTA

Agravo interno no agravo interno no agravo em recurso especial. Direito Autoral e Processual Civil. Admissibilidade do recurso especial. Inexistência de óbices. Fotografia. Obra intelectual protegida. Art. 7º, VII, da Lei 9.610/98. Agravo não provido.

1. Não existem óbices processuais ao conhecimento do recurso especial. Os fundamentos do acórdão recorrido foram suficientemente impugnados e, ademais, a questão relativa aos direitos autorais da obra fotográfica foi debatida pelas instâncias ordinárias, sendo expresso o prequestionamento da Lei 9.610/98, em particular no que se refere ao seu art. 7º, VII. Por outro lado, a questão controvertida nem de longe se insere no campo do reexame de matéria fática, restringindo-se à interpretação da norma jurídica aplicável.

2. Nos termos do art. 7º, VII, da Lei 9.610/98, são consideradas obras intelectuais protegidas “as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia”. Dispõe também a lei que “cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica”, dependendo “de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades” (arts. 28 e 29).

3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido que a fotografia, por si só, constitui obra intelectual protegida pela Lei Autoral e que, ainda que produzida no âmbito de uma relação contratual, mesmo nas relações de trabalho, torna-se propriedade exclusiva do autor, impedindo a cessão não expressa dos respectivos direitos.

4. O Tribunal de origem, examinando as circunstâncias da causa, concluiu que a fotografia em questão não teria a proteção da Lei de Direitos Autorais, porque produzida a pedido do contratante, consignando que o fotógrafo “foi convidado pela direção do Centro de Convenções para prestar serviço de *freelancer*, com o fim de fotografar o referido Centro de Convenções, por meio de tomada aérea, o que gera a presunção de que foi devidamente pago por esse serviço” e que “a própria direção do Centro de Convenções disponibilizou todos os meios e contraprestações para a execução do trabalho, tendo inclusive requisitado um helicóptero, o que sugere que a fotografia seja de domínio público, sobretudo porque, além de ter sido contratada pelo Ente Público, retrata imagem antiga de Brasília”.

5. A interpretação dada aos fatos descritos no acórdão recorrido, no entanto, não se mostra em consonância com a Lei 9.610/98. A mera circunstância de que a fotografia tenha sido executada a pedido do contratante para determinada finalidade - no caso, a confecção de uma maquete -, e que o contratado tenha, por isso, recebido a remuneração correspondente, não representa, *ipso facto*, a transferência dos respectivos direitos autorais, permitindo a utilização da obra fotográfica para fins diversos do contratado. A teor dos arts. 28 e 29, I, da Lei 9.610/98, a cessão dos respectivos direitos depende de autorização expressa do titular da obra, não podendo, portanto, ser presumida.

6. A inexistência de previsão do alcance da cessão objeto da contratação entre as partes, se total ou parcial, faz incidir, na espécie, a regra do art. 49, VI, da Lei 9.610/98, no sentido de que, “não havendo especificações quanto à modalidade de utilização, o contrato será interpretado restritivamente, entendendo-se como limitada apenas a uma que seja aquela indispensável ao cumprimento da finalidade do contrato”. Precedentes.

7. Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 28 de março de 2019 (data do julgamento).

Ministro Raul Araújo, Relator

DJe 11.4.2019

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Raul Araújo: Trata-se de agravo interno, interposto pelo *Distrito Federal*, contra a decisão de fls. 641/643, da relatoria do em. Ministro *Lázaro Guimarães*, que, reconsiderando decisão anterior (fls. 609/611), conheceu de agravo e deu provimento ao recurso especial de *Cláudio Alves Pereira*, para, reconhecendo a proteção do direito autoral de obra fotográfica, determinar a remessa dos autos ao Tribunal de origem “a fim de que se verifique a responsabilidade efetiva de cada uma das rés, assim como a extensão do evento danoso”.

Nas razões recursais, o agravante sustenta, preliminarmente, a existência de óbices processuais ao conhecimento do recurso especial, em razão da ausência de prequestionamento dos dispositivos legais invocados e da incidência das Súmulas 7/STJ e 283/STF.

No mérito, alega que a fotografia realizada pelo agravado não conta com a proteção da Lei Autoral, uma vez que representa mera reprodução da realidade, sem nenhuma inovação ou conteúdo criativo que a qualifique como obra de arte. Outrossim, afirma que a questão já teria sido decidida em ação anteriormente proposta pelo mesmo agravado contra o Distrito Federal, relativa à mesma fotografia em diferente contexto.

Não foi apresentada impugnação (fl. 682).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Raul Araújo (Relator): Em que pesem as razões articuladas pelo agravante, a insurgência não tem como prosperar.

Preliminarmente, observa-se que, diversamente do alegado, não existem óbices processuais ao conhecimento do recurso especial.

A incidência da Súmula 283/STF foi expressamente impugnada no agravo interno interposto pelo ora agravado, o qual cuidou de demonstrar que o recurso especial impugnou suficientemente os fundamentos do acórdão recorrido, buscando demonstrar que, ao contrário do afirmado pelo Tribunal de origem, a fotografia por ele realizada goza da proteção de direito autoral, não se justificando a aplicação do referido óbice, conforme já reconhecido na decisão de fls. 641/643.

Também não cabe falar em ausência de prequestionamento, uma vez que a questão referente aos direitos autorais relativos à obra fotográfica foi expressamente debatida pelas instâncias ordinárias, sendo expresso o prequestionamento da Lei 9.610/98, em particular no que se refere ao seu art. 7º, VI.

Nesse contexto, ademais, observa-se que a questão controvertida nem de longe se insere no campo do reexame de matéria fática, restringindo-se à interpretação do alcance da referida norma.

Superadas as preliminares, passa-se ao exame da questão controvertida.

O recurso especial foi interposto contra o acórdão assim ementado:

Apelação cível. Direito Autoral e Processual Civil. Preliminar de não conhecimento do recurso. Violação ao princípio da dialeticidade. Não ocorrência. Mérito. Fotografia. Trabalho técnico. Divulgação em jornal. Direito Autoral. Inexistência. Dano moral e material. Não configuração.

1. Não fere o princípio da dialeticidade o recurso de apelação interposto de forma clara e coesa e que combate os fundamentos de fato e de direito da sentença impugnada, visando pronunciamento judicial mais vantajoso que aquele que foi estabelecido na sentença.

2. A fotografia consistente em simples captação de imagem por meio mecânico, tirada com a finalidade de servir de parâmetro para confecção de uma maquete, caracteriza-se como mero trabalho técnico, desprovido de conteúdo artístico e, portanto, fora do âmbito de proteção da Lei n. 9.610/1998, que dispõe sobre os direitos autorais.

3. Em se tratando, portanto, de fotografia de conteúdo técnico e tendo esta sido contratada e adquirida por terceiro, a sua publicação em veículo de comunicação - jornal - por aquele que a adquiriu não requer autorização de quem a produziu, de modo que tal situação não gera dano moral e material indenizável.

4. Apelação Cível conhecida e não provida. (e-STJ, fl. 454)

As razões recursais apontaram violação dos arts. 7º, 11, 22, 27, 28, 30, § 1º, 31 e 79, § 2º, da Lei 9.610/98, 186 e 927 do CC/2002 e divergência jurisprudencial, alegando a parte recorrente, em síntese, que o uso não autorizado de obra fotográfica enseja indenização por violação de direitos autorais.

O Tribunal de origem, examinando as circunstâncias da causa, concluiu que, no caso, a fotografia produzida pelo agravado não teria proteção autoral, porque teria sido adquirida pelo GDF e porque, ademais, seria mera reprodução técnica de um objeto real, sem nenhum conteúdo artístico, tendo decidido à base da seguinte fundamentação:

Consoante observou com propriedade o sentenciante, o próprio autor informa na petição inicial que foi convidado pela direção do Centro de Convenções para prestar serviço de freelancer, com o fim de fotografar o referido Centro de Convenções, por meio de tomada aérea, o que gera a presunção de que foi devidamente pago por esse serviço. Reconhece ainda que a própria direção do Centro de Convenções disponibilizou todos os meios e contraprestações para a execução do trabalho, tendo inclusive requisitado um helicóptero, o que sugere que a fotografia seja de domínio público, sobretudo porque, além de ter sido contratada pelo Ente Público, retrata imagem antiga de Brasília.

Nesse contexto, a despeito da fotografia ter sido tirada pelo autor, a sua publicação no jornal da primeira ré, a pedido do Ente Público, Distrito Federal, com a qual pretendia divulgar a reforma e o novo desenho do Centro de Convenções, não causou qualquer prejuízo aos direitos autorais do autor, pois a foto foi adquirida pelo GDF, pertencendo, pois, à coletividade, que tem interesse pelas imagens históricas da sociedade.

Sem prejuízo dessa constatação, importante registrar, ademais, que, em consulta à jurisprudência desta Corte acerca do tema em debate, constatou-se que o autor, ora apelante, pleiteou indenização por danos morais e materiais contra o Distrito Federal, no processo n. 2005.01.1.11473658, já transitado em julgado, o qual tramitou perante a 4ª Vara de Fazenda Pública e foi objeto de apelação cível.

No referido processo, o pleito indenizatório referia-se à mesma fotografia objeto da presente demanda, mas divulgada pelo Distrito Federal em um "folder" na inauguração do novo Centro de Convenções, e não no jornal Correio Braziliense.

A diferença entre as duas demandas apontadas consiste apenas no veículo em que ocorreu a publicação da fotografia: no presente caso, no jornal Correio Braziliense; naquele, em um “folder”. Importante ressaltar que na ocasião do julgamento daquele processo, foi acertadamente destacado que a fotografia era mera reprodução técnica de um objeto da realidade, sem nenhum conteúdo artístico e, portanto, fora do âmbito de proteção da Lei de Direitos Autorais. Igual situação ocorre no presente caso.

A propósito, confira-se, porque esclarecedora, a fundamentação do julgamento da apelação cível interposta contra a sentença proferida nos autos do aludido processo n. 2005.01.1.11473658, cuja relatoria foi do Desembargador Hector Valverde Santana e de cujo entendimento compartilho:

(...)

O apelante, conforme se infere da petição inicial, prestou serviços fotográficos em 12/07/1990 ao Centro de Convenções de Brasília, consistente na produção de fotos aéreas do referido Centro, com o objetivo de auxiliar na construção de uma maquete, visando sua reforma e redesenho.

Afirma que tais fotografias foram utilizadas pela apelada para outros fins, e que foram modificadas em determinadas ocasiões, sem a devida autorização ou qualquer contrato visando sua utilização.

O art. 5º, XXVII, da Constituição Federal, dispõe que: “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.”

A Constituição Federal assegura, portanto, um tipo especial de propriedade, qual seja o direito do autor de obra intelectual e cultural, ou seja, o direito de propriedade intelectual compreendendo os direitos morais, analisado em função da criação, e patrimoniais, oriundos da introdução em circulação.

A Lei 9.610/1998 que protege os direitos autorais prevê no art. 7º, VI, que: “a proteção as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia.”

Carlos Eduardo Bittar⁷ leciona que “o objetivo do Direito do autor é a disciplinação das relações jurídicas entre o criador e sua obra, desde que de caráter estético, ou seja, são as emanações do gênio humano das artes, da literatura, da ciência que recebem a proteção no âmbito do Direito do autor.” Com efeito, deve-se distinguir se a fotografia tirada pelo apelante destaca-se como obra de arte ou trabalho técnico, a fim de estar protegida pelo direito autoral.

Ainda, segundo Carlos Alberto Bittar, “a obra protegida em seu contexto é aquela que constitui exteriorização de uma determinada expressão intelectual, inserida no mundo fático em forma ideada e materializada pelo

autor. A criatividade é, portanto, elemento ínsito nessa qualificação: a obra deve resultar de esforço intelectual, ou seja, de atividade criadora do autor, com o qual introduz na realidade fática manifestação intelectual estética não-existente (o plus que acresce ao acervo comum)."

A fotografia do Centro de Convenções foi tirada com a finalidade de servir de parâmetro para confecção de uma maquete, e para tanto, deveria ser efetuada tal qual era a edificação, ou seja, o apelante realizou um trabalho técnico, pois não houve nenhuma criação do apelante, que simplesmente captou a imagem por meio mecânico e a repassou ao apelado.

Ademais, o apelante foi contratado no ano de 1990 para efetuar o trabalho fotográfico sob encomenda do Centro de Convenções, cuja foto foi tirada em 12/07/2007, e sua utilização foi devidamente autorizada.

Como bem salientado na r. sentença, "o que diferencia o trabalho artístico de um trabalho técnico é a interferência do artista na realidade por ele captada. O trabalho técnico se limita a reproduzir a realidade. Já no artístico, há uma interferência do artista nessa realidade, de modo que de sua obra destaque-se uma expressão criadora, propiciando a contemplação da beleza aos olhos dos apreciadores, tenha ou não alguma funcionalidade. O trabalho técnico é funcional e não há qualquer interesse que dele se extraia a beleza contemplativa, ainda que esta possa se fazer presente. A fotografia de autoria do requerente não se confunde com uma obra de arte. Não houve qualquer interferência sua na realidade, limitando-se apenas a captá-la como esta se lhe apresentava para que fosse utilizada por especialistas nos estudos para a reforma do prédio. O autor utilizou-se da técnica de que dispunha à época para melhor captar o objeto que visava fotografar."

Nesse contexto, em relação à obra fotográfica, ensina Carlos Alberto Bittar que "a protegibilidade em concreto está relacionada ao caráter artístico da forma (art. 7º, inc. VII). Daí, nem toda fotografia (como comercial ou documental) merece acolhida no regime legal [...]".

Ademais, o apelado ao reutilizar a fotografia em um "folder" na inauguração do novo Centro de Convenções não violou nenhum direito autoral do apelante, pois como frisou o apelante na petição inicial: "a sua fotografia de anos atrás foi utilizada, sendo, inclusive, mencionada em sua lateral a autoria do autor, como fotógrafo da mesma."

As alegações do apelante de que houve alteração não se perfazem, pois se tratou de fotografia efetuada sob encomenda e nitidamente técnica, sem nenhuma originalidade, porquanto se buscava a fotografia do Centro de Convenções a fim de se confeccionar uma maquete, e não da paisagem ao seu redor.

Ante o exposto, *nego provimento* ao recurso e mantenho na íntegra a r. sentença recorrida.

Nessas condições, constatado que a fotografia discutida nos autos consubstancia simples captação de imagem por meio mecânico, pois, consoante destacado no julgado transcrito, foi tirada com a finalidade de servir de parâmetro para confecção de uma maquete, tal situação a torna um mero trabalho técnico, desprovido de emanção do gênio humano das artes, não se mostrando, assim, compatível com a proteção oriunda da Lei 9.610/98.

Por essa razão, inexistente dano moral e material a ser indenizado pela divulgação da fotografia pelo Distrito Federal no Correio Braziliense. (fls. 459/463)

Ao assim decidir, no entanto, o v. acórdão recorrido deixa de observar o regramento legal sobre o tema e, nesse passo, diverge do entendimento do Superior Tribunal Justiça.

Com efeito, nos termos do art. 7º, VII, da Lei 9.610/98, são consideradas obras intelectuais protegidas pela lei “as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia”, dispondo o art. 28 dessa mesma norma que “cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica”.

O art. 29 da Lei Autoral, por sua vez, determina:

Art. 29. *Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:*

I - a reprodução parcial ou integral;

II - a edição;

III - a adaptação, o arranjo musical e quaisquer outras transformações;

IV - a tradução para qualquer idioma;

V - a inclusão em fonograma ou produção audiovisual;

VI - a distribuição, quando não intrínseca ao contrato firmado pelo autor com terceiros para uso ou exploração da obra;

VII - a distribuição para oferta de obras ou produções mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para percebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, e nos casos em que o acesso às obras ou produções se faça por qualquer sistema que importe em pagamento pelo usuário;

VIII - a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica, mediante:

a) representação, recitação ou declamação;

b) execução musical;

- c) emprego de alto-falante ou de sistemas análogos;
 - d) radiodifusão sonora ou televisiva;
 - e) captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva;
 - f) sonorização ambiental;
 - g) a exibição audiovisual, cinematográfica ou por processo assemelhado;
 - h) emprego de satélites artificiais;
 - i) emprego de sistemas óticos, fios telefônicos ou não, cabos de qualquer tipo e meios de comunicação similares que venham a ser adotados;
 - j) exposição de obras de artes plásticas e figurativas;
- IX - a inclusão em base de dados, o armazenamento em computador, a microfilmagem e as demais formas de arquivamento do gênero;
- X - quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas.

Nesse contexto, verifica-se que a interpretação dada pelo Tribunal de origem aos fatos descritos no próprio acórdão recorrido não se mostra em consonância com as regras citadas.

Efetivamente, a mera circunstância de que a fotografia tenha sido executada a pedido do Governo do Distrito Federal para determinada finalidade - no caso, a confecção de uma maquete -, e que o contratado tenha, por isso, recebido a remuneração correspondente, não representa, *ipso facto*, a transferência dos respectivos direitos autorais para o contratante, permitindo-lhe a utilização da obra fotográfica para fins diversos do contratado.

De fato, a teor dos arts. 28 e 29, I, da Lei 9.610/98, a cessão dos respectivos direitos depende de autorização expressa do titular da obra, não podendo, portanto, ser presumida.

Nesse sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que firmou a orientação de que a fotografia, por si só, constitui obra intelectual protegida pela Lei Autoral e que, ainda que produzida no âmbito de uma contratação, mesmo nas relações de trabalho, torna-se propriedade exclusiva do autor, impedindo a cessão não expressa dos respectivos direitos. A propósito:

Direito Civil. Direito Autoral. Fotografia. Publicação sem autorização. Impossibilidade. Obra criada na constância do contrato de trabalho. Direito de cessão exclusivo do autor. Inteligência dos arts. 30, da Lei 5.988/73 e 28, da Lei 9.610/98. Dano moral. Violação do direito. Parcela devida. Direitos Autorais. Indenização.

I - A fotografia, na qual presente técnica e inspiração, e por vezes oportunidade, tem natureza jurídica de obra intelectual, por demandar atividade típica de criação, uma vez que ao autor cumpre escolher o ângulo correto, o melhor filme, a lente apropriada, a posição da luz, a melhor localização, a composição da imagem, etc.

II - *A propriedade exclusiva da obra artística a que se refere o art. 30, da Lei 5.988/73, com a redação dada ao art. 28 da 9.610/98, impede a cessão não-expressa dos direitos do autor advinda pela simples existência do contrato de trabalho, havendo necessidade, assim, de autorização explícita por parte do criador da obra.*

III - O dano moral, tido como lesão à personalidade, à honra da pessoa, mostra-se às vezes de difícil constatação, por atingir os seus reflexos parte muito íntima do indivíduo - o seu interior. Foi visando, então, a uma ampla reparação que o sistema jurídico chegou à conclusão de não se cogitar da prova do prejuízo para demonstrar a violação do moral humano.

IV - Evidenciada a violação aos direitos autorais, devida é a indenização, que, no caso, é majorada.

V - Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

(REsp 617.130, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Terceira Turma, DJe de 2/5/2005)

Direito Autoral. Fotógrafo contratado. Relação de trabalho. Propriedade imaterial inalienável das fotografias. Necessidade de autorização do autor da obra para a publicação por terceiros. Desnecessária a cessão, contudo, para a publicação pelo próprio empregador.

I - *A fotografia é obra protegida por direito do autor, e, ainda que produzida na constância de relação de trabalho, integra a propriedade imaterial do fotógrafo, não importando se valorada como obra de especial caráter artístico ou não.*

II - O empregador cessionário do direito patrimonial sobre a obra não pode transferi-lo a terceiro, mormente se o faz onerosamente, sem anuência do autor.

III - Pode, no entanto, utilizar a obra que integrou determinada matéria jornalística, para cuja ilustração incumbido o profissional fotógrafo, em outros produtos congêneres da mesma empresa.

IV - Recurso Especial provido.

(REsp 1.034.103/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe de 21/09/2010)

Direito Civil. Direito Autoral. Fotografia. Publicação sem autorização. Impossibilidade. Obra criada na constância do contrato de trabalho. Direito de cessão exclusivo do autor. Aplicação do hoje revogado art. 649, CC. Dano

moral. Violação do direito. Parcela devida. Dano material. Prejuízo caracterizado. Apuração. Liquidação por arbitramento. Recurso acolhido.

I - A fotografia, na qual presentes técnica e inspiração, e por vezes oportunidade, tem natureza jurídica de obra intelectual, por demandar atividade típica de criação, uma vez que ao autor cumpre escolher o ângulo correto, o melhor filme, a lente apropriada, a posição da luz, a melhor localização, a composição da imagem, etc.

II - *Em se tratando de discussão que envolve contrato de trabalho entre as partes - verificação se a obra foi cedida ao empregador somente pela existência do emprego -, não há como deixar de aplicar a norma vigente ao tempo da celebração desse ajuste, sob pena de violação do ato jurídico perfeito. As partes, ao tratar da negociação do vínculo empregatício, tinham ciência das regras que regulavam a matéria à época, pelo que seria defeso alterar-se a situação atinente aos direitos e deveres de cada uma.*

III - *A propriedade exclusiva da obra artística a que se refere o revogado art. 649 do Código Civil impede a cessão não-expressa dos direitos do autor advinda pela simples existência do contrato de trabalho, havendo necessidade, assim, de autorização explícita por parte do criador da obra.*

IV - O dano moral, tido como lesão à personalidade, à honra da pessoa, mostra-se às vezes de difícil constatação, por atingir os seus reflexos parte muito íntima do indivíduo - o seu interior. Foi visando, então, a uma ampla reparação que o sistema jurídico chegou à conclusão de não se cogitar da prova do prejuízo para demonstrar a violação do moral humano.

V - Evidenciado, outrossim, o dano material, representado pela remuneração não percebida pelo artista que teve sua obra veiculada, sem autorização, em periódico comercializado.

VI - Ausentes elementos concretos que permitam, desde logo, a definição do montante dos danos patrimoniais, fica relegada sua apuração para a liquidação de sentença por arbitramento, nos termos do art. 1.553 do Código Civil.

(REsp 121.757/RJ, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJe de 8/3/2000)

Ademais, considerando que a cessão dos direitos de autor depende de autorização expressa do titular da obra, a inexistência de previsão do alcance da cessão objeto da contratação entre as partes, se total ou parcial, faz incidir, na espécie, a regra do art. 49, VI, da Lei 9.610/98, no sentido de que, “não havendo especificações quanto à modalidade de utilização, o contrato será interpretado restritivamente, entendendo-se como limitada apenas a uma que seja aquela indispensável ao cumprimento da finalidade do contrato”.

A propósito:

Direito Autoral. Obras fotográficas publicadas sem indicação de autoria. Dano moral. Extensão do consentimento do autor da obra. Reexame de provas. Incidência da Súmula 07.

1. Afigura-se despiciendo o rechaço, uma a uma, de todas as alegações deduzidas pelas partes, bastando ao órgão julgador que decline as razões jurídicas que embasaram a decisão, não sendo exigível que se reporte de modo específico a determinados preceitos legais.

2. O acórdão recorrido chegou à conclusão de não haver provas suficientes que indicassem a existência de acordo verbal. Com efeito, inviável a averiguação da existência de acordo verbal entre as partes, porquanto tal providência encontra óbice na Súmula 07 do STJ.

3. *A dúvida quanto aos limites da cessão de direitos autorais milita sempre em favor do autor, cedente, e não em favor do cessionário, por força do art. 49, inciso VI, da Lei n. 9.610 de 1998.*

4. A simples circunstância de as fotografias terem sido publicadas sem a indicação de autoria - como restou incontroverso nos autos - é o bastante para render ensejo à reprimenda indenizatória por danos morais.

5. O valor da condenação por danos morais (R\$ 15.000,00) deve ser mantido, uma vez não se distanciar dos parâmetros praticados por esta Corte.

6. Recurso especial não conhecido. (REsp 750.822/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 1º/3/2010)

Portanto, absolutamente equivocada a conclusão do Tribunal *a quo*, uma vez que, conforme dito, o simples fato de que a fotografia tenha sido executada a pedido do Governo do Distrito Federal para determinada finalidade, qual seja a confecção de uma maquete, e que o contratado tenha, por isso, recebido a remuneração correspondente, não representa a automática transferência dos respectivos direitos autorais para o contratante, permitindo-lhe a utilização da obra fotográfica para fins diversos do contratado.

Nesse contexto, deve ser mantida a decisão agravada, no sentido de reconhecer o direito à proteção da obra fotográfica e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que se verifiquem as responsabilidades de cada um dos réus, assim como a extensão do dano.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno.

É como voto.

**AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N.
1.336.881-DF (2018/0190204-0)**

Relator: Ministro Raul Araújo
Agravante: Alessandra Correia Marreta
Advogada: Ana Paula Almeida Naya de Paula e outro(s) - DF022915
Agravado: Taciano Vogado Rodrigues Junior
Agravado: Sarah Vogado de Souza
Advogados: Carlos Antônio Reis e outro(s) - DF007650
Gildásio Figueiredo Holanda - DF011775
Advogados: Kelly Karynne Costa Amorim - DF026524
Fabricio Reis Fonseca - DF036916
Evellyn Thaiga Reis Peixoto - DF041680

EMENTA

Agravo interno no agravo em recurso especial. Processual Civil e Civil. Cumprimento de sentença. Ação de despejo com cobrança de aluguéis residenciais. Penhora sobre percentual da remuneração do devedor. Possibilidade (CPC, art. 833, § 2º). Agravo interno parcialmente provido com parcial provimento do recurso especial.

1. O Novo Código de Processo Civil, em seu art. 833, deu à matéria da impenhorabilidade tratamento um tanto diferente em relação ao Código anterior, no art. 649. O que antes era tido como “*absolutamente impenhorável*”, no novo regramento passa a ser “*impenhorável*”, permitindo, assim, essa nova disciplina, maior espaço para o aplicador da norma promover mitigações em relação aos casos que examina, respeitada sempre a essência da norma protetiva. Precedente: EREsp 1.582.475/MG, Rel. *Ministro Benedito Gonçalves, Corte Especial*, julgado em 03/10/2018, REPDJe 19/03/2019, DJe de 16/10/2018.

2. Descabe manter imune à penhora para satisfação de créditos provenientes de despesa de aluguel com moradia, sob o pálio da regra da impenhorabilidade da remuneração (CPC, art. 833, IV, e § 2º), a pessoa física devedora que reside ou residiu em imóvel locado, pois a

satisfação de créditos de tal natureza compõe o orçamento familiar normal de qualquer cidadão e não é justo sejam suportadas tais despesas pelo credor dos aluguéis.

3. Note-se que a preservação da impenhorabilidade na situação acima traria grave abalo para as relações sociais, quanto às locações residenciais, pois os locadores não mais dariam crédito aos comuns locatários, pessoas que vivem de seus sempre limitados salários.

4. Agravo interno parcialmente provido para modificar a decisão agravada e, em novo exame do recurso, conhecer do agravo e dar parcial provimento ao recurso especial.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 23 de abril de 2019 (data do julgamento).

Ministro Raul Araújo, Relator

DJe 27.5.2019

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Raul Araújo: Trata-se de *agravo interno no agravo em recurso especial* interposto por *Alessandra Correia Marreta* contra decisão (fls. 561-565) que conheceu do agravo para não conhecer do recurso especial, sob os seguintes fundamentos: a) ausência de violação ao art. 1.022, II, do CPC/73; b) incidência da Súmula 83/STJ, quanto à alegada ofensa ao art. 833, § 2º, do CPC/2015.

Nas razões do presente agravo interno, *Alessandra Correia Marreta* afirma, em síntese, que, no caso, não incide a referida Súmula 83/STJ, pois “(...) o Superior Tribunal de Justiça, por inúmeras vezes, já decidiu pela possibilidade

de relativização da regra da impenhorabilidade, inclusive quando não se tratar de prestação de caráter alimentício, se a hipótese dos autos permitir que se bloqueie parte da verba remuneratória do devedor, preservando-se o suficiente para garantir a sua subsistência digna” (fl. 574).

Acrescenta que houve violação ao art. 1.022, II, do CPC/2015, sob o argumento de que “(...) o Tribunal *a quo* não enfrentou as circunstâncias de que i) a agravante vem tentando, há quase três anos, por diversas formas, satisfazer o seu crédito, sendo que todas as diligências, até o momento, foram infrutíferas; ii) a penhora mensal do subsídio recebido pelo primeiro agravado, magistrado do egrégio TJDFT, é o último recurso restante para a satisfação do seu crédito; e iii) o primeiro agravado é magistrado do TJDFT, cargo pelo qual obtém rendimento líquido mensal elevado, de mais R\$ 29 mil, conforme ficha de pagamento juntada à fl. 123 ID 2198994. Assim, a constrição de percentual módico dos rendimentos líquidos não comprometeria, de forma alguma, a sua subsistência digna” (fls. 579-580).

Ao final, requer a reconsideração da decisão agravada ou, se mantida, seja o presente recurso levado a julgamento perante a eg. Quarta Turma.

Sem impugnação (*vide* certidão de fl. 584).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Raul Araújo (Relator): A decisão agravada deve ser confirmada quanto ao fundamento de que não houve violação ao art. 1.022, II, do CPC/2015, na medida em que a eg. Corte de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas. De fato, inexistem vícios no aresto recorrido, porquanto o Tribunal local, apesar de não ter acolhido os argumentos suscitados pela recorrente, manifestou-se expressamente acerca dos temas necessários à integral solução da lide.

Por outro lado, melhor examinando as razões da agravante, conclui-se que a decisão agravada deve ser reconsiderada no tocante à aplicação da Súmula 83/STJ, quanto à alegada ofensa ao art. 833, § 2º, do CPC/2015, uma vez que, de fato, o v. acórdão recorrido não se encontra em harmonia com a atual jurisprudência desta Corte sobre a exegese da referida norma.

No apelo nobre, apontando violação ao art. 833, § 2º, do CPC/2015, defende a recorrente, ora agravante, que “(...) o primeiro recorrido [ora agravado]

é magistrado do Tribunal de Justiça, cargo pelo qual obtém rendimento líquido mensal de R\$29.060,99. Assim, a constrição de percentual módico dos seus rendimentos líquidos não comprometeria, de forma alguma, a sua subsistência digna” (fls. 500). Pugna, assim, pelo provimento do apelo nobre para “(...) reforma o acórdão recorrido, determinando-se a penhora mensal do subsídio recebido pelo primeiro recorrido, magistrado do TJDFT, no percentual de 30 (trinta por cento) ou outro percentual a ser fixado” (fl. 506).

Neste momento, é valiosa a transcrição do entendimento do eg. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) quanto ao tema em exame (fl. 464):

Consoante art. 832 do CPC, não estão sujeitos à execução os bens que a lei considera impenhoráveis, dentre eles, os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios nos termos descritos no art. 833, IV do Código de Ritos.

Ressalto que, em casos semelhantes, tenho tido o entendimento de que a literalidade da Lei processual deve ser preservada, não cabendo interpretação diversa da explicitada pelo legislador.

Na presente hipótese, observo que o Juiz de piso abalizou sua decisão na referida Lei (id n. 2187994 - fls. 204/205). Ademais, esta clara ao dispor sobre a impossibilidade de penhora se tal verba proveniente de subsídio, tendo, assim, natureza alimentar.

De tal forma, em que pesem as alegações da agravante no sentido de ser cabível um juízo de ponderação entre o mínimo existencial e o direito à satisfação executiva, entendo que o direito amparado pelo novel Código de Processo Civil, que manteve o mesmo sentido do Diploma de Ritos anterior, não pode ser mitigado em face de interpretações diversas pelo Poder Judiciário, razão pela qual é descabida a penhora parcial do subsídio da parte agravada, mesmo que no importe de 30%

Da leitura do excerto transcrito, infere-se que afirma a impenhorabilidade da verba remuneratória do devedor em termos peremptórios.

Ocorre que o novo Código de Processo Civil, em seu art. 833, deu à matéria tratamento um tanto diferente em relação ao Código anterior, no art. 649, substituindo no *caput* a expressão “absolutamente impenhoráveis” pela palavra “impenhoráveis”, dando, assim, margem à mitigação da regra pelo intérprete, ao considerar o caso concreto.

Para facilitar a compreensão, transcrevem-se os dispositivos de cada Código:

- No Código Buzaid:

Art. 649. *São absolutamente impenhoráveis:*

I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução;

II - os móveis, pertences e utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida;

III - os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor;

IV - *os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3º deste artigo;*

V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão;

VI - o seguro de vida;

VII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas;

VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família;

IX - os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social;

X - até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos, a quantia depositada em caderneta de poupança.

XI - os recursos públicos do fundo partidário recebidos, nos termos da lei, por partido político.

§ 1º A impenhorabilidade não é oponível à cobrança do crédito concedido para a aquisição do próprio bem.

§ 2º *O disposto no inciso IV do caput deste artigo não se aplica no caso de penhora para pagamento de prestação alimentícia.*

§ 3º *(Vetado).*

- No Código Fux:

Art. 833. *São impenhoráveis:*

I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução;

II - os móveis, os pertences e as utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou os que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida;

III - os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor;

IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º;

V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado;

VI - o seguro de vida;

VII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas;

VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família;

IX - os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social;

X - a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos;

XI - os recursos públicos do fundo partidário recebidos por partido político, nos termos da lei;

XII - os créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra.

§ 1º A impenhorabilidade não é oponível à execução de dívida relativa ao próprio bem, inclusive àquela contraída para sua aquisição.

§ 2º O disposto nos incisos IV e X do caput não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais, devendo a constrição observar o disposto no art. 528, § 8º, e no art. 529, § 3º.

§ 3º Incluem-se na impenhorabilidade prevista no inciso V do caput os equipamentos, os implementos e as máquinas agrícolas pertencentes a pessoa física ou a empresa individual produtora rural, exceto quando tais bens tenham sido objeto de financiamento e estejam vinculados em garantia a negócio jurídico ou quando respondam por dívida de natureza alimentar, trabalhista ou previdenciária.

Portanto, o que antes era tido como “absolutamente impenhorável”, no novo regramento passa a ser “impenhorável”, permitindo, assim, essa nova

disciplina, maior espaço para o aplicador da norma promover mitigações em relação aos casos que examina.

Assim como o Código de 1973, o atual também traz, por si mesmo, expressamente, relativizações à regra da impenhorabilidade, como se vê, por exemplo, nos §§ 2º de cada artigo transcrito. Então, é para além disso, das próprias relativizações que expressamente já contempla, que o novo Código agora permite, sem descaracterização essencial da regra protetiva, mitigações, pois se estivessem estas restritas às próprias previsões já expressas não seria necessária a mudança comentada.

Atenta à novidade, a Corte Especial deste Tribunal, no julgamento dos EREsp 1.582.475/MG, da relatoria do eminente *Ministro Benedito Gonçalves*, firmou o entendimento de que a regra geral de impenhorabilidade de vencimentos pode ser excepcionada a fim de garantir a efetividade da tutela jurisdicional, desde que observado percentual capaz de assegurar a dignidade do devedor e de sua família. Eis a ementa desse v. acórdão:

Processual Civil. Embargos de divergência em recurso especial. *Execução de título extrajudicial. Impenhorabilidade de vencimentos. CPC/73, art. 649, IV. Dívida não alimentar. CPC/73, art. 649, parágrafo 2º. Exceção implícita à regra de impenhorabilidade. Penhorabilidade de percentual dos vencimentos. Boa-fé. Mínimo existencial. Dignidade do devedor e de sua família.*

1. Hipótese em que se questiona se a regra geral de impenhorabilidade dos vencimentos do devedor está sujeita apenas à exceção explícita prevista no parágrafo 2º do art. 649, IV, do CPC/73 ou se, para além desta exceção explícita, é possível a formulação de exceção não prevista expressamente em lei.

2. Caso em que o executado auferir renda mensal no valor de R\$ 33.153,04, havendo sido deferida a penhora de 30% da quantia.

3. A interpretação dos preceitos legais deve ser feita a partir da Constituição da República, que veda a supressão injustificada de qualquer direito fundamental. *A impenhorabilidade de salários, vencimentos, proventos etc. tem por fundamento a proteção à dignidade do devedor, com a manutenção do mínimo existencial e de um padrão de vida digno em favor de si e de seus dependentes. Por outro lado, o credor tem direito ao recebimento de tutela jurisdicional capaz de dar efetividade, na medida do possível e do proporcional, a seus direitos materiais.*

4. O processo civil em geral, nele incluída a execução civil, é orientado pela boa-fé que deve reger o comportamento dos sujeitos processuais. Embora o executado tenha o direito de não sofrer atos executivos que importem violação à sua dignidade e à de sua família, não lhe é dado abusar dessa diretriz com o fim de impedir injustificadamente a efetivação do direito material do exequente.

5. *Só se revela necessária, adequada, proporcional e justificada a impenhorabilidade daquela parte do patrimônio do devedor que seja efetivamente necessária à manutenção de sua dignidade e da de seus dependentes.*

6. *A regra geral da impenhorabilidade de salários, vencimentos, proventos etc. (art. 649, IV, do CPC/73; art. 833, IV, do CPC/2015), pode ser excepcionada quando for preservado percentual de tais verbas capaz de dar guarida à dignidade do devedor e de sua família.*

7. Recurso não provido.

(REsp 1.582.475/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Corte Especial, julgado em 03/10/2018, REPDJe 19/03/2019, DJe de 16/10/2018)

No mesma linha de intelecção, ainda antes do novo Código, destaca-se o seguinte julgado:

Recurso especial. Execução extrajudicial. Penhora de valores em conta salário. Excepcional possibilidade. Questão a ser sopesada com base na teoria do mínimo existencial.

1. Controvérsia em torno da possibilidade de serem penhorados valores depositados na conta salário do executado, que percebe remuneração mensal de elevado montante.

2. *A regra geral da impenhorabilidade dos valores depositados na conta bancária em que o executado recebe a sua remuneração, situação abarcada pelo art. 649, IV, do CPC/73, pode ser excepcionada quando o montante do bloqueio se revele razoável em relação à remuneração por ele percebida, não afrontando a dignidade ou a subsistência do devedor e de sua família.*

3. Caso concreto em que a penhora revelou-se razoável ao ser cotejada com o valor dos vencimentos do executado.

4. Doutrina e jurisprudência acerca da questão.

5. *Recurso especial desprovido.*

(REsp 1.514.931/DF, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe de 6/12/2016)

Na hipótese, alega a parte agravante que, decorridos mais de dois anos do trânsito em julgado da decisão que julgou procedente a ação de despejo cumulada com cobrança de aluguéis proposta contra o recorrido, não obteve meio de receber seus créditos. Daí pediu a penhora de percentual sobre a remuneração do antigo inquilino, magistrado da ativa, dado que não encontrou outros bens.

Mostra-se razoável e merece deferimento a pretensão, diante das dificuldades apontadas pela recorrente.

Como se vê, tem a promovente, pessoa física, créditos a receber do recorrido como locatário de apartamento residencial. Portanto, a dívida é existente entre pessoas naturais e tem como origem aluguéis de natureza residencial, ou seja, compromisso financeiro de caráter essencial para a vida de qualquer pessoa. Com efeito, despesas com moradia compõem necessariamente o orçamento de todas as pessoas arrimas de família e são normalmente quitadas mediante a utilização de parte da receita auferida com a remuneração mensal do obrigado.

Descabe, então, que se mantenha imune à penhora para satisfação de créditos provenientes de despesa de aluguel com moradia, sob o pálio da regra da impenhorabilidade da remuneração, a pessoa física que reside ou residiu em imóvel locado, pois a satisfação de créditos de tal natureza compõe o orçamento familiar normal de qualquer cidadão e não é justo sejam suportados pelo credor dos aluguéis.

Note-se que a preservação da impenhorabilidade na situação acima traria grave abalo para as relações sociais, quanto às locações residenciais, pois os locadores não mais dariam crédito aos comuns locatários, pessoas que vivem de seus sempre limitados salários.

Nesse panorama, tem-se que o v. acórdão distrital deve ser reformado, para alinhá-lo à jurisprudência desta eg. Corte no tocante à interpretação do art. 833, § 2º, do CPC/2015.

No caso, considerando que o ora agravado é magistrado de carreira, tem-se que percebe razoável remuneração mensal e, como tal, pode suportar a penhora sobre, ao menos, 15% (quinze por cento) de seus rendimentos brutos.

Com isso, adota-se medida que garante efetividade ao cumprimento de sentença, sem afrontar a dignidade ou a subsistência do agravado e de sua família.

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao agravo interno para modificar a decisão agravada e, em novo exame do recurso, conhecer do agravo para dar parcial provimento ao recurso especial, possibilitando a penhora do percentual de 15% (quinze por cento) da remuneração bruta mensal do recorrido.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 487.143-SP (2018/0346894-0)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Impetrante: D C P G G

Impetrante: J G

Advogados: Renata Nepomuceno e Cysne - DF025925

Maria Berenice Dias - RS074024

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: L G da S P (Menor)

EMENTA

Habeas corpus. Direito Civil. Família. Ação de guarda. Busca e apreensão de menor. Filha de mãe soropositiva. Necessidade de cuidados especiais. Medida protetiva de acolhimento institucional.

1. Sob o enfoque da doutrina da proteção integral e prioritária consolidada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990), torna-se imperativa a observância do melhor interesse do menor, de sorte que o cabimento de medidas específicas de proteção, tal como o acolhimento institucional (art. 101, VII, do ECA), apenas terá aptidão e incidência válida quando houver ameaça ou violação dos direitos reconhecidos pelo Estatuto, consoante exegese extraída do art. 98 do mesmo diploma.

2. Esta Corte Superior tem entendimento firmado no sentido de que, salvo evidente risco à integridade física ou psíquica da menor, não é de seu melhor interesse o acolhimento institucional ou o acolhimento familiar temporário (precedentes: HC n. 294.729/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe 29.08.2014; HC 279.059/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 28.2.2014; REsp n. 1.172.067/MG, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, DJe 14.4.2010).

3. Assim, tem-se que a ação do Juiz no sentido de colmatar desvios – tanto no âmbito da ação estatal quanto no âmbito familiar, seja por ato próprio da criança ou do adolescente, como também no domínio da sociedade – deve ser, sempre e sempre, pautada pela

precisa identificação de situação concreta de ameaça ou violação de direitos, notadamente em se tratando da medida de proteção que impõe o acolhimento institucional, por ser esta orientada pelo caráter da excepcionalidade e da provisoriedade, nos termos do que dispõe o § 1º do art. 101 do ECA.

4. No caso em exame, a manutenção da guarda de L. G. da S. P. com o casal D. C. P. G. G. e J. G. não representa situação concreta de ameaça ou violação de direitos da criança, pois nada há nos autos a demonstrar, ainda que vagamente, a ocorrência de exposição do menor a riscos para sua integridade física e psicológica. Ao revés, compulsando os autos verifica-se que a menor L. G. da S. P. necessita de cuidados especiais iminentes e preventivos por ser um bebê de mãe soropositiva, que teve contato e foi exposto ao vírus HIV, tendo inclusive que tomar antibióticos profiláticos 3 vezes ao dia para evitar possíveis sequelas e riscos de morte.

5. Por outro lado, até o momento, os impetrantes alegam que sua real intenção é manter a guarda provisória com os guardiães de fato, sem romper, no entanto, o vínculo parental da menor com seus genitores, sendo medida, por conseguinte, reversível. Diante desse contexto, a hipótese excepcionalíssima dos autos justifica a concessão da ordem, porquanto parece inválida a determinação de acolhimento institucional da criança em abrigo ou entidade congênere, uma vez que, como se nota, não se subsume em nenhuma das hipóteses do art. 98 do ECA.

6. Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, após o voto-vista do Ministro Marco Buzzi denegando a ordem de “habeas corpus”, divergindo do relator, por maioria, conceder a ordem de “habeas corpus”, confirmando a liminar deferida, nos termos do voto do relator.

Vencidos o Ministro Marco Buzzi e a Ministra Maria Isabel Gallotti.

Os Srs. Ministros Raul Araújo e Antonio Carlos Ferreira (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 28 de março de 2019 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

DJe 13.5.2019

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Cuida-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado por D. C. P. G. G. e J. G. em favor da menor L. G. da S. P., contra decisão que indeferiu liminar em agravo de instrumento no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP).

A decisão impugnada adotou a seguinte fundamentação (fls. 13-14):

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a respeitável decisão de fls. 14/18, que, em medida de proteção à criança e adolescente, determinou a busca e apreensão da criança L.G.S.P. para seu acolhimento institucional.

Irresignados, agravam os réus alegando, em suma, que os genitores não possuem condições psicológicas e financeiras de cuidar da filha; que os guardiões de fato agiram de boa-fé; que o instituto da guarda é autônomo em relação à adoção, e não implica nenhuma ilicitude; que a decisão foi proferida de forma precipitada e gerará prejuízos para a infante e para os próprios agravantes; que a decisão combatida tem um caráter moralista, sancionatório, com base em juízos conservadores que extrapolam o bom direito; que ainda que se tratasse de adoção à brasileira, tal prática não é proibida; que já foram criados vínculos afetivos entre os guardiões e a menor; que proporcionam padrão de vida confortável à menor; que a criança não está em situação de risco; e que a medida é abrupta e precipitada, pois existem parentes próximos da menor que poderiam a acolher. Requer a concessão de efeito suspensivo ao recurso.

Não se vislumbra, por ora, fundamentação relevante que evidencie a probabilidade de ocorrência do direito invocado pelos agravantes que justifique, em sede de cognição sumária, a concessão de liminar pretendida, notadamente diante das bem lançadas razões da r. Decisão atacada.

Ausentes, pois, um dos requisitos legais, *indefere-se* a liminar pleiteada.

Sustentam os impetrantes que a mãe biológica da paciente é *soropositiva* e, por isso, a criança (então com oito meses) “nasceu com severas complicações de saúde, principalmente com relação à sua imunidade: além de *toxoplasmose*, possui um quadro de *infecção urinária* que está sendo combatido com o uso de um antibiótico (Zinnat) que não é oferecido pelo SUS. Trata-se, inclusive, de infecção recorrente, tendo já sido objeto de inexitoso tratamento”.

Salientam que, para regularizar a situação de cuidado com a menor, o casal requerente e os genitores ajuizaram pedido de guarda, porquanto os pais biológicos concordaram com o arranjo estabelecido, que também envolve o tio-avô da genitora.

Alegam que o ato da relatora do egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo claramente relegou a segundo plano o melhor interesse da paciente: ordenar a ida de um bebê para uma instituição, quando já amparado e ambientado num seio familiar, fere indubitavelmente a dignidade dessa criança, sendo que o fundamento de burla do cadastro de adotantes “não passa de mera especulação, não se coaduna com a realidade e viola o melhor interesse da paciente”.

Destacam que, “diversamente de casos em que se opera adoção ‘à brasileira’, na hipótese *sub judice*, o acaso envolvendo a fragilidade do estado de saúde de Laura aproximou seus pais biológicos daqueles que se tornaram seus guardiões. Ao passo que a dinâmica de cuidados foi se consolidando, os impetrantes buscaram formalizar a situação de guarda da criança”.

Afirmam que “não se verifica na espécie nenhuma circunstância que evidencie suposta ameaça ou perigo para a criança. Muito pelo contrário, o enredo fático revela verdadeira soma de afetos e de conjugação de esforços para bem atender às necessidades de L.”.

Asseveram que não encontra amparo em nenhum princípio ou regra jurídica cancelar a transferência de Laura a um acolhimento institucional, mormente porque necessita de cuidados especiais iminentes e preventivos, os quais, se não observados, podem acarretar-lhe sequelas irreversíveis e de alto risco de morte.

O Min. Presidente, João Otávio de Noronha, deferiu a liminar para que a paciente L. G. da S. P. fosse colocada sob a guarda dos impetrantes (fls. 251-257).

Instado a se manifestar, o *Parquet* opinou pela concessão da ordem, nos seguintes termos:

Habeas corpus. Direito da criança e do adolescente. Indeferimento de liminar em *writ* originário. Súmula 691 do STF. Mitigação. Busca e apreensão de menor. Possível prática de adoção à brasileira. Acolhimento institucional. Medida teratológica. Melhor interesse da criança. Precedentes.

- Parecer pela concessão da ordem, de ofício, confirmando-se a liminar deferida.

(fls. 294-300)

Informações prestadas às fls. 303-307 e às fls. 310-373.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 2. Cuida-se de impetração contra ato de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que julgou extinto, sem análise de mérito, anterior *habeas corpus* contrário à decisão proferida pela Juíza de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Timbó/SC que concedeu tutela de urgência para suspender o poder familiar e, em consequência, determinou a busca e apreensão e o acolhimento institucional de criança, contando então com oito meses de idade, nos autos de uma ação de destituição do poder familiar, cumulada com pedido de busca e apreensão, acolhimento institucional, investigação de paternidade e anulação de registro civil, proposta pelo Ministério Público Estadual.

É bem verdade que há entendimento perfilhado por este Superior Tribunal de Justiça, inaugurado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n. 109.956/PR (Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe de 11/9/2012), no sentido de não conhecer de *habeas corpus* impetrado como substitutivo de recurso ordinário.

Todavia, a mesma jurisprudência tranquila do Supremo e desta Corte Superior propugna que, antes de analisar a questão de fundo do presente *writ*, a utilização de *habeas corpus* como sucedâneo recursal não impede que seja verificada a existência de flagrante ilegalidade, teratologia ou abuso de poder que enseje ultrapassar o vício formal na impetração para a concessão de ofício da ordem vindicada, em reverência à magnitude dessa especial garantia constitucional.

A esse respeito:

Direito Penal. *Habeas corpus*. Furto tentado qualificado (art. 155, § 4º, I, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal). Prévio *mandamus* denegado. *Writ* substitutivo de recurso ordinário. Inviabilidade. Via inadequada. Tentativa de subtração de gêneros alimentícios. Valor ínfimo. Bens recuperados pela vítima. Princípio da insignificância. Atipicidade material. Constrangimento ilegal. Reconhecimento. *Habeas corpus não conhecido*. *Ordem concedida de ofício*.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional e em louvor à lógica do

sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso ordinário.

2. Consoante entendimento jurisprudencial, o “princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material.

(...) Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público”. (HC n. 84.412-0/SP, STF, Min. Celso de Mello, DJU 19/11/2004)

3. Ao acusado foi imputado furto tentado qualificado (art. 155, § 4º, I, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal), por ter tentado subtrair 01 lata de 300g de ervilha; 01 lata de 300g de milho verde; 03 sachês de molho de tomate de 300g; 01 lata de 500ml de azeite; 03 pacotes de 500g de massa de macarrão; e 1kg de feijão, com valor total de R\$ 16,89 (dezesesseis reais e oitenta e nove centavos) - correspondente a menos de 3% do salário mínimo - não havendo falar, pois, em afetação do bem jurídico (patrimônio), não tendo, assim, havido qualquer prejuízo material, ante a recuperação total da res e da não comprovação de dano no alegado rompimento de obstáculo.

4. Habeas corpus *não conhecido*. Ordem concedida, de ofício, para, em razão do reconhecimento da atipicidade material da conduta, determinar o trancamento do processo penal.

(HC 362.253/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 01/09/2016, DJe 12/09/2016) [g.n.]

Também é relevante e depreende-se do acórdão vergastado que, não obstante a inadequação da via eleita, a Corte de origem entendeu não haver razões para a concessão *ex officio* da ordem (fls. 13-14), *in verbis*:

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a respeitável decisão de fls. 14/18, que, em medida de proteção à criança e adolescente, determinou a busca e apreensão da criança L.G.S.P. para seu acolhimento institucional.

Irresginados, agravam os réus alegando, em suma, que os genitores não possuem condições psicológicas e financeiras de cuidar da filha;

que os guardiões de fato agiram de boa-fé; que o instituto da guarda é autônomo em relação à adoção, e não implica nenhuma ilicitude; que a decisão foi

proferida de forma precipitada e gerará prejuízos para a infante e para os próprios agravantes; que a decisão combatida tem um caráter moralista, sancionatório, com base em juízos conservadores que extrapolam o bom direito; que ainda que se tratasse de adoção à brasileira, tal prática não é proibida; que já foram criados vínculos afetivos entre os guardiões e a menor; que proporcionam padrão de vida confortável à menor; que a criança não está em situação de risco; e que a medida é abrupta e precipitada, pois existem parentes próximos da menor que poderiam acolher. Requer a concessão de efeito suspensivo ao recurso.

Não se vislumbra, por ora, fundamentação relevante que evidencie a probabilidade de ocorrência do direito invocado pelos agravantes que justifique, em sede de cognição sumária, a concessão de liminar pretendida, notadamente diante das bem lançadas razões da r. Decisão atacada.

Ausentes, pois, um dos requisitos legais, *indefere-se* a liminar pleiteada.

Assim, penso que a questão em exame encerra tema bastante sensível a requerer um olhar mais percuciente acerca dos argumentos expendidos no presente *writ*, notadamente após o parecer do *Parquet* identificando a existência de constrangimento ilegal a ser sanado.

3. Com efeito, o objetivo do presente *habeas corpus* é afastar a determinação de busca e apreensão de menor impúbere que, à época da impetração, contava com menos de 8 meses de idade, em razão de sua suposta adoção irregular.

Na espécie, a paciente, hoje com 10 (dez) meses de idade, encontrava-se sob os cuidados dos impetrantes desde o primeiro mês de vida (25/05/2018), sendo que em 14/12/2018 foi determinada a sua busca e apreensão para que fosse recolhida em abrigo no bojo de uma ação de acolhimento institucional proposta pelo Ministério Público Estadual.

No entanto, não se constatou qualquer indício de que a criança tenha sofrido maus tratos, negligência ou abuso, seja por parte dos genitores, seja por ato de terceiros estranhos.

Ao deferir a tutela de urgência, a MM. Juíza da 2ª Vara Criminal da Comarca de Sumaré/SP asseverou em sua decisão, mantida pelo Tribunal *a quo*, *in verbis*:

1 - O casal que pretendeu, sem as devidas formalidades legais, em prejuízo dos demais cadastrados à adoção, obter a guarda da criança, para indisfarçável futura adoção, tinha plena ciência do procedimento legal, para adotar, uma vez que estava cadastrado à adoção.

A impaciência e o imediatismo talvez tenham feito com que o casal buscasse a via absolutamente inadequada (malgrado o casal sustente o contrário).

Teve-se, pois, a entrega irregular, sem intervenção do sistema de justiça, em característica adoção direta, fora do cadastro de adoção.

Determinou-se, então, a avaliação psicológica, para verificação da formação de vínculo socioafetivo entre a criança e o casal, concluindo-se que “não há como se falar em laços de afeto já consolidados da infante com os pretensos adotantes (...) a ruptura nos primeiros meses de vida de um infante, não será determinante para a produção de traumas imutáveis ao estado emocional e ao desenvolvimento global do indivíduo” (página 108).

O Ministério Público, antes de insistir no deferimento do liminar acolhimento institucional (páginas 166/169), buscou investigar, por meio do setor técnico, a preterição dos demais cadastrados à adoção, o que resultou patenteadado, pois os cadastrados que antecedem Jefferson Guedes e Daniela Cristina Pires Gloor Guedes são interessados na adoção de criança com o perfil daquela aqui tratada (o casal Jefferson Guedes e Daniela Cristina Pires Gloor Guedes encontra-se em número 17 na ordem cronológica correspondente ao perfil da criança, no cadastro/listagem de habilitados local páginas 103, 131 e 138).

Sendo assim, depois de cuidadosa análise do caso vertente, possível afirmar que a vinculação socioafetiva da criança Laura Gabrielly da Silva Pimentel de 08 (oito) meses de vida ao casal Jefferson Guedes e Daniela Cristina Pires Gloor Guedes é mínima, sendo que, ao que parece, houve a maliciosa burla ao cadastro à adoção, preterindo-se aqueles que confiaram e se submeteram ao referido cadastro.

Em caso parêlho, perante este Juízo da Infância e Juventude de Sumaré, decidiu o E. Tribunal de Justiça:

[...]

Dito isso e considerado ainda a impossibilidade de imediato retorno da criança aos pais, uma vez que negligenciaram nos cuidados com a filha, entregando-a para terceiros, determino a busca e apreensão da menor Laura Gabrielly da Silva Pimentel e o seu acolhimento institucional, por meio de Oficial de Justiça, autorizado o concurso da Polícia Militar, se necessário, e acompanhado de membro da entidade de acolhimento e do Conselho Tutelar, conforme autoriza o artigo 136, inciso I, do Estatuto da Criança e do Adolescente, para assegurar a inviolabilidade dos direitos da criança a ser acolhida, à luz do artigo 17 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Para que se evite a surpresa no cumprimento do mandado de busca e apreensão, apanhando abruptamente o casal, de modo a gerar porventura situação constrangedora aos envolvidos e até arriscada à própria criança, aguarde-se a publicação desta decisão, a qual deverá ser imediatamente encaminhada para publicação, expedindo-se o mandado de busca e apreensão, para acolhimento institucional, imediatamente à publicação da presente decisão no Diário de Justiça Eletrônico.

2 - Intime-se o dirigente da entidade de acolhimento a apresentar o plano individual de atendimento. Com a juntada da guia de acolhimento assinada pelo dirigente da entidade de acolhimento, providencie a abertura da ação de execução de acolhimento.

3 - Realize-se estudo psicossocial, a fim de que seja aquilatada a possibilidade de entrega da criança a integrante de sua família extensa, ficando desde já autorizada a expedição de carta precatória, se necessária.

4 - Abra-se vista ao Ministério Público, para réplica.

Intimem-se.

(fls. 164-188)

A razão pela qual se determinou a busca e apreensão da menor e seu acolhimento institucional foi o fato de - segundo consta do acórdão recorrido - ter havido uma maliciosa burla ao cadastro de adoção, preterindo-se aqueles que nele confiaram e a ele se submeteram, sendo a impaciência e o imediatismo, talvez, o que levou o casal a buscar a via absolutamente inadequada (malgrado o casal sustente o contrário). Houve, pois, a entrega irregular, sem intervenção do sistema de justiça, em característica adoção direta, fora do cadastro de adoção.

4. Nesse passo, em relação ao mérito, é bem de ver que, sob o enfoque da doutrina da proteção integral e prioritária consolidada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (Lei n. 8.069/1990), torna-se imperativa a observância do melhor interesse do menor, de sorte que o cabimento de medidas específicas de proteção, tal como o acolhimento institucional (art. 101, VII, do ECA), apenas terá aptidão e incidência válida quando houver ameaça ou violação dos direitos reconhecidos pelo Estatuto, consoante exegese extraída do art. 98 do mesmo diploma.

Portanto, as medidas de proteção devem ser aplicadas sempre que as crianças ou os adolescentes estiverem em situação de risco, pois têm o objetivo precípuo de afastar ou evitar perigo ou lesão aos direitos tutelados pelo ECA.

Assim, tem-se que a ação do Juiz no sentido de colmatar desvios — tanto no âmbito da ação estatal quanto no âmbito familiar, seja por ato próprio da criança ou do adolescente, como também no domínio da sociedade — deve ser, sempre e sempre, pautada pela precisa identificação de situação concreta de ameaça ou violação de direitos, notadamente em se tratando da medida de proteção que impõe o acolhimento institucional, por ser esta orientada pelo caráter da excepcionalidade e da provisoriedade, nos termos do que dispõe o § 1º do art. 101 do ECA.

Sobre o tema, aliás, esta Corte tem entendimento firmado no sentido de que, salvo evidente risco à integridade física ou psíquica do menor, não é de seu melhor interesse o acolhimento institucional ou o acolhimento familiar temporário, consoante se infere dos seguintes julgados:

Direito Civil. Família. Relação de parentesco. Adoção. Busca e apreensão de menor. Suspeita de simulação. Medida socioeducativa de acolhimento institucional. *Habeas corpus*.

1. O Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA, ao preconizar a doutrina da proteção integral (artigo 1º da Lei n. 8.069/1990), torna imperativa a observância do melhor interesse da criança. As medidas de proteção, tais como o acolhimento institucional, são adotadas quando verificada quaisquer das hipóteses do art. 98 do ECA.

2. No caso em exame, a avaliação realizada pelo serviço social judiciário constatou que a criança E K está recebendo os cuidados e atenção adequados às suas necessidades básicas e afetivas na residência do impetrante. Não há, assim, em princípio, qualquer perigo em sua permanência com o pai registral, a despeito da alegação do Ministério Público de que houve adoção *intuitu personae*, a chamada “adoção à brasileira”, ao menos até o julgamento final da lide principal.

3. A hipótese dos autos, excepcionalíssima, justifica a concessão da ordem, porquanto parece inválida a determinação de acolhimento de abrigo da criança, vez que não se subsume a nenhuma das hipóteses do art. 98 do ECA.

4. *Esta Corte tem entendimento firmado no sentido de que, salvo evidente risco à integridade física ou psíquica do infante, não é de seu melhor interesse o acolhimento institucional ou o acolhimento familiar temporário.*

5. É verdade que o art. 50 do ECA preconiza a manutenção, em comarca ou foro regional, de um registro de pessoas interessadas na adoção. Porém, a observância da preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar criança não é absoluta, pois há de prevalecer o princípio do melhor interesse do menor, norteador do sistema protecionista da criança.

6. As questões suscitadas nesta Corte na presente via não infirmam a necessidade de efetiva instauração do processo de adoção, que não pode ser descartado pelas partes. Na ocasião, será imperiosa a realização de estudo social e aferição das condições morais e materiais para a adoção da menor. Entretanto, não vislumbro razoabilidade na transferência da guarda da criança - primeiro a um abrigo e depois a outro casal cadastrado na lista geral -, sem que se desatenda ou ignore o real interesse da menor e com risco de danos irreparáveis à formação de sua personalidade na fase mais vulnerável do ser humano.

7. Ordem concedida.

(HC 279.059/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 10/12/2013, DJe 28/02/2014). [g.n.]

Habeas corpus. Direito de Família. Guarda e adoção. Menor impúbere (3 meses de vida) entregue pela mãe à casal interessado em sua adoção. Guardiães de fato. Situação irregular. Ação de acolhimento institucional ajuizada pelo Ministério Público. Busca e apreensão deferida em primeiro grau. Liminar negada pelo Tribunal de origem. Encaminhamento do paciente ao abrigo. Medida teratológica. Melhor interesse do menor. Ordem concedida de ofício.

[...]

5. Denúncia anônima formalizada junto ao Conselho Tutelar local de que o menor, ora paciente, estaria sendo vítima de maus-tratos, tendo, ainda, sido adotado de forma ilegal. Malgrado afastada, de plano, a ocorrência de maus-tratos, o MPE ajuizou ação de acolhimento institucional requerendo a busca e apreensão do menor e seu imediato encaminhamento à abrigo, sob o principal argumento de ter havido “adoção/guarda” irregular.

6. Situação anômala que, entretanto, não importou em prejuízo ao infante, pelo contrário, ainda que momentaneamente, a guarda de fato tem se revelado satisfatória aos seus interesses, havendo rico lastro probatório que exsurge à demonstração de que os guardiães tem dispensado cuidados (médicos, assistenciais, afetivos etc.) suficientes à elisão de qualquer risco imediato à integridade física e/ou psíquica do menor.

7. Não se descarta que a higidez do processo de adoção é um dos objetivos primordiais a ser perseguido pelo Estado, no que toca à sua responsabilidade com o bem-estar de menores desamparados, tampouco que, na busca desse desiderato, a adoção deve respeitar rígido procedimento de controle e fiscalização estatal, com a observância, v.g., do Cadastro Único Informatizado de Adoções e Abrigos (CUIDA), o qual, aliás, pelos indícios probatórios disponíveis, teria sido vulnerado na busca de uma adoção *intuitu personae*.

9. Contudo, o fim legítimo não justifica o meio ilegítimo para sancionar aqueles que burlam as regras relativas à adoção, principalmente quando a decisão judicial implica evidente prejuízo psicológico para o objeto primário da proteção estatal para a hipótese: a própria criança.

10. Ademais, dita burla ainda está no campo do juízo perfunctório, o que igualmente torna temerária a adoção de um procedimento que, por sua natural demora, pode prolongar a permanência do menor em abrigo ou instituição de acolhimento, numa verdadeira inversão da ordem legal imposta pelo ECA, na qual esta opção deve ser a última e não a primeira a ser utilizada.

11. Medida que, na hipótese, notoriamente beira a teratologia, pois inconcebível se presumir que um local de acolhimento institucional possa ser preferível a um lar estabelecido, onde a criança não sofre nenhum tipo de violência física ou moral.

12. Ordem concedida de ofício.

(HC 274.845/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 12/11/2013, DJe 29/11/2013)

No mesmo sentido, confirmam-se as seguintes decisões monocráticas: HC n. 268.943/SP, Relator Ministro *João Otávio de Noronha*, julgado em 26/4/2013; HC n. 250.203/SP, Relator Ministro *Ricardo Villas Bôas Cueva*, julgado em 7/8/2012; MC n. 15.097/MG, Relator Ministro *Massami Uyeda*, julgado em 17/12/2008.

Ressalte-se, por oportuno, que os postulados da proteção integral e do atendimento prioritário, dos quais se extrai também a superioridade do melhor interesse da criança e do adolescente, são mais do que apenas princípios, pois, segundo a melhor doutrina, traduzem verdadeiras regras jurídicas de cumprimento e observância obrigatórios.

Logo, devem-se afastar medidas que, embora *prima facie* pareçam atender ao caráter de proteção da norma, diante do caso concreto, revelam-se como excessivo formalismo a aviltar o melhor interesse da criança de conviver em um lar estabelecido.

Em outros termos, repita-se, a aplicação de medida protetiva de acolhimento institucional é regida pelo caráter de provisoriedade e excepcionalidade, deduzindo-se que sua duração deverá ser pelo menor tempo possível e só pelo imprescindível até o retorno da criança ou do adolescente à família natural ou adotiva, bem como não deverá ser imposta diante de outra alternativa que atenda ao melhor interesse do menor.

Não se pode olvidar que é assente também o posicionamento desta Corte no sentido de que, para evitar a formação de laços afetivos em situações em que a guarda é obtida mediante ardil, com indícios de ilegalidade e cometimento de crime, é razoável eventual medida protetiva de acolhimento institucional.

Nesse sentido:

Habeas corpus. Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Medida protetiva. Busca e apreensão de menor. Determinação de acolhimento institucional. Grave suspeita de fraude na aquisição da guarda. Genitora adolescente de condição humilde. Entrega da filha para outro casal criar, intermediada por advogado, com posterior arrependimento. Genitora mãe registral impedida de ver a criança. Medida proporcional à gravidade do fato. Legalidade da decisão. Ordem denegada.

1. As medidas protetivas previstas no ECA, para repelir ameaça de violação a direitos de crianças e adolescentes, podem ter natureza cautelar, devendo atender a intervenção judicial a três requisitos fundamentais: (i) precoce; (ii) mínima e (iii) proporcional.

2. Na estreita via do *habeas corpus*, somente é possível a verificação da legalidade da ordem de acolhimento institucional de menor, mediante a análise da proporcionalidade da decisão judicial, ponderando-se a necessidade e a utilidade da medida.

3. A jurisprudência desta Corte orienta-se no sentido de que, salvo risco evidente à integridade física e psíquica da criança, não é do seu melhor interesse o acolhimento institucional.

4. Contudo, para evitar a formação de laços afetivos em hipóteses em que a guarda foi obtida de forma fraudulenta, com indícios de ilegalidade e cometimento de crime, mostra-se razoável a medida de protetiva de acolhimento institucional.

5. No caso, o pai registral conquistou a guarda de forma obscura de genitora adolescente, que foi afastada da filha, sem poder manter contato com ela, com posterior arrependimento de sua entrega.

6. Envolvimento de terceiros na intermediação do ato de entrega da menor, com fortes indícios do cometimento de crime, tornando duvidosa a alegada paternidade.

7. Intervenção judicial, no caso, feita de forma precoce, mínima e proporcional à gravidade dos fatos imputados ao pai registral.

8. Legalidade da medida protetiva da criança.

9. *Ordem denegada.*

(HC 342.325/RJ, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 18/02/2016, DJe 09/03/2016)

No entanto, como se viu, nenhuma dessas circunstâncias está presente no caso em apreço.

5. De fato, a norma (ECA, art. 50), ao prever a manutenção dos cadastros de adotantes e adotandos tanto no âmbito local e estadual quanto em nível nacional — este último regulamentado pela Resolução n. 54/2008 do Conselho Nacional de Justiça —, visa conferir maior transparência, efetividade, segurança e celeridade ao processo de adoção, assim como obstar a adoção *intuitu personae*.

É muito relevante e louvável, claro, tal cadastro. É importante anotar, porém, que o registro e a classificação de pessoas interessadas em adotar não têm um fim em si mesmos, antes devem servir, precipuamente, ao melhor interesse das crianças e dos adolescentes.

Por conseguinte, a ordem cronológica de preferência das pessoas previamente cadastradas para a adoção não tem caráter absoluto, pois deverá ceder ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, a razão de

ser de todo o sistema de proteção erigido pelo Estatuto, que tem na doutrina da proteção integral sua pedra basilar, máxime se não há nos autos nenhum indício real de fraude ou conluio.

Destarte, penso que há necessidade de serem analisadas caso a caso todas as situações que conduzam ao abrigamento de menor, pois, decerto, a sua institucionalização, em detrimento da sua manutenção no lar familiar, salvo evidente risco concretamente identificado, não é a solução que traduz o seu melhor interesse.

Colhe-se do escólio de abalizada doutrina:

A regra geral de que somente as pessoas inseridas nas listas é que podem adotar exige temperamentos. Com efeito, a própria legislação, no § 13 do art. 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente, autoriza a adoção por família ou pessoa não cadastrada, havendo a comprovação do preenchimento dos requisitos exigidos pelo sistema. *Outrossim, com base nos princípios informadores da adoção, em especial a proteção integral infantojuvenil e a real vantagem ao adotando, é possível ao juiz, em cada caso concreto, autorizar a adoção por pessoa ou casal fora da lista ou fora de sua vez. É que, ao nosso visto, a adoção deve ter em mira a proteção dos interesses da criança ou adolescente, e não dos adultos interessados em adotar.*

(DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Famílias*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 1.020)

Em casos análogos, esta Corte Superior, ao aplicar o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, relativizou a obrigatoriedade da observância do cadastro de adotantes. Confira-se:

Habeas corpus. Ação de destituição do poder familiar c/c com adoção. Determinação de acolhimento institucional. Cadastro de adotantes. Melhor interesse da criança. Ordem concedida.

1.- Não é do melhor interesse da criança o acolhimento institucional ou familiar temporário, salvo diante de evidente risco à sua integridade física ou psíquica, circunstância que não se faz presente no caso dos autos. Precedentes.

2.- *A observância do cadastro de adotantes, não é absoluta. A regra legal deve ser excepcionada em prol do princípio do melhor interesse da criança, base de todo o sistema de proteção ao menor. Tal hipótese configura-se, por exemplo, quando existir vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, como no presente caso.*

3.- Ordem concedida.

(HC 2294729/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 07/082014, DJe 29/08/2014). [g.n.]

Recurso especial. Aferição da prevalência entre o cadastro de adotantes e a adoção *intuitu personae*. Aplicação do princípio do melhor interesse do menor. Verossímil estabelecimento de vínculo afetivo da menor com o casal de adotantes não cadastrados. Permanência da criança durante os primeiros oito meses de vida. Tráfico de criança. Não verificação. Fatos que, por si, não denotam a prática de ilícito. Recurso especial provido.

I - A observância do cadastro de adotantes, vale dizer, a preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança não é absoluta. Excepciona-se tal regramento, em observância ao princípio do melhor interesse do menor, basilar e norteador de todo o sistema protecionista do menor, na hipótese de existir vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, ainda que este não se encontre sequer cadastrado no referido registro;

II - É incontroverso nos autos, de acordo com a moldura fática delineada pelas Instâncias ordinárias, que esta criança esteve sob a guarda dos ora recorrentes, de forma ininterrupta, durante os primeiros oito meses de vida, por conta de uma decisão judicial prolatada pelo i. desembargador-relator que, como visto, conferiu efeito suspensivo ao Agravo de Instrumento n. 1.0672.08.277590-5/001. Em se tratando de ações que objetivam a adoção de menores, nas quais há a primazia do interesse destes, os efeitos de uma decisão judicial possuem o potencial de consolidar uma situação jurídica, muitas vezes, incontornável, tal como o estabelecimento de vínculo afetivo;

III - Em razão do convívio diário da menor com o casal, ora recorrente, durante seus primeiros oito meses de vida, propiciado por decisão judicial, ressalte-se, verifica-se, nos termos do estudo psicossocial, o estreitamento da relação de maternidade (até mesmo com o essencial aleitamento da criança) e de paternidade e o conseqüente vínculo de afetividade;

IV - Mostra-se insubsistente o fundamento adotado pelo Tribunal de origem no sentido de que a criança, por contar com menos de um ano de idade, e, considerando a formalidade do cadastro, poderia ser afastada deste casal adotante, pois não levou em consideração o único e imprescindível critério a ser observado, qual seja, a existência de vínculo de afetividade da infante com o casal adotante, que, como visto, insinua-se presente;

V - O argumento de que a vida pregressa da mãe biológica, dependente química e com vida desregada, tendo já concedido, anteriormente, outro filho à adoção, não pode conduzir, por si só, à conclusão de que houvera, na espécie, venda, tráfico da criança adotanda.

Ademais, o verossímil estabelecimento do vínculo de afetividade da menor com os recorrentes deve sobrepor-se, no caso dos autos, aos fatos que, por si só, não consubstanciam o inaceitável tráfico de criança;

VI - Recurso Especial provido.

(REsp 1.172.067/MG, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 18/03/2010, DJe 14/04/2010)

6. No caso em exame, vislumbro que a manutenção da guarda de L. G. da S. P com o casal D. C. P. G. G. e J. G. não representa situação concreta de ameaça ou violação de direitos da criança, pois nada há nos autos a demonstrar, ainda que vagamente, a ocorrência de exposição a riscos para sua integridade física e psicológica.

Ao revés, compulsando os autos verifica-se que a menor L. G. da S. P. necessita de cuidados especiais iminentes e preventivos por ser um bebê de mãe soropositiva, que teve contato e foi exposto ao vírus HIV, tendo inclusive que tomar antibióticos profiláticos 3 vezes ao dia para evitar possíveis sequelas e riscos de morte.

Como sabido, “a mulher portadora do HIV pode transmitir o vírus para seu bebê basicamente em três momentos: durante a gestação pela passagem de vírus pela placenta, no momento do parto pela exposição do bebê ao sangue e secreções maternas e durante a amamentação, já que o vírus pode ser encontrado no leite materno quando a mulher é portadora da infecção. Quanto maior a carga viral plasmática (quantidade de vírus no sangue) do portador do HIV, maior é o risco de transmissão, e isso se aplica também à mulher grávida” (<https://agencia.fiocruz.br/filho-de-infetada-com-o-hiv-nasce-sem-o-v%C3%ADrus>).

Nesse diapasão, verifica-se que a decisão de acolhimento do bebê fulcrou-se tão somente nos argumentos apontados pelo *Parquet* estadual de que houve adoção irregular, sem, contudo, arrolar quaisquer evidências de que a criança esteja em situação de perigo físico ou psíquico ao conviver com os impetrantes.

Por outro lado, até o momento, os impetrantes alegam que sua real intenção é manter a guarda provisória com os guardiães de fato, sem romper, no entanto, o vínculo parental da menor com seus genitores, sendo medida, por conseguinte, reversível.

Diante desse contexto, tenho que a hipótese excepcionalíssima dos autos justifica a concessão da ordem, porquanto parece inválida a determinação de acolhimento institucional da criança em abrigo ou entidade congênere, uma vez que, como se nota, não se subsume em nenhuma das hipóteses do art. 98 do ECA.

Nesse sentido, em casos semelhantes, é a jurisprudência da Casa:

Habeas corpus. Direito da criança e do adolescente. Adoção ‘intuitu personae’. Burla ao cadastro de adoção. Busca e apreensão. Acolhimento institucional em abrigo. Primazia do acolhimento familiar. Melhor interesse da criança. Ilegalidade flagrante. Concessão da ordem de ofício.

1. Controvérsia a respeito do acolhimento institucional de criança entregue à adoção 'intuitu personae'.

2. Inadmissibilidade da impetração de *habeas corpus* diretamente neste Superior Tribunal de Justiça em face de decisão de relator que, no tribunal de origem, indeferiu liminar (Súmula 691/STF).

Ressalva da possibilidade de concessão da ordem de ofício, conforme jurisprudência desta Corte Superior.

3. Caso concreto em que a criança foi retirada do ambiente familiar e institucionalizada em abrigo com fundamento na burla ao Cadastro Nacional de Adoção.

4. *Inexistência, nos autos, de indício de fatos que desabonem o ambiente familiar em que a criança se encontrava.*

5. Nos termos do art. 34, § 1º, do ECA: "A inclusão da criança ou adolescente em programas de acolhimento familiar terá preferência a seu acolhimento institucional, observado, em qualquer caso, o caráter temporário e excepcional da medida, nos termos desta Lei".

6. *Primazia do acolhimento familiar em detrimento do acolhimento institucional. Precedentes desta Corte Superior.*

7. Existência flagrante ilegalidade no ato coator, a justificar a concessão da ordem de ofício.

8. *Ordem de habeas corpus concedida de ofício.*

(HC 487.812/CE, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 26/02/2019, DJe 01/03/2019)

Habeas corpus. Direito Civil. Família. Destituição do poder familiar. Busca e apreensão de menor. Suspeita de fraude em registro civil. Medida protetiva de acolhimento institucional.

1. Sob o enfoque da doutrina da proteção integral e prioritária consolidada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente Lei n. 8.069/1990, torna-se imperativa a observância do melhor interesse do infante, de sorte que o cabimento de medidas específicas de proteção, tal como o acolhimento institucional (art. 101, VII, do ECA), apenas terá aptidão e incidência válida quando houver ameaça ou violação dos direitos reconhecidos pelo Estatuto, consoante exegese extraída do art. 98 do mesmo diploma.

2. Assim, tem-se que a ação do Juiz no sentido de colmatar desvios tanto no âmbito da ação estatal, quanto no âmbito familiar, seja por ato próprio da criança ou do adolescente, como também no domínio da sociedade deve, necessariamente, ser pautada pela precisa identificação de situação concreta de ameaça ou violação de direitos, notadamente em se tratando da medida de proteção que impõe o acolhimento institucional, por ser esta orientada pelo

caráter da excepcionalidade e da provisoriedade, nos termos do que dispõe o § 1º do art. 101 do ECA.

3. No caso em exame, a manutenção da guarda de A.M DO R. com o casal W.G.DO R, o pai registral, e P.R.M.M, sua companheira, não representa uma situação concreta de ameaça ou violação de direitos do infante, pois nada há nos autos a demonstrar, ainda que vagamente, a ocorrência de exposição do infante a riscos para sua integridade física e psicológica.

4. Nesse diapasão, verifica-se que a decisão de acolhimento do infante fulcrou-se tão somente nos argumentos apontados pelo *Parquet* estadual de que houve adoção irregular mediante fraude no registro civil, sem, contudo, arrolar quaisquer evidências de que a criança estivesse em situação de perigo físico ou psíquico ao conviver com o pai e a sua companheira.

5. A esse respeito, não se pode olvidar que o registro civil é dotado de fé pública e, até prova em contrário, impõe presunção de verdade em favor de suas declarações, de onde se conclui que a declaração do pai, ao reconhecer e registrar o filho, não pode ser elidida por simples argumentações e conjecturas acerca de sua autenticidade sob o ponto de vista da paternidade biológica. Mais do que isso, assim deve ser tal conclusão, pois é a que melhor prestigia o interesse da criança de ter reconhecida a sua paternidade, bem como de ter um lar e convívio familiar.

6. Por óbvio, essa presunção pode ser elidida por meio de prova idônea, a exemplo do teste de DNA. Todavia, até que se ultime a contraprova para verificar a paternidade biológica do pai registral do infante, não se pode concluir que a suposta adoção irregular, mediante fraude no registro civil, importe, por si só, em risco à integridade física ou psíquica do infante. Isso porque, utilizando-se a técnica do art. 98 do ECA que impõe a aplicação de medidas de proteção nas situações que especifica, não se prescinde, concretamente, da evidência de quaisquer situações de ameaça ou violação de direitos tutelados naquele diploma.

7. A excepcionalíssima hipótese dos autos justifica a concessão da ordem, porquanto parece inválida a determinação de acolhimento institucional da criança em abrigo ou entidade congênere, uma vez que, como se nota, não se subsume a nenhuma das hipóteses do art. 98 do ECA.

8. Esta Corte Superior tem entendimento firmado no sentido de que, salvo evidente risco à integridade física ou psíquica do infante, não é de seu melhor interesse o acolhimento institucional ou o acolhimento familiar temporário (Precedentes: HC n. 294.729/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe 29.08.2014; HC 279.059/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 28.2.2014; REsp n. 1.172.067/MG, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, DJe 14.4.2010).

9. A disciplina do art. 50 do ECA, ao prever a manutenção dos cadastros de adotantes e adotandos, tanto no âmbito local e estadual quanto em nível

nacional, este último regulamentado pela Resolução n. 54/2008 do Conselho Nacional de Justiça, visa conferir maior transparência, efetividade, segurança e celeridade no processo de adoção, assim como obstar a adoção *intuitu personae*. Contudo, não se pode perder de vista que o registro e classificação de pessoas interessadas em adotar não têm um fim em si mesmos, antes devem servir, precipuamente, ao melhor interesse das crianças e dos adolescentes. Portanto, a ordem cronológica de preferência das pessoas previamente cadastradas para a adoção não tem um caráter absoluto, pois deverá ceder ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, razão de ser de todo o sistema de defesa erigido pelo Estatuto, que tem na doutrina da proteção integral sua pedra basilar.

10. As questões suscitadas nesta Corte na presente via não infirmam a necessidade de efetiva instauração do processo de adoção, que não pode ser descartado pelas partes. Na ocasião, será imperiosa a realização de estudo social e aferição das condições morais e materiais para a adoção da criança. Entretanto, não vislumbro razoabilidade na transferência da sua guarda primeiro a um abrigo e depois a outro casal cadastrado na lista geral, sem que se desatenda ou ignore o real interesse do menor, com risco de danos irreparáveis à formação de sua personalidade na fase mais vulnerável do ser humano.

11. Ordem concedida.

(HC 468.691/SC, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 12/02/2019, DJe 11/03/2019)

7. Ante o exposto, concedo a ordem para, confirmando a liminar deferida, determinar que a paciente L. G. da S.P. permaneça sob os cuidados de D. C. P. G. G. e J. G. até que se ultime o exame do mérito da ação de guarda (n. 1005339-27.2018.8.26.0604, da 3ª Vara Cível da Comarca de Sumaré).

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Cuida-se de *habeas corpus* impetrado pelos guardiões de fato em favor da menor L G D A S P, no bojo de *pedido de medida de proteção/acolhimento institucional* formulado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, objetivando seja concedida ordem de liberação da infante do abrigo ao qual foi recolhida por determinação judicial (fls. 184-188, e-STJ), a fim de que retorne ao lar dos requerentes.

Em análise preliminar do *writ*, a Presidência desta Corte, ante a ausência de indícios de violência física ou psicológica e por considerar que “a condução da criança a abrigo, quando ela possui lar e família que a deseja, constitui violência

maior que a fraude perpetrada contra os integrantes da lista de pretendentes à adoção” (fl. 256, e-STJ), *deferiu* o pedido liminar para que a paciente, L. G. da S. P., fosse colocada sob a guarda dos impetrantes.

Parecer do Ministério Público Federal às 294-300, e-STJ, pelo não conhecimento do *habeas corpus*, por ter sido impetrado em face de decisão singular de relator, providência vedada pela Súmula 691/STF. No mérito, manifestou-se pela concessão da ordem, pois embora haja irregularidades no procedimento de adoção, deve-se dar preferência à manutenção da criança em um lar estabelecido.

Na sessão de 26/03/2019, o e. relator, exarou voto concedendo a ordem de *habeas corpus*, com a manutenção da liminar deferida, ante os seguintes argumentos: *a)* o entendimento deste Tribunal Superior no sentido de não conhecer de *writ* substitutivo de recurso próprio não impede seja verificada flagrante ilegalidade, teratologia ou abuso de poder, caso em que se admite ultrapassar o vício formal na impetração; *b)* o enfoque da doutrina da proteção integral e prioritária consolidada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente torna imperativa a observância do melhor interesse do infante, cujas medidas de proteção devem ser aplicadas sempre que a criança estiver em situação de risco, pois têm o objetivo precípua de afastar ou evitar o perigo ou a lesão aos direitos tutelados pelo ECA; *c)* a medida de acolhimento institucional deve ser adotada excepcionalmente, quando verificada alguma das hipóteses previstas no referido estatuto e somente até o retorno da criança à família natural ou adotiva, bem como não deverá ser imposta diante de outra alternativa que atenda ao melhor interesse da criança; *d)* o cadastro de adotantes e adotandos no âmbito local, estadual e nacional é muito relevante e louvável, porém o registro e a classificação de pessoas interessadas em adotar não têm um fim em si mesmos, cuja ordem das pessoas preferencialmente cadastradas não tem caráter absoluto, antes devem servir, precipuamente, ao melhor interesse da criança; *e)* no caso em exame, a manutenção da guarda de L. G. da S. P com o casal ora impetrante não representa situação concreta de ameaça ou violação de direitos do infante, pois nada há nos autos a demonstrar, ainda que vagamente, a ocorrência de exposição do infante a riscos para sua integridade física e psicológica; ao contrário, a criança necessita de cuidados especiais por ser um bebê de mãe soropositiva; *f)* a decisão de acolhimento do infante fulcrou-se tão somente nos argumentos apontados pelo *Parquet* estadual de que houve adoção irregular, sem, contudo, arrolar quaisquer evidências de que a criança esteja em situação de perigo físico ou psíquico ao conviver com os impetrantes; *g)* a hipótese excepcionalíssima dos

autos justifica a concessão da ordem porquanto parece inválida a determinação de acolhimento institucional da criança em abrigo, uma vez que não se subsume a nenhuma das hipóteses do art. 98 do ECA.

Ante as peculiaridades do caso, pedi vista dos autos para melhor exame.

É o relatório.

Voto

Em que pesem os judiciosos argumentos expendidos, rogando vênua ao eminente Relator, dele dirirjo nos termos a seguir propostos.

1. Inicialmente, é imprescindível referir que o presente *writ* fora impetrado em face da deliberação monocrática exarada pela Desembargadora Relatora do agravo de instrumento (n. 2258040-30.2018.8.26.0000) que indeferiu a liminar pleiteada. Tal recurso fora interposto contra decisão proferida pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Sumaré que, por sua vez, nos autos do *pedido de aplicação de medida de proteção* promovido pelo Ministério Público, determinou o acolhimento institucional da criança L G DA S P.

Quanto ao fato levantado pelo Ministério Público Federal, no sentido de ser descabido o *habeas corpus* contra decisão monocrática de relator, embora plausível, esta Corte tem superado tal questão, nas hipóteses em que as peculiaridades do caso exigirem.

Inegavelmente, a decisão monocrática do relator do agravo de instrumento é passível de recurso próprio, porém, optaram os requerentes por protocolar o presente *habeas corpus* a fim de que fosse mitigado o entendimento desta Corte Superior no sentido de não se admitir a impetração originária de *writ* como sucedâneo recursal, ressalvada a hipótese excepcional de concessão *ex officio* da ordem quando constatada flagrante ilegalidade ou decisão teratológica, ressalta-se, *que não é o caso dos autos*.

Nesse sentido, precedentes: HC 347.005/SP, Rel. Ministro *Raul Araújo*, *Quarta Turma*, DJe 01/08/2017; HC 374.764/SP, Rel. Ministro *Moura Ribeiro*, *Terceira Turma*, DJe 18/04/2017; HC 298.009/SP, Rel. Ministra *Nancy Andrigbi*, *Terceira Turma*, DJe 04/09/2014; AgRg no HC 300.827/PR, Rel. Ministro *Raul Araújo*, *Quarta Turma*, DJe 06/10/2014.

Na hipótese em julgamento é inadequada a utilização do presente expediente processual face a inexistência de decisão teratológica ou de manifesta ilegalidade da ordem. Ao contrário, o juízo *a quo* pautou-se nas diretrizes do

Estatuto da Criança e do Adolescente, que veda a transferência de guarda de criança sem autorização judicial para tanto.

É de se recordar que o *habeas corpus* não é sucedâneo de via recursal própria e que, no âmbito do seu muito restrito contexto probatório, quanto às evidências factuais, *a priori* apuradas perante o juízo de origem, nesta instância superior não é dado proceder ao revolvimento do exame das circunstâncias materiais que, reiterar-se, o juiz de base, ao determinar o internamento da criança - expressa e objetivamente - procedeu quando sopesou as condições do abrigo e as razões da necessidade da medida extrema ordenada.

Portanto, *preliminarmente*, é de se examinar o cabimento da via procedimental eleita pelas partes e, nessa esteira, ante as circunstâncias do caso concreto, não é de se conhecer do *habeas corpus* impetrado.

2. Caso superada a preliminar, a despeito disso, ante a existência de acórdãos desta Corte Superior que analisam o mérito da impetração a fim de avaliar acerca da adequação da medida protetiva de acolhimento institucional da menor, prossegue-se no exame da controvérsia posta a julgamento.

Em face dos elementos fático-probatórios disponíveis no presente caderno processual, verifica-se ter ocorrido a entrega espontânea da menor (no seu primeiro mês de vida) pela genitora residente na cidade de São José da Laje/AL aos ora impetrantes, cujo domicílio é em Sumaré/SP, não possuindo esses qualquer vínculo de parentesco com a criança ou mesmo mero relacionamento social com os respectivos familiares. Estes, por sua vez, não demonstraram interesse em assumir responsabilidade alguma perante a infante. Por outro lado, os requerentes, desde 2015, estão inscritos no Cadastro Nacional de Adoção (fl. 90, e-STJ) e estavam em 17º lugar na ordem cronológica correspondente ao perfil da criança, quando da elaboração do estudo social (fl. 117, e-STJ). É incontroverso que o período de convivência entre a infante e os impetrantes, até a deliberação exarada no bojo do pedido de medida de proteção, fora de aproximadamente sete meses, contando a menor atualmente com apenas onze meses de idade.

Inegavelmente, a *irregularidade na entrega da criança* e a “transferência da guarda” da mãe biológica ao casal guardião (ora impetrante) é notória, porquanto admitida pelos próprios requerentes, e pelos familiares, nas entrevistas realizadas pela equipe de assistência social.

O artigo 30 do ECA é de clareza solar ao determinar que “a colocação em família substituta não admitirá transferência da criança ou adolescente a terceiros

ou a entidades governamentais ou não-governamentais, **sem autorização judicial**, permissão/aquiescência essa que não ocorreu no caso *sub judice*.

O MM. Juiz de primeiro grau, cuja decisão fora mantida pelo Tribunal paulista, asseverou que “O casal que pretendeu, sem as devidas formalidades legais, **em prejuízo dos demais cadastrados à adoção, obter a guarda da criança, para indisfarçável futura adoção, tinha plena ciência do procedimento legal, para adotar, uma vez que estava cadastrado à adoção**” (fl. 184, e-STJ).

Ademais, segundo averiguação promovida pela equipe de *assistência social* (fls. 111-117, e-STJ), constatou-se que, a despeito de os impetrantes demonstrarem exercer proteção e cuidado para com a menor, *tinham pleno conhecimento do procedimento legal de adoção*, tanto que estão inscritos no cadastro, porém, como os próprios impetrantes afirmam, tomaram a “decisão na fé” e “não conseguiram falar não para a criança, embora soubessem dos riscos”.

A conclusão técnica do *estudo psicológico* realizado (fls. 118-123, e-STJ), não deixou dúvidas de que o casal impetrante teve contato prévio com a mãe biológica para a entrega direta do recém-nascido, inclusive se deslocaram de São Paulo até o Nordeste para tratar com a gestante, embora tivessem pleno conhecimento dos trâmites legais necessários para uma adoção. Daí pode-se concluir que houve *cumplicidade prévia ao nascimento da criança*, entre a mãe biológica e os impetrantes, sendo que em relação aos últimos verificou-se verdadeira má-fé quanto à observância dos procedimentos regulares previstos em lei e do pleno conhecimento dos mesmos, os quais visaram nitidamente burlar o Cadastro Nacional de Adoção e infringir a legislação pertinente.

Práticas como esta não podem ser referendadas pelo Poder Judiciário.

Na hipótese, dado o curto período de convivência com o casal guardião, não se vislumbra qualquer prejuízo à infante com o acolhimento institucional provisório, até que seja colocada em família substituta.

No ponto, destaca-se consideração da psicóloga judiciária que acompanhou o caso:

Do ponto de vista psicológico, entende-se que apesar do amparo psíquico e do afeto se mostrarem fundamentais desde os primeiros dias de vida de uma criança, a construção e a discriminação das figuras de referência na vida de um indivíduo ocorre ao longo de um período significativo e constante de convivência, não havendo, na fase atual de desenvolvimento de Laura, maturação fisiológica/cognitiva suficiente para a definição destes papéis sociais e o estabelecimento do senso de filiação. Para a criança, neste estágio

de vida, o casal corresponde a seus cuidadores primários, que apesar de serem importantíssimos para oferecer todo amparo (físico e emocional) e cuidado necessário, **não há como se falar em laços de afeto já consolidados da infante com os pretensos adotantes.** (fls. 121-122, e-STJ)

A avaliação psicológica aponta, ainda, que os estudos sobre o desenvolvimento infantil e teorias da personalidade estabelecem como consenso que “os vínculos afetivos entre um bebê e seu cuidador, vão se formando gradativamente e que **este cenário não estará consolidado antes do primeiro ano de vida**”, bem como que “**uma eventual ruptura nos primeiros meses de vida de um infante, não será determinante para a produção de traumas imutáveis ao estado emocional e ao desenvolvimento global do indivíduo ainda no início de seu desenvolvimento.**” (fl. 122, e-STJ).

Frente a tais circunstâncias, é cabido concluir que os elos de convivência com os impetrantes, na hipótese *sub judice*, não perduram por período tão significativa de modo a formar - **frise-se, para o infante** -, vínculo indissolúvel ou qualquer prejuízo ao seu desenvolvimento, a tal ponto, *capaz de autorizar o Poder Judiciário a relegar as exigências legais para a guarda ou para a adoção.*

E, como bem observou o órgão ministerial, “**o Cadastro de Adotantes conta com pessoas ansiosas por sua vez na lista de adoção; desejosas de filho e que esperam confiando no Poder Judiciário**” (fl. 182, e-STJ).

Ademais, deve-se dar especial relevo às ponderações e análises proferidas pelo juízo de piso e pelo Ministério Público da Comarca, órgãos esses que, em razão de sua atuação em primeiro grau, estão inegavelmente mais próximos do contexto fático e muito melhor aparelhados para acompanhar e averiguar as peculiaridades inerentes à proteção dos interesses da infante. E por tais razões, suas impressões e conclusões devem ser preservadas, haja vista que tomadas com base em ação ordinária com ampla carga cognitiva, enquanto que aqui, trata-se de medida extraordinária de *habeas corpus*, o qual não permite a extensiva dilação probatória.

Na hipótese ora em foco, com a vênua do e. Ministro Relator, momentaneamente, *a defesa do melhor interesse da criança se consubstancia no acolhimento provisório institucional*, assim como determinou o juízo de piso e o Tribunal Paulista, tanto em razão do pequeno lapso de tempo de convívio com os impetrantes, *de modo a evitar o estreitamento desses laços afetivos*, quanto para resguardar a adequada aplicação da lei e a observância aos procedimentos por ela instituídos.

A propósito, caso se aguarde a tomada das providências necessárias para reverter a prática irregular realizada pelos impetrantes, passando-se mais alguns anos, estará se consolidando a situação fática da adoção ilegal, tão repelida pelas políticas públicas que regulamentam a matéria.

Desta forma, *diante da evidente prática de adoção à brasileira*, mostra-se razoável e prudente a medida protetiva de acolhimento institucional determinada pelas instâncias ordinárias, com a devida vênua ao entendimento do eminente Relator, porquanto, da análise do caso, a medida determinada pelo magistrado *a quo* é a que melhor atende aos interesses presentes e futuros da criança, observando-se as leis pertinentes à hipótese e as políticas públicas construídas para o enfrentamento de casos como o ora em julgamento, sob pena de se criar exceção autorizadora ao absoluto descumprimento dessas normas e políticas públicas ora referidas.

Há precedentes da Casa, inclusive, no sentido de o *acolhimento institucional ser a melhor medida nos casos em que a guarda fora obtida de modo fraudulento*, a fim de evitar a formação de laços afetivos, a saber:

Habeas corpus. *Estatuto da Criança e do Adolescente. Ação de destituição de poder familiar e medida protetiva de acolhimento institucional. Entrega irregular do infante pela mãe biológica a terceiros. O abrigo é medida que se impõe, no caso. Ordem denegada.* [...] 2. Na origem fora determinado o acolhimento institucional face a suspensão do poder familiar em razão da inadequação na entrega espontânea do infante, pela mãe biológica residente na Bahia, ao casal impetrante domiciliado em São Paulo, que não possui qualquer vínculo de parentesco com a criança, tampouco é inscrito no cadastro de pretendentes à adoção. 3. Em princípio, não se afigura teratológica a deliberação do magistrado a quo e do Desembargador relator do agravo de instrumento que, frente às circunstâncias fáticas do caso entenderam prudente o acolhimento institucional do menor, ante a existência de fortes indícios acerca da irregularidade na conduta da genitora e dos impetrantes, ao afrontarem a legislação regulamentadora da matéria sobre a proteção de crianças e adolescentes, bem assim às políticas públicas implementadas, com amparo do Conselho Nacional de Justiça, que visam coibir práticas como a da adoção à brasileira. 3. Na hipótese ora em foco, momentaneamente, a defesa do melhor interesse da criança se consubstancia no acolhimento provisório institucional, tanto em razão do pequeno lapso de tempo de convívio com os impetrantes, de modo a evitar o estreitamento desses laços afetivos, quanto para resguardar a adequada aplicação da lei e a observância aos procedimentos por ela instituídos, já que, segundo se depreende dos elementos colhidos na análise desta controvérsia, para fins de adoção, os impetrantes não estão aptos visto sequer estarem inscritos no cadastro nacional de pretensos

adotantes. 4. Assim, dada a pouca idade do infante e em razão de que os elos de convivência não perduram por período tão significativo a ponto de formar, para o menor, vínculo indissolúvel, prudente e razoável a manutenção do abrigo.

5. Ordem denegada e, por consequência, revogada a liminar anteriormente concedida. (HC 439.885/SP, Rel. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região), Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 15/05/2018, DJe 21/05/2018) [grifou-se]

Habeas corpus. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ação de destituição de poder familiar e medida protetiva de acolhimento institucional. *Entrega irregular e ilegal da infante pela mãe biológica a terceiros.* Suspeita de tráfico de criança. O abrigo é medida que se impõe, no caso. Ordem denegada.

[...] 1. **Na origem fora determinado o acolhimento institucional em razão da ilegalidade na obtenção da guarda da infante pelo casal impetrante, que fora entregue, de forma ilícita, pela mãe biológica logo após o seu nascimento.**

2. É notória a irregularidade na conduta dos impetrantes, ao afrontar a legislação regulamentadora da matéria sobre a proteção de crianças e adolescentes, bem assim às políticas públicas implementadas, com amparo do Conselho Nacional de Justiça, visando coibir práticas como esta. 3. "Para evitar a formação de laços afetivos em hipóteses em que a guarda foi obtida de forma fraudulenta, com indícios de ilegalidade e cometimento de crime, mostra-se razoável a medida protetiva de acolhimento institucional." Precedentes. 4. Na hipótese, dada a pouca idade da infante e em razão de que os elos de convivência não perduram por período tão significativo a ponto de formar, para a menor, vínculo indissolúvel, prudente e razoável a manutenção do abrigo. 5. **Ordem denegada e, por consequência, revogada a liminar anteriormente concedida.** (HC 406.739/RS, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 17/08/2017, DJe 24/08/2017) [grifou-se]

Habeas corpus. Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). **Medida protetiva. Busca e apreensão de menor. Determinação de acolhimento institucional. Grave suspeita de fraude na aquisição da guarda.** Genitora humilde. Entrega do filho para outro casal, com posterior arrependimento. Necessidade de ampla dilação probatória. Ordem denegada. 1. Consoante entendimento jurisprudencial desta Corte de Justiça, salvo risco evidente à integridade física e psíquica da criança, não é do seu melhor interesse o acolhimento institucional, cuja legalidade pode ser examinada mediante a estreita via do *habeas corpus*. 2. **Todavia, no caso dos autos, o acolhimento institucional fora determinado em razão da descoberta de fraude na obtenção da guarda da criança pelo casal impetrante que, em conjunto com a genitora, utilizou-se de documentos falsos durante o pré-natal e no parto do menor.** 3. Ademais, há informações no sentido da viabilidade do retorno da criança à mãe biológica, que mostrou arrependimento pela entrega do filho ao casal impetrante. 4. *Dadas as peculiaridades do caso, tem-se a necessidade de ampla dilação probatória, o que é incompatível com a via do habeas corpus, que só admite cognição sumária.* 5. Ordem denegada. (HC 370.636/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 14/02/2017, DJe 21/02/2017) [grifou-se]

Habeas corpus. Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Medida protetiva. Busca e apreensão de menor. **Determinação de acolhimento institucional. Grave suspeita de fraude na aquisição da guarda.** Genitora adolescente de condição humilde. Entrega da filha para outro casal criar, intermediada por advogado, com posterior arrependimento. Genitora mãe registral impedida de ver a criança. Medida proporcional à gravidade do fato. Legalidade da decisão. Ordem denegada. [...] 3. A jurisprudência desta Corte orienta-se no sentido de que, salvo risco evidente à integridade física e psíquica da criança, não é do seu melhor interesse o acolhimento institucional. 4. **Contudo, para evitar a formação de laços afetivos em hipóteses em que a guarda foi obtida de forma fraudulenta, com indícios de ilegalidade e cometimento de crime, mostra-se razoável a medida protetiva de acolhimento institucional.** 5. No caso, o pai registral conquistou a guarda de forma obscura de genitora adolescente, que foi afastada da filha, sem poder manter contato com ela, com posterior arrependimento de sua entrega. 6. Envolvimento de terceiros na intermediação do ato de entrega da menor, com fortes indícios do cometimento de crime, tornando duvidosa a alegada paternidade. 7. Intervenção judicial, no caso, feita de forma precoce, mínima e proporcional à gravidade dos fatos imputados ao pai registral. 8. *Legalidade da medida protetiva da criança.* 9. *Ordem denegada.* (HC 342.325/RJ, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 18/02/2016, DJe 09/03/2016) [grifou-se]

Portanto, esta Corte tem orientação uniforme para casos semelhantes, estando nesta uniformização de entendimento uma das mais preciosas funções desta Casa que também é a de dirimir conflitos com segurança jurídica.

Por fim, este signatário não ignora a peculiaridade ressaltada pelo eminente Relator acerca da necessidade de *cuidados especiais* da menor, em razão de sua mãe biológica ser soropositivo para HIV. Contudo, entende-se que tal especificidade não é suficiente para afastar o cumprimento da legislação pertinente.

Quanto a esses *cuidados* exigidos pela criança, certamente serão providos pela família substituta, apta a receber a guarda, regularmente cadastrada e em fila de espera para a adoção e, enquanto a medida não se concretizar, caberá ao Estado, sob fiscalização do Ministério Público, prestar a assistência necessária.

Inclusive, destaca-se a informação contida à fl. 117, e-STJ, no sentido de que *há 16 famílias na lista do Cadastro de Adoção*, em posição anterior aos ora impetrantes, candidatando-se a acolher a criança e, conseqüentemente, prover os cuidados por ela exigidos.

Frisa-se que, ao tomar medida diversa da ora proposta, esta Corte Superior estaria, não só preterindo as referidas famílias, bem como incentivando a burla à legislação que regulamenta a matéria e o próprio “Cadastro Nacional

de Adoção”, este último instituído pelo Conselho Nacional de Justiça como política pública direcionada à proteção dos direitos da infância e juventude.

Cumpra ao juízo de origem, inclusive de ofício, valendo-se da sua equipe interdisciplinar de apoio, tomar as medidas cabíveis e urgentes para evitar o prolongamento indefinido dessa situação transitória da infante, de modo a deslindar a questão da atribuição da criança à sua família originária ou à família substituta.

3. Do exposto, dirijo do e. Relator para, preliminarmente, *não conhecer* do *habeas corpus* e, se superada por este Colegiado a referida questão, voto pela *denegação da ordem*, com a revogação da liminar deferida nesta Corte Superior.

É como voto.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Raul Araújo: Senhor Presidente, relativamente ao aspecto preliminar, embora eu conheça casos em que foi adotada essa técnica de julgamento, julgo incompatível com o instituto do *habeas corpus*, porque é uma ação constitucional e não um recurso, de modo que não podemos “não conhecer de *habeas corpus*”. Entendo assim, com a devida vênia, embora, repito, saiba que, em vários casos, se faz isso na jurisprudência de todo o País.

Não adoto esse tipo de solução, nem para o mandado de segurança, nem para o *habeas corpus*. Em nenhuma das chamadas ações constitucionais, pois não são recursos.

Rejeito a preliminar.

Indo adiante, entendo que a letra fria da lei não deve prevalecer nesses casos dramáticos que chegam até a Corte Superior, envolvendo menores em situação de risco. Até abdicamos um tanto da nossa condição de Corte Superior nessas questões que envolvem interesses de menor ou investigações de paternidade. Atuamos um pouco como instância ordinária nesses casos, dada à relevância dos direitos fundamentais envolvidos nessas ações.

Então, peço vênia ao eminente Ministro Marco Buzzi, que sei que em seu voto traz a solução, talvez, de melhor técnica do que aquela que nos apresenta o nobre Relator, pedindo vênia também ao Ministro Luis Felipe Salomão, para assim me expressar. Penso que o Ministro Salomão está usando mais o sentimento do que a pura técnica, mas é também isso o que faço nesses casos dramáticos.

E me sinto confortável em assim me expressar porque vou acompanhar Sua Excelência, o eminente Relator, apenas ponderando que se faça um mínimo de referência ao mérito da ação. Deixemos que o mérito da ação de guarda seja definido, com o destino da criança, pelas instâncias ordinárias, oportunamente. Esse mérito pode até ultrapassar o âmbito da mera guarda do menor, já que outras questões poderão ser ali também avaliadas pelo julgador, como salienta o voto-vista, muito técnico, primoroso, do eminente Ministro Marco Buzzi.

Entendo que, com isso, não estaremos fugindo aos procedimentos legais, mas apenas deixando que, provisoriamente, a criança fique numa situação melhor, recebendo atenção mais específica, direta, imediata, pessoal do casal, em favor de quem concedemos a ordem de *habeas corpus*. Tudo isso sem subtrair, das instâncias ordinárias, o cumprimento de seu dever, que é de definir, após exame bem abalizado, bem adequado, a situação definitiva da criança.

Apenas de forma provisória é que concedemos a ordem de *habeas corpus* para que a criança possa ficar não em abrigo, onde receberia um tratamento menos pessoal, menos imediato, menos eficaz, talvez, e, sim, com um casal que se dispõe a ter atenções direcionadas para a criança em situação de risco.

Então, peço vênia para acompanhar o eminente Relator.

VOTO VENCIDO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Senhor Presidente, compreendo todos os motivos de conveniência que inspiram o voto do eminente Relator e do Ministro Raul Araújo, mas, penso, assim como o Ministro Buzzi, que decisões do gênero podem inviabilizar o cadastro de adoção. Penso que, se deferirmos a guarda por liminar, em *habeas corpus* - num caso em que ambas as instâncias de origem entenderam, após analisar a situação de fato mais de perto, e tendo elas conhecimento do sistema de abrigamento que existe na origem e, inclusive, com parecer psicológico de que não haveria prejuízo no abrigamento da criança, enquanto não se designava uma das várias famílias cadastradas com antecedência aos impetrantes - com essa guarda, na prática, vai se consumir aquilo que o Ministério Público busca evitar, que é exatamente a consolidação desses laços afetivos.

Penso que, após deferida essa guarda, não haverá como se emprestar o valor que a lei quis dar ao procedimento de cadastro de adoção. Considero também que não é caso de *habeas corpus*. Na prática, a preliminar se confundiria

com o mérito. Penso que a questão deverá ser resolvida na via cível com todas as possibilidades de recurso que existem na via cível, inclusive agravo de instrumento, medidas cautelares, mandados de segurança, mas não *habeas corpus*.

Acompanho, portanto, com a devida vênia do eminente Relator, a divergência.

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 59.322-MG
(2018/0298229-5)**

Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira

Recorrente: F S D

Advogado: Francisco Sales Dantas (em causa própria) - BA038052

Recorrido: Estado de Minas Gerais

Interes.: C M Z L

Interes.: M A L

Interes.: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

EMENTA

Processual Civil. Recurso em mandado de segurança. Ato judicial. Impetração. Excepcional cabimento. Ilegalidade, teratologia ou abuso de poder. Advogado. Terceiro interessado. Súmula n. 202/STJ. Litigância de má-fé. Imposição de multa ao profissional. Impossibilidade. Recurso provido.

1. É excepcional o cabimento de mandado de segurança contra ato judicial impugnável por recurso em relação ao qual se faz possível atribuir efeito suspensivo. A impetração, nessa hipótese, somente é admitida em casos de flagrante ilegalidade, teratologia ou abuso de poder.

2. Os advogados, públicos ou privados, e os membros da Defensoria Pública e do Ministério Público não estão sujeitos à aplicação de pena por litigância de má-fé em razão de sua atuação

profissional. Eventual responsabilidade disciplinar decorrente de atos praticados no exercício de suas funções deverá ser apurada pelo respectivo órgão de classe ou corregedoria, a quem o magistrado oficiará. Aplicação do art. 77, § 6º, do CPC/2015. Precedentes do STJ.

3. A contrariedade direta ao dispositivo legal antes referido e à jurisprudência consolidada desta Corte Superior evidencia flagrante ilegalidade e autoriza o ajuizamento do mandado de segurança, em caráter excepcional.

4. “A impetração de segurança por terceiro, contra ato judicial, não se condiciona à interposição de recurso” (Súmula n. 202/STJ). O advogado, representante judicial de seu constituinte, é terceiro interessado na causa originária em que praticado o ato coator, e, nessa condição, tem legitimidade para impetrar mandado de segurança para defender interesse próprio.

5. Recurso provido.

ACÓRDÃO

A Quarta Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Buzzi, Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão.

Brasília (DF), 05 de fevereiro de 2019 (data do julgamento).

Ministro Antonio Carlos Ferreira, Relator

DJe 14.2.2019

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: F. S. D. impetrou mandado de segurança perante o TJMG contra ato do Juiz de Direito da 5ª Vara Cível do Foro da Comarca de Governador Valadares - MG, impugnando o comando contido em decisão que lhe impôs, em demanda que patrocinou e solidariamente com sua constituinte, pena por litigância de má-fé no equivalente a 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

Na petição inicial (e-STJ, fls. 1/15), o recorrente argumentou ser descabida a imposição da pena em seu desfavor, procedimento que contraria o art. 77, § 6º, do CPC/2015. Aduziu, ainda, que “[o] advogado não pode ser punido no processo em que supostamente atua como litigante de má-fé, ainda que incorra em falta profissional. Eventual conduta desleal praticada pelo profissional deve ser apurada em processo autônomo, nos termos do artigo 32 do Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/1994)” (fl. 7).

O TJMG, com fundamento nos arts. 5º, II, e 10 da Lei Federal n. 12.016/2009 e outrossim no entendimento expresso na nota n. 267 da Súmula do STF, indeferiu liminarmente a petição inicial e julgou extinto o processo, ante o cabimento de recurso de agravo, na forma instrumental, contra a decisão proferida pela autoridade coatora (art. 1.015, § ún., do CPC/2015).

Irresignado, o impetrante interpôs o presente recurso ordinário, com fundamento no art. 105, II, “b”, da CF/1988, reiterando os fundamentos pela adequação do *Writ* e defendendo ser teratológica a decisão impugnada. Pediu a suspensão liminar do ato e, ao final, o provimento do recurso.

Por meio da decisão juntada às fls. 123/125, deferi liminar para suspender, em relação ao advogado impetrante, os efeitos da decisão que lhe impôs multa por litigância de má-fé.

Remetidos os autos ao Ministério Público Federal, sobreveio parecer da lavra do em. Subprocurador-Geral da República *Antonio Carlos Alpino Bigonha*, que opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira (Relator): A irresignação prospera.

Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial passível de impugnação por meio de recurso dotado de efeito suspensivo. É esse o comando do art. 5º, II, da LMS:

Art. 5º Não se concederá mandado de segurança quando se tratar:

(...)

II - de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo;

Embora não seja dotado de efeito suspensivo *ex vi legis*, ao agravo de instrumento é possível atribuir essa condição, conforme previsão do art. 1.019, I, do CPC/2015. Por esse motivo, a rigor, a impetração é descabida. No ponto:

Processual Civil. Agravo interno no mandado de segurança. Enunciado Administrativo 3/STJ. Interposição de recurso ordinário durante a vigência do CPC/1973. Impossibilidade de aplicação da teoria da causa madura. Jurisprudência remansosa. Pretensão mandamental manifestamente incabível. Ausência de teratologia da decisão.

1. Não cabe ação de mandado de segurança contra ato judicial de que caiba recurso ao qual seja possível, nos termos dos arts. 995, parágrafo único, e 1.026, § 1º, do CPC/2015, agregar efeito suspensivo. Inteligência do art. 5º, inciso II, da Lei 12.016/2009.

(...)

(AgInt no MS 23.248/CE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Corte Especial, julgado em 07/03/2018, DJe 23/03/2018)

A jurisprudência desta Corte Superior, todavia, admite seja impetrada a ação constitucional nos casos em que o ato coator revela-se teratológico, de flagrante ilegalidade ou abuso de poder. Cito, dentre muitos julgados nesse sentido, o seguinte:

Mandado de segurança contra decisão judicial. Intempestividade do agravo. Tema apreciado pelo Tribunal. Inexistência de ilegalidade, teratologia e abuso de poder. Ordem denegada.

1. O mandado de segurança impetrado contra ato jurisdicional é medida excepcional, somente cabível em casos de flagrante ilegalidade, teratologia ou abuso de poder (...)

(...)

(MS 21.463/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Rel. p/ Acórdão Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Corte Especial, julgado em 19/08/2015, DJe 18/11/2015)

No caso presente, o impetrante é advogado e foi multado, em conjunto com sua cliente, por supostamente ter incorrido em litigância de má-fé (e-STJ, fls. 16/17).

Ocorre que o art. 77, § 6º, do CPC/2015 é expresso em prever que os advogados, por sua atuação profissional, não estão sujeitos a penas processuais, cabendo o Magistrado oficial ao respectivo órgão de classe (OAB) para a apuração de eventual responsabilidade disciplinar:

Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento;

III - não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito;

IV - cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação;

V - declinar, no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva;

VI - não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso.

§ 1º Nas hipóteses dos incisos IV e VI, o juiz advertirá qualquer das pessoas mencionadas no *caput* de que sua conduta poderá ser punida como ato atentatório à dignidade da justiça.

§ 2º A violação ao disposto nos incisos IV e VI constitui ato atentatório à dignidade da justiça, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa de até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta.

§ 3º Não sendo paga no prazo a ser fixado pelo juiz, a multa prevista no § 2º será inscrita como dívida ativa da União ou do Estado após o trânsito em julgado da decisão que a fixou, e sua execução observará o procedimento da execução fiscal, revertendo-se aos fundos previstos no art. 97.

§ 4º A multa estabelecida no § 2º poderá ser fixada independentemente da incidência das previstas nos arts. 523, § 1º, e 536, § 1º.

§ 5º Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa prevista no § 2º poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo.

§ 6º Aos advogados públicos ou privados e aos membros da Defensoria Pública e do Ministério Público não se aplica o disposto nos §§ 2º a 5º, devendo eventual responsabilidade disciplinar ser apurada pelo respectivo órgão de classe ou corregedoria, ao qual o juiz oficiará.

(...)

A jurisprudência deste Tribunal Superior firmou-se nessa mesma linha de inteligência, embora formada na vigência do sistema processual revogado (CPC/1973, art. 14, § ún.), cuja redação nem mesmo era tão impositiva e eloquente como a do novel diploma:

Art. 14. (...)

Parágrafo único. **Ressalvados os advogados[,] que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB**, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.

Confira-se:

Civil e Processo Civil. Litigância de má-fé. Condenação solidária do advogado. Impossibilidade.

(...)

4. Responde por litigância de má-fé (arts. 17 e 18) quem causar dano com sua conduta processual. Contudo, nos termos do art. 16, somente as partes, assim entendidas como autor, réu ou interveniente, em sentido amplo, podem praticar o ato. Com efeito, todos que de qualquer forma participam do processo têm o dever de agir com lealdade e boa-fé (art. 14, do CPC). Em caso de má-fé, somente os litigantes estarão sujeitos à multa e indenização a que se refere o art. 18, do CPC.

5. Os danos eventualmente causados pela conduta do advogado deverão ser aferidos em ação própria para esta finalidade, sendo vedado ao magistrado, nos próprios autos do processo em que fora praticada a alegada conduta de má-fé ou temerária, condenar o patrono da parte nas penas a que se refere o art. 18, do Código de Processo Civil.

6. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, provido.

(REsp 1.173.848/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 20/04/2010, DJe 10/05/2010)

Agravo interno. Recurso especial. Subscrição de ações. Contrato de participação financeira. Aquisição de linha telefônica. Cumprimento de sentença. Impugnação. Litigância de má-fé. Cerceamento de defesa. Reexame de matéria fática. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. Condenação solidária do advogado por litigância de má-fé. Impossibilidade.

(...)

3. As penas por litigância de má-fé, previstas nos artigos 14 e 16 do CPC de 1973, são endereçadas às partes, não podendo ser estendidas ao advogado que atuou na causa, o qual deve ser responsabilizado em ação própria, consoante o artigo 32 da Lei 8.906/1994. Precedentes.

4. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no REsp 1.590.698/RS, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 04/05/2017, DJe 11/05/2017)

Recurso especial. Processual Civil. Recursos especiais interpostos pela OAB/SP e pelo autor da ação possessória e seus patronos. Litigância de má-fé. Dano processual. Indenização. Não demonstração do prejuízo. Multa. Condenação solidária do promovente e seus advogados. Impossibilidade. Necessidade de ação própria. Acolhimento das teses recursais.

(...)

6. Em caso de litigância de má-fé (CPC, arts. 17 e 18), descabe a condenação solidária da parte faltosa e de seus procuradores. A conduta processual do patrono da parte é disciplinada pelos arts. 14 do CPC e 32 do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil - EAOAB (Lei 8.906/94), de maneira que os danos processuais porventura causados pelo advogado, por dolo ou culpa grave, deverão ser aferidos em ação própria.

7. Recurso especial da OAB/SP provido.

8. Recurso especial do autor e seus patronos parcialmente provido.

(REsp 1.331.660/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 17/12/2013, DJe 11/04/2014)

No mesmo sentido, ainda: REsp 1.370.503/BA, Rel. Ministra *Eliana Calmon*, Segunda Turma, julgado em 04/06/2013, DJe 11/06/2013; RMS 27.868/DF, Rel. Ministra *Laurita Vaz*, Quinta Turma, julgado em 25/10/2011, DJe 11/11/2011; REsp 1.247.820/AL, Rel. Ministro *Humberto Martins*, Segunda Turma, julgado em 28/06/2011, DJe 01/07/2011; AgRg nos EDcl no Ag 918.228/RS, Rel. Ministro *Paulo de Tarso Sanseverino*, Terceira Turma, julgado em 14/09/2010, DJe 22/09/2010; EDcl no RMS 31.708/RS, Rel. Ministra *Nancy Andrigli*, Terceira Turma, julgado em 10/08/2010, DJe 20/08/2010; REsp 140.578/SP, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, Quarta Turma, julgado em 20/11/2008, DJe 15/12/2008.

A contrariedade direta ao dispositivo legal antes referido e à jurisprudência consolidada desta Corte Superior evidencia flagrante ilegalidade e autoriza o ajuizamento do mandado de segurança, em caráter excepcional.

Além disso, no caso concreto o impetrante não figura como parte na demanda principal, ostentando a condição de terceiro, o que enseja a aplicação do entendimento consolidado na nota n. 202 da Súmula de Jurisprudência do STJ:

A impetração de segurança por terceiro, contra ato judicial, não se condiciona à interposição de recurso.

Vejamos:

Recurso em mandado de segurança. Processual Civil. Impetração de terceiro prejudicado contra ato judicial. Súmula 202/STJ. Cabimento. Retorno do feito à origem.

O advogado da cliente que teve negado seu pedido de reserva de honorários quando do precatório, na qualidade de terceiro prejudicado, tem legitimidade para impetrar a ação mandamental em comento – Súmula 202/STJ.

Recurso provido com o retorno dos autos ao Tribunal de origem para análise do mérito da impetração.

(RMS 16.440/RJ, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 09/12/2003, DJ 02/02/2004, p. 340)

Quanto ao mérito da controvérsia, por força da disposição contida nos arts. 1.027, § 2º, e 1.013, § 3º, ambos do CPC/2015, este Tribunal Superior poderia desde logo julgar a demanda, haja vista tratar-se de discussão puramente jurídica.

Contudo, observo que a autoridade coatora não foi notificada a prestar informações, tampouco cientificado o órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada – Estado de Minas Gerais – para ingressar no feito, se assim o quiser, na forma prevista pelo art. 7º, incisos I e II, da Lei Federal n. 12.016/2009

Em tais circunstâncias, entendo que o processo não está em condições de imediato julgamento.

Ante o exposto, *dou provimento* ao presente recurso ordinário para cassar o acórdão recorrido e determinar o prosseguimento do mandado de segurança perante o TJMG, a quem caberá julgá-lo como entender de direito.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.149.487-RJ (2009/0132773-3)

Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira

Recorrente: Pedro Henrique de Orleans e Bragança e outros

Advogados: Mário Alberto Pucheu e outro(s) - RJ008447

Sergio Bermudes e outro(s) - RJ017587

Recorrente: Isabel de Orleans e Bragança e outros

Advogado: Dirceu Alves Pinto e outro(s) - RJ007570

Recorrente: Estado do Rio de Janeiro

Procurador: Sérgio Teixeira Firmo e outro(s) - RJ034823

Recorrido: Os Mesmos

Recorrido: União

Interes.: Pedro de Orleans e Bragança - Espólio

Repr. por: Afonso de Bourbon de Orleans e Braganca - Inventariante

Advogado: José Carlos de Araújo Almeida Filho e outro(s) - RJ071627

EMENTA

Civil e Processual Civil. Recurso especial. Ação de força velha (demanda possessória, processada pelo rito ordinário) proposta em 1895. Dotação para a aquisição de prédio destinado à habitação da Princesa Imperial Dona Isabel e seu marido. Atual Palácio Guanabara. Direito de habitação. Obrigação do Estado vinculada à monarquia. Próprio nacional. Prescrição.

1. Caso em que a petição inicial de “ação de força velha” (demanda possessória, processada pelo rito ordinário), proposta em 1895 pelo Conde e pela Condessa d’Eu (Princesa Isabel), discute a posse do Palácio Isabel (atual Palácio Guanabara) e também a propriedade, repelindo a natureza de próprio nacional declarada no Decreto n. 447, de 18.7.1891, e afirmando a existência de esbulho e de confisco por parte do Estado. Em tal contexto, a posse está sendo postulada, igualmente, com fundamento no domínio.

2. Coisa julgada material descaracterizada quanto ao tema de mérito relativo ao domínio, tendo em vista que, no julgamento da Petição n. 100, ocorrido em 10.8.1895, o STF indeferiu a ação de incorporação proposta pela União tão somente diante de aspectos processuais afetos ao Decreto n. 447/1891, que não serviria como argumento para viabilizar a utilização e o processamento do referido tipo de ação. Remeteu as partes, então, às vias ordinárias.

3. O Palácio Guanabara, adquirido com recursos do Tesouro Nacional a título de dote, com fundamento nas Leis n. 166, de 29.9.1840, 1.217, de 7.7.1864, e 1.904, de 17.10.1870, destinava-se exclusivamente à habitação do Conde e da Condessa d'Eu por força de obrigação legal do Estado vinculada à monarquia e ao alto decoro do trono nacional e da família imperial.

4. Com a proclamação e a institucionalização da República, as circunstâncias fundamentais que justificavam a manutenção da posse do palácio deixaram de existir, tendo em vista que foram extintos os privilégios de nascimento, os foros de nobreza, as ordens honoríficas, as regalias e os títulos nobiliárquicos. Em decorrência, as obrigações do Estado previstas nas leis da época perante a família imperial foram revogadas *ipso facto* pela nova ordem imposta, dentre as quais a posse de que trata a ação.

5. A legislação editada durante a monarquia (Leis n. 166/1840 e 1.904/1870) expressamente conferiu aos imóveis adquiridos para a residência da família imperial natureza de próprio nacional, ou seja, bens de propriedade da Fazenda Nacional.

6. Durante o regime imperial, não se cogitava da abolição da monarquia, razão pela qual a instituição da república, extinguindo o anterior regime, qualificou nova hipótese de “fim da sucessão” dos privilégios dos membros da família imperial relacionados aos imóveis adquiridos a título de dote com dinheiro público.

7. Prejudicado o recurso adesivo do Estado do Rio de Janeiro, tendo em vista que o pedido de decretação da prescrição foi subordinado, pelo próprio recorrente, ao efetivo acolhimento da pretensão dos herdeiros do Conde e da Condessa d'Eu. No julgamento, todavia, os referidos recursos especiais não foram providos.

8. Recursos especiais interpostos por Pedro Henrique de Orleans e Bragança e outros e por Isabel de Orleans e Bragança e outros conhecidos parcialmente e desprovidos, e recurso adesivo interposto pelo Estado do Rio de Janeiro prejudicado.

ACÓRDÃO

A Quarta Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente e, nesta parte, negou provimento aos recursos especiais interpostos por Pedro Henrique de

Orleans e Bragança e outros e por Isabel de Orleans e Bragança e outros; e julgou prejudicado o recurso adesivo interposto pelo Estado do Rio de Janeiro, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Buzzi, Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

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

Brasília (DF), 06 de dezembro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Antonio Carlos Ferreira, Relator

DJe 15.2.2019

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Senhor Presidente, acompanho o magnífico voto de Vossa Excelência, o qual, aliado às belíssimas sustentações orais, nos fizeram rememorar importantes momentos de nossa história.

Ressalto, como já fez Vossa Excelência, que não estamos julgando aqui uma possível reparação global que fosse devida à nossa Família Imperial quando de seu banimento do País, mas apenas a questão relativa ao título pelo qual o Palácio Izabel, hoje Palácio Guanabara, era ocupado e eventual direito de indenização pelo seu desapossamento.

Esse prédio foi adquirido, com recursos da Nação, para habitação da Princesa Imperial. Não era de propriedade do Conde e da Condessa d' Eu, Princesa Isabel. Idêntica questão foi decidida pelo Supremo Tribunal Federal, em acórdão proferido em 16.3.1898, relação ao denominado Palácio Leopoldina, em ação possessória ajuizada por Dom Pedro Augusto de Saxe Coburgo Gotha e Bragança, cujo regime jurídico era o mesmo, estabelecido pelas mesmas leis e semelhantes contratos matrimoniais.

Sustentam os recorrentes que não seriam iguais as circunstâncias do Palácio Leopoldina e do Palácio Izabel, porque o Palácio Leopoldina teria sido indenizado ao viúvo da precocemente falecida Princesa Leopoldina.

Ocorre que, dos próprios documentos trazidos nos memoriais, observo que o acordo relativo ao dote da falecida Princesa Leopoldina, que foi firmado em 1888, portanto, durante a Monarquia, estabelecia que fosse pago o dote da falecida Princesa - devido em decorrência do falecimento, nos termos do contrato matrimonial - na importância de 1.200 (mil e duzentos) contos de

réis: um terço para o viúvo e dois terços para os quatro filhos, valores esses que deveriam ficar em usufruto dos beneficiários. Além disso, foi estabelecido que, fora essa quantia, o Palácio Leopoldina ficaria em “administração e usufruto” do segundo Duque de Saxe, filho da Princesa Leopoldina, o qual já havia atingido a maioridade.

Portanto, essas quantias que foram destinadas à família da Princesa Leopoldina, ainda durante a Monarquia, foram pagas por força de outras cláusulas do contrato matrimonial que não estipulavam apenas o valor para aquisição para moradia do que viria a ser depois denominado “Palácio Leopoldina” (assim como o Palácio Isabel). Elas previam dotação para compra de móveis, enxoval e apetrechos para guarnecer os Palácios e também previam dotação anual para a manutenção da família e havia estipulação também do que aconteceria em caso de morte de um dos cônjuges. Tudo isso estava disciplinado nesses contratos.

No caso da Princesa Leopoldina, pois, como ela faleceu ainda durante a Monarquia, foi seguido à risca o contrato matrimonial e houve o pagamento dessa dotação, que não correspondia ao valor do Palácio, mas a outras estipulações. O Palácio, expressamente nesse acordo, ficou sob usufruto e administração do filho mais velho da falecida Princesa Leopoldina, que era o morgado, Príncipe Pedro Augusto. Quando proclamada a República, também o Palácio Leopoldina foi tomado, o que ensejou essa ação possessória julgada pelo Supremo Tribunal Federal, a propósito do Palácio da Leopoldina, que, a meu ver, constitui precedente de hipótese absolutamente semelhante para que se julgue o presente caso.

Assim, não estamos aqui discutindo outras indenizações a que pudesse fazer jus a Princesa Isabel e que, certamente, não foram recebidas, porque ela foi banida, juntamente com a Família Imperial, ao contrário da Princesa Leopoldina, que faleceu antes do fim da Monarquia.

No tocante a ela, o seu contrato matrimonial foi completamente cumprido com o pagamento da dotação destinada ao seu viúvo e filhos, ficando o Palácio na administração do seu filho mais velho, tendo sido posteriormente ocupado pelo Governo republicano, assim como ocorreu com o Palácio Izabel.

Nesse sentido, reporto-me a escrito de Dom Carlos Tasso de Saxe-Coburgo e Bragança, bisneto da Princesa Leopoldina, publicado em 2012 pela Editora Senac/SP, sob o título “A Intriga”, em que são narradas, dentre outros fatos atinentes à Monarquia, as circunstâncias do casamento das princesas Isabel e Leopoldina:

Dom Pedro II, um homem de grande prestígio, mas que não era rico, vivia unicamente com sua dotação, que, por sua vontade, nunca foi aumentada durante todo o seu longo reinado. Ele destinava grande parte dos seus recursos a ações beneficentes e bolsas de estudo. Abnegado, vivia como um modesto burguês.

Portanto, do ponto de vista econômico, suas filhas não podiam ser vistas como grandes herdeiras. Receberiam um dote, fixado pelas câmaras, uma casa em uso de propriedade do Governo e uma vasta área de terreno, sempre pertencente ao Estado, que deveriam medir e beneficiar às próprias custas. Se vendessem algum lote daquela porção de terra, o dinheiro seria convertido em títulos da dívida pública, os quais não eram comerciáveis. Era um presente realmente curioso!

Acompanho, portanto, o voto do Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Trata-se, na origem, de “ação de força velha” (ação possessória, processada pelo rito ordinário) proposta em 24.9.1895 pelo Conde e pela Condessa d’Eu, Princesa Isabel, contra a Fazenda Nacional, afirmando que “desde 25 de janeiro de 1865 entraram na legítima posse do prédio urbano situado na rua da Guanabara conhecido por Palácio Izabel e nella se conservaram, mansa e pacificamente, sem dúvida ou contestação de quem quer que seja, até que em 1891, isto é, 26 anos depois, por Decreto n. 447, de 18 de julho, o poder executivo, sem forma nem figura de justiça declarou que ficavam incorporados aos próprios nacionais todos os bens que constituíam o dote ou patrimônio concedidos por actos do extinto regime à Princeza Imperial Condessa d’Eu. Nestes bens se compreende o Palácio Izabel” (e-STJ fl. 4). Posteriormente à edição do decreto, o “Palácio Izabel” veio a ser ocupado militarmente em 28.5.1894.

A ação, em primeiro grau, foi julgada improcedente em 10.4.1897, sendo “considerado próprio nacional o Palácio Izabel, a fim de ser a Fazenda Nacional imitada na posse do mesmo predio por meio do respectivo processo judicial de incorporação nos propios nacionais” (e-STJ fl. 91).

Os autores interpuseram apelação para o Supremo Tribunal Federal em 20.4.1897 (e-STJ fls. 95/96), sendo os autos encaminhados à instância superior em 18.6.1897 (e-STJ fl. 101). No STF, os autos teriam sido remetidos ao arquivo, sem regular distribuição.

Em 14.7.1964, o processo, sem número, oriundo do Supremo Tribunal Federal, foi recebido no antigo Tribunal Federal de Recursos – TFR (e-STJ fl. 102), autuado como Apelação Cível n. 28.558 e distribuído ao Ministro *Henrique D’Avila* (e-STJ fl. 174).

Os presentes autos (Apelação Cível n. 28.558), ainda no antigo TFR, foram apensados à Apelação Cível n. 25.448 (ação reivindicatória – REsp n. 1.141.490) em 18.9.1973 (e-STJ fls. 190/192).

A Primeira Turma do antigo Tribunal Federal de Recursos – TFR julgou as duas apelações (AC n. 25.448 e AC n. 28.558) em 17.12.1979, dando-lhes provimento, por maioria, para afastar a prescrição decretada nos autos da ação reivindicatória em apenso (AC n. 25.448 – REsp n. 1.141.490/RJ), estando o acórdão assim ementado:

Civil e Processual Civil. Palácio Guanabara (antigo Palácio Isabel). Ação de força velha. Ação reivindicatória. Conexidade. Prescrição extintiva e prescrição intercorrente. Inocorrência. Prescrição quinquenal (Decretos 20.910/32 e 4.597/42). Inaplicabilidade às ações reais. A ação reivindicatória não prescreve enquanto o titular do direito não o houver perdido por efeito da prescrição aquisitiva (AC n. 25.448). Processo arquivado sem determinação judicial. Falta de impulso oficial (AC n. 28.558).

1) Não-incidência da prescrição extintiva extraordinária, antigamente trintenária, porquanto a ocupação militar, decorrente da Revolta da Armada, que se iniciara em 6 de setembro de 1893 e se prolongou por cerca de dois anos, ocorreu no dia 28 de maio de 1894, não se somando, para aquele fim, o período anterior e o posterior ao início da vigência do Código Civil, em 1º de janeiro de 1917 (Cód. Civ., art. 1.806): – quanto ao primeiro período, porque houve citação válida da União, interrompendo a prescrição; e quanto ao segundo, porque somente em 1947, trinta anos após o início da vigência do Código Civil, ocorreria a prescrição, interrompida em 1946, mediante protesto judicial (Cód. Civ., art. 172, II; Cód. de Proc. Civ. de 1939, art. 720).

2) Inocorrência da prescrição quinquenal prevista nos Decretos n. 20.910/32 e 4.597/42, porquanto inaplicável às ações reais, sendo certo que a ação reivindicatória não prescreve enquanto o titular do direito não o houver perdido por efeito da prescrição aquisitiva. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

3) Constitui embaraço judicial, impeditivo do fluxo prescricional, a remessa do processo ao Arquivo do Egrégio Supremo Tribunal Federal, sem ordem do Relator, porquanto efetuada antes mesmo de qualquer registro ou distribuição.

4) Apelos providos. (e-STJ fls. 600/601 do REsp n. 1.141.490/RJ – AC n. 25.448, em apenso.)

Os respectivos embargos de declaração, em 19.6.1987, foram acolhidos para se reconhecer a existência de omissão, corrigindo-se o ponto omissivo. Oportuno extrair do voto do em. Ministro *Washington Bolívar*, Relator, as seguintes passagens:

Conforme descrito no relatório, verifica-se que os três embargos pedem, em síntese, que seja reconhecida a omissão do julgado quanto à existência de uma sentença de mérito, já proferida na ação possessória (fl. 47, da AC n. 28.558), bem assim que a Turma prossiga no julgamento, já que repeliu, por maioria, a prejudicial de mérito relativa à prescrição.

Todos os embargantes têm razão e, como Relator, devo reconhecer o erro e procurar corrigi-lo.

[...]

É evidente a contradição entre o que me parecera acertado – prosseguir a Turma o julgamento, interrompido pela aposentadoria intercorrente do Relator, o eminente Ministro *Corrêa Pina*, o Relator originário – e a conclusão do voto pela remessa dos autos à Vara de origem a fim de que, afastada a prescrição, possa o Juiz julgar as ações intentadas, como lhe parecer de direito.

Ademais, como se ressaltou em todas as razões ofertadas com os embargos declaratórios, olvidou-se a circunstância de que o Juiz de primeiro grau já se pronunciara, na ação possessória, quanto ao mérito, julgando-a improcedente e na outra, de reivindicação, cingira-se o Juiz à prejudicial da prescrição, que também integra o mérito do litígio, extinguindo o processo.

Ante o exposto, acolho todos os embargos, para reconhecer a omissão e eliminar a contradição, declarando que a Turma deve prosseguir o julgamento, o que de logo não se empreende pela circunstância de haver também se aposentado o eminente Ministro *Márcio Ribeiro*, que era o Revisor, a indicar o adiamento, para que seja o processo encaminhado ao meu eminente Revisor, o Sr. Ministro *Carlos Thibau*, a fim de que tome conhecimento pessoal e direto de todas as relevantes questões de fato e de Direito expostas em ambas as ações, de inegável interesse para as Letras Jurídicas nacionais e para a História de nosso País. Essa solução, ademais, permitirá não sejam os embargantes surpreendidos, já que devem ser cientificados, na oportunidade própria, de que se vai prosseguir no julgamento, ante o acolhimento dos embargos. (e-STJ fls. 665/667 do REsp n. 1.141.490/RJ – AC n. 25.448, em apenso.)

O acórdão dos referidos aclaratórios encontra-se assim ementado:

Processual Civil. Embargos de declaração. Omissão do julgado e contradição.

1) Reconhecimento de omissão do julgado quanto à existência de sentença de mérito já proferida numa das ações (AC n. 28.558) e para eliminar contradição,

declarando-se que a Turma deve prosseguir no julgamento, uma vez afastada, por maioria, a prescrição.

2) Embargos declaratórios recebidos. (e-STJ fl. 672 do REsp n. 1.141.490/RJ – AC n. 25.448, em apenso.)

O mencionado aresto dos embargos de declaração transitou em julgado (e-STJ fl. 674 do REsp n. 1.141.490/RJ – AC n. 25.448, em apenso).

Com a extinção do TFR, o processo foi recebido e, em 16.11.1992, autuado no Tribunal Regional Federal da 2ª Região como AC n. 92.02.19258-8, distribuído ao Juiz *Celso Gabriel de Rezende Passos* (e-STJ fls. 193/194).

A Terceira Turma do TRF 2ª Região, em 20.6.1995, em relação à possessória, negou provimento ao recurso. O acórdão está assim ementado:

Constitucional e Civil. Ação possessória. Preliminar de prescrição. Palácio Guanabara é bem próprio nacional. Lei 166 de 29.09.1840. Decreto n. 447, de 18.07.91

– Ordem de julgamento das ações possessória e reivindicatória obedece ao art. 923, do CPC, que afirma que “na pendência do processo possessório é defeso, assim ao autor como ao réu, intentar ação de reconhecimento do domínio”.

– A possessória foi proposta em 1895, ao passo que a reivindicatória só foi ajuizada em 1955. Enquanto não fosse aquela julgada, não seria possível a abertura desta.

– Preliminar de prescrição não conhecida.

– Imóvel em causa, Palácio Isabel, hoje Palácio Guanabara, foi adquirido especificamente para habitação de Suas Altezas Imperial e Real, fundando-se um patrimônio em terras pertencentes à Nação (Art. 8º do Contrato de Casamento da Princesa Isabel e Gastão de Orléans, Conde e Condessa d’Eu).

– Este bem, entre outros, conforme cita o Contrato de Matrimônio e a Lei n. 166 de 29.09.1840, é *próprio nacional* e por conseguinte, os consortes só tinham direito de habitação, que cessou com a queda da Monarquia.

– Título de propriedade da União sobre o Palácio Guanabara é a escritura de aquisição do imóvel que tinha finalidade justificativa na habitação dos consortes, e foi feita em cumprimento de determinações e nos termos dos contratos de matrimônio e das Leis 166 de 29.09.1840 e 1.217 de 07.07.1864.

– Ademais na forma da documentação acima referida, em 18.07.91, foi baixado o Decreto n. 447 de 18.07.91 que incorporou aos próprios nacionais todos os bens que constituíram o dote ou patrimônio do casal, em concessão do extinto regime.

– Em conseqüência, o Palácio Guanabara, sede hoje do Governo do Estado do Rio de Janeiro, ficou definitivamente incorporado aos próprios nacionais,

conforme o Decreto citado, que goza da presunção da legalidade, ínsita a todo ato administrativo, permanecendo até hoje intocado.

– Apelações às quais se nega provimento. (e-STJ fl. 316.)

Rejeitados monocraticamente os primeiros embargos de declaração (e-STJ fls. 339/340), foram opostos novos aclaratórios e interposto agravo regimental (e-STJ fls. 346/351 e 354/361), os quais foram decididos pelo colegiado, em 14.3.2000, assim:

Processual Civil. Rejeição de embargos de declaração. Agravo regimental e embargos de declaração. Ação possessória concomitante à reivindicatória. Aplicabilidade do art. 923, do CPC. Inexistência de ofensa à coisa julgada. Erro material que não influencia o julgamento. Aquisição de áreas com recursos próprios. Não comprovação.

I – Em face ao princípio da imediata aplicação das leis processuais, escorreito o entendimento de incidência do art. 923, do CPC, em que pese o ajuizamento das ações possessória e reivindicatória ter ocorrido anteriormente à edição do CPC/73, que se aplica ao processo no estado em que se encontra.

II – Inexiste ofensa à coisa julgada quando a decisão que se diz violada tratou apenas de inadequação de procedimento, não tendo sido apreciada questão de mérito; inexistência de vedação à propositura de nova demanda veiculada de forma correta.

III – Erro material ocorrido em transcrição de documento que não influenciou o julgamento não é causa de anulação ou modificação do mesmo.

IV – A referência a acórdão do STF que se manifestou sobre situação similar a da hipótese em julgamento – e não idêntica, como referida no voto – não é erro material idôneo a justificar a modificação do julgado.

V – O silêncio da decisão embargada quanto à existência de áreas adquiridas com recursos pessoais incorporadas ao imóvel objeto das ações possessória e reivindicatória – que se reconhece, suprindo-se a omissão – não acarreta a aquisição de qualquer direito ante a carência de comprovação.

VI – Agravo Regimental provido para conhecer dos Embargos de Declaração (fls. 247/257), estes providos parcialmente para sanar as omissões apontadas, sem que tal importe em modificação do julgado (Acórdão de fls. 241/242). Embargos de Declaração (fls. 273/280) prejudicados. (e-STJ fls. 386/387.)

O TRF 2ª Região, em 12.5.2008, negou provimento a outros embargos de declaração, exarando a seguinte ementa no respectivo acórdão:

Processual Civil. Embargos de declaração nos embargos de declaração. Alegada contradição e omissão. Inocorrência. Investida contra a fundamentação havida

no julgamento dos anteriores recursos. Ação possessória. Palácio Guanabara, anteriormente denominado Palácio Izabel. Recurso que se busca revolver matéria superada pelo julgamento do e. Colegiado. Descabimento. Inteligência do art. 535 do CPC. 1. Afirmando os Embargantes existência de contradição entre o afirmado no v. Acórdão recorrido e o deliberado anteriormente pelo E. Colegiado, quanto ao argumento que sustenta a improcedência do pedido. Inocorrência. Função integrativa dos Embargos de declaração. Ausência de contradição entre as proposições do v. acórdão. Matéria estranha ao escopo do art. 535 do CPC. 2. Revolvimento dos fundamentos do v. Acórdão o que, à guisa de pretensa omissão, busca discutir o próprio mérito e correção do julgamento do apelo, já objeto de embargos declaratórios. Pretensão à rediscussão da causa originária, o que afronta o disposto no art. 535 do CPC. 3. Segundos embargos de declaração devem ser analisados sob a ótica do acórdão embargado e não promover o rejuízo dos recursos anteriores. 4. Ausência de quaisquer omissões e contradições, que na dicção do art. 535 do CPC, necessitem ser sanada. 5. Embargos Declaratórios improvido. (e-STJ fl. 504.)

Pedro Henrique de Orleans e Bragança e outros, herdeiros do Conde d'Eu e da Princesa Isabel, interpuseram recurso especial com base no art. 105, III, "a", da CF, alegando, em primeiro lugar, violação dos arts. 2º, § 2º, e 6º, *caput*, da LICC, tendo em vista que a vedação disciplinada no art. 923 do CPC/1973, por ser posterior ao ajuizamento das ações possessória (1895) e reivindicatória (1955), não poderia ter sido aplicada neste feito para sustar a ação reivindicatória.

Apontam contrariedade, também, ao próprio art. 923 do CPC/1973, inaplicável porque "a posse dos Recorrentes *não está sendo disputada a título de domínio*" (e-STJ fl. 447).

No que tange ao mérito acerca do domínio, deduzem as seguintes alegações sobre a afronta aos arts. 923 do CPC, 3º, 5º, 6º e 7º da Lei n. 166, de 29.9.1840, e 1º da Lei n. 1.217, de 7.7.1864:

55. Mas ainda que se admita, o que se faz por amor ao debate, que a posse dos Recorrentes está sendo disputada a título de domínio, a presente ação deveria ser tida como procedente, sob pena de malferimento ao art. 923 do CPC.

56. É que assim dispõe a súmula 487 do STF:

Será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base neste for ela disputada.

57. Não pode restar a menor dúvida de que a ocupação do Palácio, 'manu militari', pela União deu-se sob o pretexto de que dito imóvel deveria ser incorporado aos próprios nacionais.

58. E para justificar este esdrúxulo procedimento, foi alegado pela União que o direito que os príncipes detinham sobre o Palácio era simplesmente o de habitação.

59. O próprio acórdão, às fls. 295, admite que

a questão do domínio fica submetida, nos próprios autos da ação possessória, a 'cognitio', embora não ao 'judicium

60. Se assim é, nada impediria que a questão do domínio fosse levada em consideração para efeito de julgamento da possessória.

61. E neste aspecto o acórdão baseou-se em afirmativa inteiramente divorciada da realidade, qual seja, a de que o direito do casal imperial era o de habitação.

62. Assim agindo, também restaram ofendidas as Leis n. 166, de 29/09/1840 e n. 1.217, de 07/07/1864.

63. De fato, a Lei n. 166 se referia à dotação para as Princesas Januária e Francisca, dispondo os seus artigos 3º, 5º, 6º e 7º:

Art. 3: Fica consignada a quantia de 120.000\$000 de réis para a aquisição de prédios que offereção decente habitação a estes Augustos Esposos; e em quanto não se effectuar esta aquisição, serão pagos pelo Thesouro Público, na razão de cinco por cento do referido capital, e aluguéis de prédios, que sejam para esse effeito mais idôneos

Art. 5º: Fundar-se-á hum Patrimonio em terras pertencentes à Nação, cujo valor será ulteriormente determinado sobre informações do Governo.

Art. 6º: Ao dito Patrimonio serão incorporados os prédios de que trata o art. 3º; e assim passará aos descendentes, segundo a ordem de sucessão estabelecida na Ordenação, Livro 4º, Título 100, que fica para este effeito em virgor.

Art. 7º: Todos os bens que se refere o artigo antecedente serão consignados como Próprios Nacionaes, *quando não haja, ou se acabe a referida sucessão.*

64. Já a Lei 1.217, em seu art. 1º, estabeleceu que "ficam em vigor, para a dotação de S.A. Imperial a Sra. D. Isabel, as disposições da Lei n. 166, de 29 de setembro de 1840, com as seguintes alterações."

65. Tais alterações são concernentes tão só aos valores dos dotes, em nada modificando a situação jurídica antes estabelecida.

66. O disposto no já transcrito art. 7º da Lei n. 166, não pode deixar a menor sombra de dúvida de que só quando não houvesse ou se acabasse a sucessão da Princesa (hipótese não ocorrida) é que os bens seriam considerados Próprios Nacionais.

67. Portanto, o direito concedido aos antecessores dos Recorrentes foi de propriedade (resolúvel em caso de ausência de sucessão) e não de mera habitação, como equivocadamente entendeu o acórdão recorrido que, desta forma, também vulnerou o art. 505 do antigo Código Civil, cujo comando foi ratificado pelo parágrafo 2º do art. 1.210 do atual, “in verbis”:

Art. 505: Não obsta à manutenção, ou reintegração na posse, a alegação de domínio, ou de outro direito sobre a coisa. Não se deve, entretanto, julgar a posse em favor daquele a quem evidentemente não pertencer o domínio.

Parágrafo 2º do art. 1.210: Não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade ou de outro direito sobre a coisa. (e-STJ fls. 448/450.)

Relativamente ao direito à posse, entendem que foram contrariados os arts. 2º, § 2º, e 6º, *caput*, da LICC, além dos arts. 467 e 471 do CPC, argumentando:

68. Mas ainda que de direito de habitação se tratasse – o que só para argumentar se admite – impunha-se a procedência da possessória.

69. O acórdão recorrido, para justificar a sua conclusão, afirma:

Aliás, com a República, os Príncipes foram banidos do Brasil, pelo que, até por esse motivo, não poderiam mais ser reintegrados na posse pleiteada.

70. Esta afirmativa conflita com a legislação vigente ao tempo do ajuizamento da demanda.

71. Após a independência política do Brasil em 1822, a Lei de 20 de outubro de 1823 determinou continuarem em vigor, no território brasileiro, as Ordenações, Leis e Decretos promulgados pelos reis de Portugal até 25 de abril de 1821, enquanto não se editasse novo Código e não fossem especialmente alterados.

72. Ocorre que aquelas ordenações eram paupérrimas em matéria civil, como assinalou Teixeira de Freitas (“Consolidação das Leis Civil” – Introdução, pág. XXXII) e, para supri-las, a famosa Lei de 18 de agosto de 1769 (Lei da Boa Razão) ordenara o recurso ao Direito Romano como fonte subsidiária do direito pátrio.

73. Ora, o *direito justinianeu concedia ao titular do direito de habitação não apenas a faculdade de habitar a casa, mas também a de locá-la, não se extinguindo o direito pelo não-uso*. É o que ensina Lacerda de Almeida:

[...]

75. Como se vê, no regime jurídico vigente ao tempo do esbulho que os autores sofreram, o banimento deles não obstava a manutenção da posse e sua reintegração, pois o *direito de habitação lhes assegurava não apenas a posse direta*

da coisa para dela utilizar-se para sua moradia, mas também a posse indireta, que lhes propiciaria locá-la a terceiros ou, simplesmente, guardá-la sem dela fazerem uso.

76. Diante de tal realidade jurídica, evidencia-se, *data vênia, destituída de fundamento* a assertiva do V. Acórdão de que, por terem sido banidos, os príncipes não mais poderiam ser reintegrados na posse pleiteada.

77. Portanto, também sob tal aspecto, o acórdão, mais uma vez, infringiu o disposto no parágrafo 2º do art. 2 e no “caput” do art. 6º, ambos da LICC.

78. A tentativa da União Federal de se apossar do imóvel retroage ao ano de 1891 e buscou como respaldo o Dec. 447 daquele ano, segundo o qual ficariam incorporados aos próprios nacionais todos os bens que constituíam o dote da Princesa Isabel, Condessa d’Eu.

79. Apesar de tal decreto, o Governo Republicano não conseguiu entrar regularmente no Palácio, eis que embora o Ministério da Justiça houvesse expedido aviso aos representantes da família imperial para a entrega do imóvel, a imposição foi repelida pelo guardião dos bens do casal que se negou a ante ela se curvar.

80. Em consequência, o Governo Republicano ingressou com procedimento judicial perante o Juiz Seccional do Distrito Federal, o qual indeferiu a petição inicial, tendo a Fazenda se conformado com tal decisão, dela não tendo apresentado recurso, pelo que a posse mansa e pacífica do casal se manteve sem outra perturbação que não a do inconstitucional Decreto n. 447.

81. Não obstante, em 23 de maio de 1894 o palácio foi cercado por praças do exército e ocupado pela força pública.

82. Na tentativa de coonestar a violência praticada, a União novamente procurou o Judiciário pleiteando a incorporação do palácio, tendo mais uma vez sido indeferida a pretensão pelo Dr. Juiz Seccional.

83. Insatisfeita, recorreu a União para o E. Supremo Tribunal Federal que, mediante acórdão proferido no Agravo n. 100, negou provimento ao apelo.

84. A decisão, portanto, fez coisa julgada, apesar do que a União permaneceu na posse obtida em estado de sítio, a mão armada e com escandalosa preterição do pronunciamento definitivo do Poder Judiciário, o que ensejou o ajuizamento da presente ação possessória.

85. Ficaram, assim, igualmente infringidos os artigos 467 e 471 do CPC de seguinte dicção:

Art. 467: Denomina-se coisa julgada material a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

Art. 471: Nenhum Juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo:

I – se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado e fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuída na sentença;

II – nos demais casos prescritos em lei.

86. Na questão em exame não ocorreu qualquer das exceções previstas nos incisos do artigo 471. (e-STJ fls. 450/453.)

Pedro Henrique de Orleans e Bragança e outros ratificaram o seu recurso especial após a publicação do acórdão que julgou os últimos aclaratórios (e-STJ fls. 507/508).

Isabel de Orleans e Bragança e outros interpuseram recurso especial baseado no art. 105, III, “a” e “c”, da CF, asseverando que, erroneamente, “*os v. Acórdãos recorridos pressupõem que a disputa da posse se faz a título de domínio*” (e-STJ fl. 538). Afirmam que “o fato de o julgador adentrar no exame de matéria de domínio (porque assim entenda útil para decidir no campo possessório) não caracteriza a controvérsia como disputa de posse a título de domínio” (e-STJ fl. 538). Explicam que “a lide sobre a *posse a título de domínio* se estabelece quando autor e réu pretendem a posse de uma coisa *fundados ambos somente no domínio*, ou seja, na *posse de direito* derivada do domínio” (e-STJ fl. 538). Destacam que a matéria era disciplinada no art. 505, segunda parte, do CC/1916 e que, “no caso dos presentes autos, os autores, ora recorrentes, invocam a proteção possessória fundados, não na *posse de direito* que lhes resultaria a titularidade do domínio, mas na *posse da coisa*, mansa e pacífica, sem dúvida ou contestação, de que eram detentores há vinte e seis (26) anos” (e-STJ fl. 539).

Argumentam que, “de fato, ainda que o C. Tribunal *a quo*, ao pronunciar-se sobre o invocado acórdão proferido no Agravo n. 100, tenha negado a essa decisão os efeitos que os suplicantes nela vislumbram, não pode recusar-se, contudo, a reconhecer que o julgado da Suprema Corte, qualquer que seja o fundamento por ela adotado, resultou em *recusar à União Federal a pretendida imissão na posse do Palácio Izabel*, que então se postulava, posse de que, *ipso facto*, não era detentora. Incontroversamente, a União Federal não era e jamais fora detentora da posse do Palácio Izabel, a qual só obteve esbulhando-a” (e-STJ fls. 539/540). Invocam, nessa parte, dispositivos legais e precedentes do STF, aduzindo:

6.11 o vigente Código Civil, em seu art. 1.210, § 2º, após deferir ao possuidor esbulhado o direito de ter sua posse restituída, estatui:

Art. 1.210:

...

§ 2º – Não obsta a manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa.

6.12 O mesmo ficara dito no art. 505 do Código Civil de 1916, como já referido, sendo certo que a segunda parte do dispositivo era restrita à hipótese de disputa da posse, a título de domínio e foi nesse contexto que o E. Supremo Tribunal Federal editou sua *Súmula* 487:

Súmula 487 – Será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base neste for disputada.

6.13 Esse, também, foi o entendimento do Simpósio de Curitiba, em seu enunciado LXXXIII, que, contraditoriamente, o próprio aresto recorrido cita:

O art. 923, 1ª parte, só se refere a ações possessórias em que a posse seja disputada a título de domínio.

6.14 Veja-se, ainda, o voto condutor do Exmo. Sr. Ministro Moreira Alves, no acórdão proferido pelo Tribunal Pleno da Suprema Corte no Recurso Extraordinário n. 87.344-MG (R.T.J. vol. 91, pag. 594 e seguintes).

[...]

6.16 Dissentiu, pois, o v. Acórdão recorrido do entendimento jurisprudencial da Suprema Corte, reiterando, ademais, em acórdão unânime de sua Segunda Turma, proferido no Recurso Extraordinário n. 89.179-0, de 03-08-1979, da relatoria do Ministro Cordeiro Guerra (certidão anexa):

Na pendência de processo possessório, *fundado na alegação de domínio*, é defesa, assim ao autor como o réu intentar a ação de reconhecimento de domínio – art. 923 do CPC.

(o grifo não é do original).

6.17 Não há que confundir *posse fundada no direito* com a simples alegação adicional do possuidor que invoque, também, sua condição de proprietário. Como lembra Sérgio Bermudes em anotação aos “Comentários ao Código de Processo Civil” de Pontes de Miranda (Tomo XIII, pag. 164): “A alegação de propriedade é mais um argumento em favor de quem se afirma na posse do bem, dando mais viço à pretensão. Só isso”.

6.18 Na verdade, o v. Acórdão recorrido, contra toda a doutrina e a jurisprudência, concluiu por admitir a “*exceção de domínio*” em ação possessória pura. (e-STJ fls. 540/542.)

Quanto à natureza dos direitos sobre o Palácio Izabel, entendem não se sustentar a tese de simples direito de habitação. Narram que, para o acórdão recorrido, “o direito concedido aos Condes d’Eu e seus sucessores seria, não o de *domínio*, mas o de *habitação*, como resultaria das Leis n. 166, de 29-09-1840, 1.217, de 07-07-1864 e 1.904, de 19-10-1870, Ora, assim sendo, impedidos os príncipes de habitar no Brasil, em razão do desterro da Família Imperial, ter-se-ia extinguido o direito de que eram titulares” (e-STJ fl. 543). Entretanto, “ao aderir a esse entendimento, contudo, o v. Acórdão recorrido, proferido nos embargos declaratórios, não explicita os fundamentos de suas conclusões, posto que, ao contrário do que pressupõe, *o direito de habitação, como então vigente, não se restringia ao uso pessoal do bem por seu titular*” (e-STJ fl. 543). Estaria caracterizada, então, afronta aos arts. 458, II, 459 e 535 do CPC, havendo omissão e contradição envolvendo a falta de observância das orientações contidas na Lei da Boa Razão (Lei de 18 de agosto de 1769), em vigor naquele período.

Sobre a interpretação da legislação da época (arts. 3º, 5º, 6º e 7º da Lei n. 166/1890, 1º, § 1º, da Lei n. 1.217/1864 e 1º da Lei n. 1.904/1870), sustentam ser desarrazoada a adoção da tese de que haveria simples direito de habitação. Argumentam assim:

7.15 A ocorrência de um “*patrimônio político*” foi afastada por todos os juristas consultados pelo Ministério da Justiça sobre a incorporação do Palácio Izabel aos próprios nacionais como uma contradição em seus próprios termos:

... *Patrimônio político*, ou não tem sentido, ou é uma frase tão razoável como dizer-se, para me servir de um exemplo memorável – *estátua de mármore de pau*.

(Lafayette Rodrigues Pereira – Parecer em “O Direito”, vol. 59, pág. 276).

7.16 De outra parte, a integração dos bens dotais da Princesa Isabel aos Próprios Nacionais só se daria quando não houvesse, ou se acabe a sua sucessão, nos precisos termos dos arts. 6º e 7º da Lei n. 166, de 1840:

[...]

Isso mesmo ficou dito no art. 20 do pacto antenupcial do casal do Conde d’Eu:

[...]

7.18 Em suma, mesmo que se ingresse no exame da matéria do domínio – alheia, em verdade, à presente ação – não subsistem juridicamente as conclusões do R. Julgado recorrido. (e-STJ fls. 545/546.)

O Estado do Rio de Janeiro interpôs recurso especial adesivo baseado no art. 105, III, “a” e “c”, da Constituição Federal, explicando que, “como o Estado sucumbiu na parte do Acórdão que rejeitou a preliminar de mérito de prescrição”, recorre “para que a matéria da prescrição seja conhecida pela Turma no caso de acolhimento dos recursos especiais dos autores” (e-STJ fl. 693). Para tanto, deduz o seguinte:

Inquestionavelmente prescritas estão ambas as ações.

A sentença do eminente Juiz Federal Dr. Evandro Gueiros Leite e o Parecer do Sr. Procurador da República Dr. Mário Vasconcellos Ribeiro, bem demonstram as razões da prescrição.

Isto porque, desde a data de 1897 até a data em que foram publicados os Editais, em 14 de julho de 1964, nenhuma providência foi adotada pela parte autora, a quem cabia impulsionar o processo.

Desta sorte, **a decisão do Acórdão que rejeitou a prescrição, violou e negou vigência ao Decreto n. 20.910, de 06 de janeiro de 1932, e ao artigo 3º do Decreto-Lei n. 4.597, de 19 de agosto de 1952.** (e-STJ fl. 696.)

Apresentadas contrarrazões aos recursos especiais, inclusive ao adesivo (e-STJ fls. 637/646, 659/674, 699/705 e 707/717), todos foram admitidos na origem (e-STJ fls. 727/728, 731/732 e 735/736).

O presente recurso foi distribuído em 29.9.2009 inicialmente ao Ministro *Luiz Fux, Primeira Turma* (e-STJ fl. 744), que determinou sua redistribuição à *Segunda Seção*, nos termos do art. 9º, § 2º, I, do RISTJ (e-STJ fls. 753/755). O processo foi redistribuído em 16.3.2010 ao em. Ministro *Aldir Passarinho Junior* e, posteriormente, em 17.6.2011, atribuído a minha relatoria (e-STJ fls. 761/762).

Em decorrência do falecimento de Dom Pedro de Orleans e Bragança, o respectivo espólio, representado por Afonso de Bourbon de Orleans e Bragança, inventariante, postulou sua habilitação no processo, nos termos do art. 43 do CPC/1973, e requereu que constasse das próximas intimações o nome do Dr. José Carlos de Araújo Almeida Filho, advogado constituído. Informou a juntada da procuração outorgada ao seu advogado e do termo de inventariante (e-STJ fls. 765/767). Entretanto, a petição veio acompanhada, apenas, da procuração, sendo indispensável comprovar que Afonso de Bourbon de Orleans e Bragança foi nomeado inventariante. Determinei, então, em despacho de 1º.8.2014, fosse o espólio de Dom Pedro de Orleans e Bragança, representado judicialmente pelo *Dr. José Carlos de Araújo Almeida Filho, advogado*, intimado para que

juntasse cópia da certidão de óbito e do termo de inventariante passado em nome de Afonso de Bourbon de Orleans e Bragança (*cf.* e-STJ fls. 784/785).

O espólio de Dom Pedro de Orleans e Bragança, por sua vez, em 12.8.2014, protocolizou petição juntando tradução da certidão de óbito e da certidão de inventariança (e-STJ fls. 797/802).

Diante de manifestações da União e do Estado do Rio de Janeiro, diversas diligências foram determinadas e realizadas para regularizar o pedido de habilitação, sendo proferido o seguinte despacho em 17.12.2015:

Em 16.10.2015, foi protocolizada e juntada nestes autos certidão encaminhada pela 3ª Vara Cível da Comarca de Petrópolis – RJ, comprovando que *Afonso de Bourbon de Orleans e Bragança* foi nomeado inventariante no processo de inventário/arrolamento de *Pedro de Orleans e Bragança* (proc. n. 0000845-23.2008.8.19.0042) (e-STJ fls. 909/910).

Proferi despacho em 6.11.2015, determinando que o espólio fosse “incluído na autuação como interessado, constando como respectivos advogados ‘Dr. *José Carlos de Araújo Almeida Filho* e outros” (e-STJ fl. 913), cabendo destacar que o instrumento de mandato passado pelo inventariante aos aludidos advogados encontra-se à fl. 767 (e-STJ).

Efetuada as alterações na autuação (e-STJ fl. 915), proferi o seguinte despacho:

Intime-se o *Espólio de Pedro de Orleans e Bragança* para que cumpra a decisão de fls. 893/899 (e-STJ), no sentido de providenciar “a legalização consular da certidão de óbito na forma do Manual do Serviço Consular Jurídico – MSCJ, em vigor” (e-STJ fl. 898), com o propósito de viabilizar a requerida habilitação.

Publique-se (e-STJ fl. 917).

Referido despacho foi devidamente publicado em 10.11.2015 (e-STJ fl. 918) – constando do respectivo ato também os nomes do *Espólio de Pedro de Orleans e Bragança*, do seu inventariante e de seu advogado –, surtindo os efeitos legais. Nesse contexto, revelou-se desnecessária a expedição do ofício de fl. 921 (e-STJ) com AR (e-STJ fls. 924/925).

Enfim, conforme certificado à fl. 931 (e-STJ), o espólio não se manifestou acerca do despacho de fl. 917 (e-STJ), apesar de corretamente intimado via DJe, cabendo-lhe, quando entender de direito, regularizar sua habilitação com o propósito de exercitar plenamente o direito de defesa.

Diante da relevância do processo, abra-se vista ao Ministério Público Federal, devendo-se informar ao *Parquet* que foi apresentado parecer nos autos do REsp n. 1.141.490/RJ, conexo a este processo. (e-STJ fls. 933/934.)

O Dr. *Maurício Vieira Bracks*, ilustrado Subprocurador-Geral da República, apresentou parecer assim ementado:

– 1º *Recurso especial*: violação aos arts. 2º, § 2º, e 6º, *caput*, ambos da LICC (atual LINDB), aos arts. 467, 471 e 923, todos do CPC/1973, aos arts. 3º, 5º, 6º e 7º, da Lei n. 166/1840, ao art. 1º, da Lei n. 1.271/1864, e ao art. 505, do CC/1916.

– Não se pode conhecer da tese de violação aos arts. 2º, § 2º, e 6º, *caput*, ambos da LICC (atual LINDB), primeiro por lhes faltar o requisito do prequestionamento, e, segundo, porque “Com o advento da Constituição Federal de 1988 os artigos da LICC foram alçados a status constitucional, razão pela qual não possui o Superior Tribunal de Justiça competência para apreciar eventual violação ao preceito, consoante jurisprudência uníssona” (AgRg no AREsp 705.921/RO, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, *Segunda Turma*, julgado em 15/12/2015, DJe de 18/12/2015).

– Não desafia conhecimento a suposta violação aos art. 467 e 471, ambos do CPC/1973, sob a alegação de existência de coisa julgada, pois, no ponto, o recurso esbarra analogicamente no óbice da Súmula 283, do STF.

– Insuscetível de conhecimento a alegada violação aos arts. 3º, 5º, 6º e 7º, da Lei n. 166/1840, ao art. 1º, da Lei n. 1.271/1864, e ao art. 505, do CC/1916, pois, para que se possa fazer qualquer afirmação em sentido contrário ao juízo emitido pelo v. acórdão recorrido, exige-se interpretação incabível na via do recurso especial, conforme a Súmula 5, do STJ, além de ser inegavelmente indispensável o reexame do conjunto fático-probatório, o que vai de encontro à Súmula 7, do STJ.

– No mérito, insta consignar que não assiste razão à tese de violação ao art. 923, do CPC/1973, visto que “esta Corte Superior há muito pacificou o entendimento de que as normas de caráter processual têm aplicação imediata aos processos em curso” (AgRg no AREsp 860.628/RS, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, *Quarta Turma*, julgado em 22/11/2016, DJe de 1º/12/2016). Ademais, uma das leituras que se pode fazer da regra do art. 923, do CPC/1973, é a de que, na pendência do processo possessório, conquanto seja vedado tanto ao autor como ao réu pleitear decisão judicial para reconhecimento do domínio, a análise de aspectos relacionados à titularidade da propriedade pode eventualmente ser realizada na ação possessória para ajudar a formar a convicção do julgador, apenas com a finalidade de fornecer-lhe elementos para decidir exclusivamente sobre a proteção à posse.

– 2º *Recurso especial*: violação aos arts. 458, 459, 535 e 923, todos do CPC/1973, ao art. 1.210, do CC/2002, e ao art. 505, do CC/1916, além de divergência jurisprudencial.

– Não se pode conhecer do suposto dissídio jurisprudencial, pois não foram cumpridas as exigências processuais e regimentais. Incidência analógica da Súmula 284, do STF. Precedentes do STJ.

– No mérito, cumpre dizer que o v. Acórdão recorrido não infringiu os arts. 458, 459 e 535, todos do CPC/1973, uma vez que houve a análise, de forma motivada e fundamentada, de todos os pontos pertinentes essenciais ao desate da lide, ainda que a decisão não a tenha citado expressamente todos os dispositivos legais de regência e não tenha vindo ao encontro dos anseios recursais.

– Não deve ser provida a tese de violação ao art. 923, do CPC/1973, ao art. 1.210, do CC/2002, e ao art. 505, do CC/1916, pois, na pendência do processo possessório, conquanto a regra do art. 923, do CPC/1973, vede tanto ao autor como ao réu pleitear decisão judicial para reconhecimento do domínio, a análise de aspectos relacionados à titularidade da propriedade pode eventualmente ser realizada na ação possessória para ajudar a formar a convicção do julgador, apenas com a finalidade de fornecer-lhe elementos para decidir exclusivamente sobre a proteção à posse.

– 3º *Recurso especial (adesivo)*: violação e negativa de vigência “ao Decreto n. 20.910, de 06 de janeiro de 1932, e ao artigo 3º do Decreto-Lei n. 4.597, de 19 de agosto de 1952 [sic]”, além de divergência jurisprudencial.

– Embora a presente súplica especial também tenha sido interposta com fundamento na alínea “c” do permissivo constitucional, nem ao menos foi indicado expressamente algum acórdão paradigmático ou dispositivo de lei federal para o qual o v. Acórdão recorrido teria dado interpretação divergente, circunstância que impossibilita o conhecimento do recurso, no que se refere ao suposto dissídio jurisprudencial.

– Tem-se como deficiente a alegação de violação e negativa de vigência “ao Decreto n. 20.910, de 06 de janeiro de 1932, e ao artigo 3º do Decreto-Lei n. 4.597, de 19 de agosto de 1952 [sic]”. Primeiro, porque o Recorrente aduz suas razões de forma completamente genérica, sem indicar claramente a que dispositivos do Decreto n. 20.910/1932 o v. acórdão recorrido teria contrariado ou negado vigência, muito menos a forma pela qual as supostas violações teriam ocorrido. A duas, porque não existe “Decreto-Lei n. 4.597, de 19 de agosto de 1952”. Incidência analógica da Súmula 284, do STF. Precedentes do STJ.

– Mediante aplicação analógica das Súmulas 282 e 356, ambas do STF, tem-se que a falta de prequestionamento da questão federal suscitada, sobretudo diante da ausência de oposição de embargos de declaração, constitui óbice ao conhecimento do recurso especial. Ademais, mesmo quando se tratar de questão de ordem pública, como a prescrição, o prequestionamento continua indispensável para possibilitar a abertura da instância especial. Precedentes do STJ.

– *Parecer, preliminarmente, pelo conhecimento parcial dos recursos especiais interposto pelos 1ºs Recorrentes e pelos 2ºs Recorrentes, e pelo não conhecimento do recurso especial adesivo interposto pelo 3º Recorrente, e, nos pontos suscetíveis de conhecimento, no mérito, pelo não provimento de ambos.* (e-STJ fls. 942/944.)

Foram interpostos, ainda, recursos extraordinários por Pedro Henrique de Orleans e Bragança e outros (e-STJ fls. 456/468) e por Isabel de Orleans e Bragança e outros (e-STJ fls. 601/632), nenhum deles admitido na origem (cf. e-STJ fls. 729/730 e 733/734), tendo sido interpostos agravos de instrumento para o STF (e-STJ fl. 740).

O Instituto Cultural D. Isabel I A Redentora, na petição de fls. 1.003/1.022 (e-STJ), requereu sua admissão como *amicus curiae*, o que indeferi na decisão de fls. 1.024/1.026 (e-STJ), proferida em 7.11.2018 e publicada no DJe de 13.11.2018.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira (Relator): Na origem, Conde e Condessa d'Eu, Princesa Isabel, ajuizaram “ação de força velha” (demanda possessória, processada pelo rito ordinário) em 24.9.1895 contra a Fazenda Nacional, afirmando que “desde 25 de janeiro de 1865 entraram na legítima posse do prédio urbano situado na rua da Guanabara conhecido por Palácio Izabel e nella se conservaram, mansa e pacificamente, sem dúvida ou contestação de quem quer que seja, até que em 1891, isto é, 26 anos depois, por Decreto n. 447, de 18 de julho, o poder executivo, sem forma nem figura de justiça declarou que ficavam incorporados aos próprios nacionais todos os bens que constituíam o dote ou patrimônio concedidos por actos do extinto regime à Princeza Imperial Condessa d'Eu. Nestes bens se compreende o Palácio Izabel” (e-STJ fl. 4). Posteriormente à edição do decreto, o Palácio Izabel veio a ser ocupado militarmente em 28.5.1894.

Em primeiro grau, a ação foi julgada improcedente por sentença prolatada em 10.4.1897, sendo “considerado próprio nacional o Palácio Izabel, a fim de ser a Fazenda Nacional imitada na posse do mesmo predio por meio do respectivo processo judicial de incorporação nos próprios nacionais” (e-STJ fl. 91).

Os autores interpuseram apelação para o Supremo Tribunal Federal em 20.4.1897 (e-STJ fls. 95/96), sendo os autos encaminhados à instância superior em 18.6.1897 (e-STJ fl. 101). No STF os autos teriam sido remetidos ao arquivo, sem regular distribuição.

O processo, sem número, oriundo do Supremo Tribunal Federal, foi recebido no antigo Tribunal Federal de Recursos em 14.7.1964 (e-STJ fl. 102),

autuado como Apelação Cível n. 28.558 e distribuído ao em. Ministro *Henrique D'Avila* (e-STJ fl. 174).

Os presentes autos (Apelação Cível n. 28.558), ainda no antigo Tribunal Federal de Recursos, foram apensados à Apelação Cível n. 25.448 (ação reivindicatória – REsp n. 1.141.490) em 18.9.1973 (e-STJ fls. 190/192).

A Primeira Turma do antigo Tribunal Federal de Recursos – TFR julgou as duas apelações (AC n. 25.448 e AC n. 28.558) em 17.12.1979, dando-lhes provimento para afastar a prescrição decretada nos autos da ação reivindicatória em apenso (AC n. 25.448 – REsp n. 1.141.490/RJ), estando o acórdão assim ementado:

Civil e Processual Civil. Palácio Guanabara (antigo Palácio Isabel). Ação de força velha. Ação reivindicatória. Conexidade. Prescrição extintiva e prescrição intercorrente. Inocorrência. Prescrição quinquenal (Decretos 20.910/32 e 4.597/42). Inaplicabilidade às ações reais. A ação reivindicatória não prescreve enquanto o titular do direito não o houver perdido por efeito da prescrição aquisitiva (AC n. 25.448). Processo arquivado sem determinação judicial. Falta de impulso oficial (AC n. 28.558).

1) Não-incidência da prescrição extintiva extraordinária, antigamente trintenária, porquanto a ocupação militar, decorrente da Revolta da Armada, que se iniciara em 6 de setembro de 1893 e se prolongou por cerca de dois anos, ocorreu no dia 28 de maio de 1894, não se somando, para aquele fim, o período anterior e o posterior ao início da vigência do Código Civil, em 1º de janeiro de 1917 (Cód. Civ., art. 1.806): – quanto ao primeiro período, porque houve citação válida da União, interrompendo a prescrição; e quanto ao segundo, porque somente em 1947, trinta anos após o início da vigência do Código Civil, ocorreria a prescrição, interrompida em 1946, mediante protesto judicial (Cód. Civ., art. 172, II; Cód. de Proc. Civ. de 1939, art. 720).

2) Inocorrência da prescrição quinquenal prevista nos Decretos n. 20.910/32 e 4.597/42, porquanto inaplicável às ações reais, sendo certo que a ação reivindicatória não prescreve enquanto o titular do direito não o houver perdido por efeito da prescrição aquisitiva. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

3) Constitui embaraço judicial, impeditivo do fluxo prescricional, a remessa do processo ao Arquivo do Egrégio Supremo Tribunal Federal, sem ordem do Relator, porquanto efetuada antes mesmo de qualquer registro ou distribuição.

4) Apelos providos. (e-STJ fls. 600/601 do REsp n. 1.141.490/RJ – AC n. 25.448, em apenso.)

Os respectivos embargos de declaração, em 19.6.1987, foram recebidos para se reconhecer a existência de omissão, corrigindo-se o ponto omissivo.

Oportuno extrair do voto do em. Ministro *Washington Bolívar*, Relator, as seguintes passagens:

Conforme descrito no relatório, verifica-se que os três embargos pedem, em síntese, que seja reconhecida a omissão do julgado quanto à existência de uma sentença de mérito, já proferida na ação possessória (fl. 47, da AC n. 28.558), bem assim que a Turma prossiga no julgamento, já que repeliu, por maioria, a prejudicial de mérito relativa à prescrição.

Todos os embargantes têm razão e, como Relator, devo reconhecer o erro e procurar corrigi-lo.

[...]

É evidente a contradição entre o que me parecera acertado – prosseguir a Turma o julgamento, interrompido pela aposentadoria intercorrente do Relator, o eminente Ministro *Corrêa Pina*, o Relator originário – e a conclusão do voto pela remessa dos autos à Vara de origem a fim de que, afastada a prescrição, possa o Juiz julgar as ações intentadas, como lhe parecer de direito.

Ademais, como se ressaltou em todas as razões ofertadas com os embargos declaratórios, olvidou-se a circunstância de que o Juiz de primeiro grau já se pronunciara, na ação possessória, quanto ao mérito, julgando-a improcedente e na outra, de reivindicação, cingira-se o Juiz à prejudicial da prescrição, que também integra o mérito do litígio, extinguindo o processo.

Ante o exposto, acolho todos os embargos, para reconhecer a omissão e eliminar a contradição, declarando que a Turma deve prosseguir o julgamento, o que de logo não se empreende pela circunstância de haver também se aposentado o eminente Ministro *Márcio Ribeiro*, que era o Revisor, a indicar o adiamento, para que seja o processo encaminhado ao meu eminente Revisor, o Sr. Ministro *Carlos Thibau*, a fim de que tome conhecimento pessoal e direto de todas as relevantes questões de fato e de Direito expostas em ambas as ações, de inegável interesse para as Letras Jurídicas nacionais e para a História de nosso País. Essa solução, ademais, permitirá não sejam os embargantes surpreendidos, já que devem ser cientificados, na oportunidade própria, de que se vai prosseguir no julgamento, ante o acolhimento dos embargos. (e-STJ fls. 665/667 do REsp n. 1.141.490/RJ – AC n. 25.448, em apenso.)

O acórdão dos referidos aclaratórios encontra-se assim ementado:

Processual Civil. Embargos de declaração. Omissão do julgado e contradição.

1) Reconhecimento de omissão do julgado quanto à existência de sentença de mérito já proferida numa das ações (AC n. 28.558) e para eliminar contradição, declarando-se que a Turma deve prosseguir no julgamento, uma vez afastada, por maioria, a prescrição.

2) Embargos declaratórios recebidos. (e-STJ fl. 672 do REsp n. 1.141.490/RJ – AC n. 25.448, em apenso.)

Promulgada a Constituição Federal em 1988, que extinguiu o antigo Tribunal Federal de Recursos, o processo foi remetido ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região, autuado em 16.11.1992 como AC n. 92.02.19258-8 e distribuído ao Juiz *Celso Gabriel de Rezende Passos* (e-STJ fls. 193/194) para que prosseguisse com o julgamento dos recursos de apelação.

A Terceira Turma do TRF 2ª Região, em 20.6.1995, em relação à possessória, negou provimento aos recursos. O acórdão está assim ementado:

Constitucional e Civil. Ação possessória. Preliminar de prescrição. Palácio Guanabara é bem próprio nacional. Lei 166 de 29.09.1840. Decreto n. 447, de 18.07.91

– Ordem de julgamento das ações possessória e reivindicatória obedece ao art. 923, do CPC, que afirma que ‘na pendência do processo possessório é defeso, assim ao autor como ao réu, intentar ação de reconhecimento do domínio.’

– A possessória foi proposta em 1895, ao passo que a reivindicatória só foi ajuizada em 1955. Enquanto não fosse aquela julgada, não seria possível a abertura desta.

– Preliminar de prescrição não conhecida.

– Imóvel em causa, Palácio Isabel, hoje Palácio Guanabara, foi adquirido especificamente para habitação de Suas altezas Imperial e Real, fundando-se um patrimônio em terras pertencentes à Nação (Art. 8º do Contrato de Casamento da Princesa Isabel e Gastão de Orléans, Conde e Condessa d’Eu).

– Este bem, entre outros, conforme cita o Contrato de Matrimônio e a Lei n. 166 de 29.09.1840, é *próprio nacional* e por conseguinte, os consortes só tinham direito de habitação, que cessou com a queda da Monarquia.

– Título de propriedade da União sobre o Palácio Guanabara é a escritura de aquisição do imóvel que tinha finalidade justificativa na habitação dos consortes, e foi feita em cumprimento de determinações e nos termos dos contratos de matrimônio e das Leis 166 de 29.09.1840 e 1.217 de 07.07.1864.

– Ademais na forma da documentação acima referida, em 18.07.91, foi baixado o Decreto n. 447 de 18.07.91 que incorporou aos próprios nacionais todos os bens que constituíram o dote ou patrimônio do casal, em concessão do extinto regime.

– Em conseqüência, o Palácio Guanabara, sede hoje do Governo do Estado do Rio de Janeiro, ficou definitivamente incorporado aos próprios nacionais, conforme o Decreto citado, que goza da presunção da legalidade, ínsita a todo ato administrativo, permanecendo até hoje intocado.

– Apelações às quais se nega provimento. (e-STJ fl. 316.)

Rejeitados monocraticamente os primeiros embargos de declaração (e-STJ fls. 339/340), foram opostos novos aclaratórios e interposto agravo regimental (e-STJ fls. 346/351 e 354/361), os quais foram decididos pelo colegiado, em 14.3.2000, assim:

Processual Civil. Rejeição de embargos de declaração. Agravo regimental e embargos de declaração. Ação possessória concomitante à reivindicatória. Aplicabilidade do art. 923, do CPC. Inexistência de ofensa à coisa julgada. Erro material que não influencia o julgamento. Aquisição de áreas com recursos próprios. Não comprovação.

I – Em face ao princípio da imediata aplicação das leis processuais, escorreito o entendimento de incidência do art. 923, do CPC, em que pese o ajuizamento das ações possessória e reivindicatória ter ocorrido anteriormente à edição do CPC/73, que se aplica ao processo no estado em que se encontra.

II – Inexiste ofensa à coisa julgada quando a decisão que se diz violada tratou apenas de inadequação de procedimento, não tendo sido apreciada questão de mérito; inexistência de vedação à propositura de nova demanda veiculada de forma correta.

III – Erro material ocorrido em transcrição de documento que não influenciou o julgamento não é causa de anulação ou modificação do mesmo.

IV – A referência a acórdão do STF que se manifestou sobre situação similar a da hipótese em julgamento – e não idêntica, como referida no voto – não é erro material idôneo a justificar a modificação do julgado.

V – O silêncio da decisão embargada quanto à existência de áreas adquiridas com recursos pessoais incorporadas ao imóvel objeto das ações possessória e reivindicatória – que se reconhece, suprindo-se a omissão – não acarreta a aquisição de qualquer direito ante a carência de comprovação.

VI – Agravo Regimental provido para conhecer dos Embargos de Declaração (fls. 247/257), estes providos parcialmente para sanar as omissões apontadas, sem que tal importe em modificação do julgado (Acórdão de fls. 241/242). Embargos de Declaração (fls. 273/280) prejudicados. (e-STJ fls. 386/387.)

O TRF 2ª Região, em 12.5.2008, negou provimento aos terceiros embargos de declaração, exarando a seguinte ementa no respectivo acórdão:

Processual Civil. Embargos de declaração nos embargos de declaração. Alegada contradição e omissão. Inocorrência. Investida contra a fundamentação havida no julgamento dos anteriores recursos. Ação possessória. Palácio Guanabara, anteriormente denominado Palácio Izabel. Recurso que se busca revolver matéria

superada pelo julgamento do e. Colegiado. Descabimento. Inteligência do art. 535 do CPC. 1. Afirmam os Embargantes existência de contradição entre o afirmado no v. Acórdão recorrido e o deliberado anteriormente pelo E. Colegiado, quanto ao argumento que sustenta a improcedência do pedido. Inocorrência. Função integrativa dos Embargos de declaração. Ausência de contradição entre as proposições do v. acórdão. Matéria estranha ao escopo do art. 535 do CPC. 2. Revolvimento dos fundamentos do v. Acórdão o que, à guisa de pretensa omissão, busca discutir o próprio mérito e correção do julgamento do apelo, já objeto de embargos declaratórios. Pretensão à rediscussão da causa originária, o que afronta o disposto no art. 535 do CPC. 3. Segundos embargos de declaração devem ser analisados sob a ótica do acórdão embargado e não promover o rejuízo dos recursos anteriores. 4. Ausência de quaisquer omissões e contradições, que na dicção do art. 535 do CPC, necessitem ser sanada. 5. Embargos Declaratórios improvido. (e-STJ fl. 504.)

Daí a interposição de recursos especiais por Pedro Henrique de Orleans e Bragança e outros, herdeiros da Princesa Isabel e do Conde d'Eu (e-STJ fls. 437/453 e 507/508), por Isabel de Orleans e Bragança e outros, também herdeiros (e-STJ fls. 518/559) e pelo Estado do Rio de Janeiro (e-STJ fls. 691/696), os quais passo a examinar a seguir.

I. Recurso Especial de Pedro Henrique de Orleans e Bragança e Outros

I.a Violação dos arts. 2º, § 2º, e 6º, caput, da LICC (atual LINDB) e 923 do CPC/1973

No acórdão da apelação, o TRF 2ª Região invocou o art. 923 do CPC/1973 para justificar o julgamento da apelação interposta nestes autos (ação possessória) antes do recurso interposto nos autos da ação reivindicatória, assim se pronunciando:

Desde logo, *devo submeter à Egrégia Turma uma preliminar sobre a ordem de julgamento das duas ações em processos apensados.*

Estabelece o art. 923, do CPC:

Na pendência do processo possessório é defeso, assim ao autor como ao réu, intentar ação de reconhecimento do domínio.

Ora, a *Possessória* foi proposta em 1895, ao passo que a *Reivindicatória* só foi ajuizada em 1955.

É evidente, pois, a aplicação do art. 923, do CPC, confirmada no Simpósio de Processo Civil, realizado em Curitiba, em 1975, onde entendeu-se 'o art. 923, primeira parte, só se refere a ações possessórias em que a posse seja disputada a título de domínio.'

Segundo tal entendimento, enquanto não for julgada a possessória, não é possível a abertura da reivindicatória.

Em assim sendo, a ação reivindicatória deve permanecer sobrestada até decisão da possessória, que pode ocorrer na sessão que hoje realizamos.

Lembre-se que na ação possessória a controvérsia não se limita ao fato da posse, mais aprofunda-se à investigação do domínio, ainda que só para se poder decidir da posse. (e-STJ fls. 275.)

Na sequência, julgou o mérito da ação concluindo que o antigo Palácio Isabel (atual Palácio da Guanabara) pertence à União e, por último, voltou a mencionar o art. 923 do CPC/1973, referido com o propósito de reforçar a possibilidade, em tese, de se discutir a propriedade em demanda possessória, desprovendo a apelação. Nesse último ponto, constam do acórdão respectivo as seguintes passagens:

No caso dos presentes autos, vemos que a controvérsia não se limita ao fato da posse, mas aprofunda-se à investigação do domínio, ainda que só para se poder decidir da posse. É certo que tal ocorrência não subtrai à ação seu caráter possessório, porque a sentença, vista em seu conteúdo autoritativo, só poderá decidir sobre a posse; entretanto, a resolução sobre domínio, necessária a concluir sobre a posse, é resolução "incidenter tantum". Em outras palavras: a questão do domínio fica submetida, nos autos da ação possessória, à "cognitio", embora não ao "iudicium".

Reitere-se o disposto no art. 923, do CPC, cuja constitucionalidade é proclamada pela jurisprudência pacífica do STF, coadjuvada pela Súmula 487, também do STF, conforme relata Theotonio Negrão em notas às fls. 608, do seu "Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor", em sua 26ª edição.

O art. 923, do CPC, redigido na forma da Lei 6.820, de 16.09.80, tem a seguinte redação:

Na pendência do processo possessório é defeso, assim ao autor como ao réu, intentar ação de reconhecimento do domínio.

Convém assinalar o disposto na Súmula 487 do STF:

Será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base neste for ela disputada.

Muito esclarecedora é a lição de Sálvio de Figueiredo Teixeira em seu “Código de Processo Civil Anotado”, quando comenta a respeito do art. 923, do CPC, tornando clara a constitucionalidade do artigo supracitado:

Ação possessória. Fundamento da posse no domínio por ambas as partes. Inteligência do art. 923, do CPC.

O STF já rechaçou Arguição de Inconstitucionalidade do disposto no art. 923, do CPC, seja em sua primitiva redação, seja na que resultou da Lei n. 6.820/80.

Ante todo o exposto, nego provimento aos apelos, para confirmar a sentença prolatada às fls. 44/47. (e-STJ fls. 285/286.)

No recurso especial, entretanto, os ora recorrentes se insurgem contra a aplicação do art. 923 do CPC/1973 tão somente no tocante à extinção da ação reivindicatória. Na verdade, esse tema foi objeto dos acórdãos proferidos nos autos do REsp n. 1.141.490/RJ, em apenso, não dos acórdãos ora recorridos.

Em tal contexto, verifica-se que o recurso especial, sem atentar para o que realmente foi decidido no acórdão ora recorrido, deixou de abordar a suposta afronta ao referido dispositivo processual sob os únicos enfoques utilizados pelo TRF por ocasião do julgamento que resultou da decisão recorrida (a correta ordem de julgamento das apelações – primeiro ação possessória e depois reivindicatória – e a possibilidade de ajuizamento de ação possessória com o propósito de debater a posse com base no domínio). Ademais, discutindo-se ou não o domínio na petição inicial, admitiu-se o processamento da presente “ação de força velha”, de natureza possessória.

Com efeito, o cabimento da ação reivindicatória deverá ser apreciado nos autos respectivos (do REsp n. 1.141.490/RJ), nos limites dos correspondentes recursos, não neste processo, razão pela qual não se deve conhecer do presente recurso quanto à suposta afronta aos arts. 2º, § 2º, e 6º, *caput*, da LICC (atual LINDB) e 923 do CPC/1973.

Não conheço, portanto, do recurso especial, nessa parte.

I.b Afronta aos arts. 467 e 471 do CPC/1973 – coisa julgada – Agravo de Petição n. 100 (julgado pelo STF em 10.8.1895)

No julgamento das apelações e dos posteriores recursos, o Tribunal de origem afastou a existência de coisa julgada ao fundamento de que o acórdão

do STF indeferiu a ação de incorporação diante de aspectos restritos ao Decreto n. 447, de 18.7.1891, que não serviria como argumento para viabilizar a utilização e o processamento do tipo de ação então ajuizada, nada obstante, remetendo as partes para as vias ordinárias. O indeferimento, portanto, decorreu de fundamento sobretudo processual, não adentrando a questão de mérito em relação ao domínio e à caracterização do imóvel como próprio nacional, temas abordados nestes autos de ação possessória, processada pelo rito ordinário, de forma mais ampla, envolvendo, além disso, outros dispositivos legais.

Notem-se, a propósito, as seguintes passagens do acórdão proferido por ocasião do julgamento dos embargos de declaração e do agravo regimental (e-STJ fls. 366/387):

A segunda insatisfação dos autores com o julgado diz respeito à omissão quanto à alegação de coisa julgada no que concerne à impossibilidade de serem incorporados aos próprios nacionais os bens que constituíram o dote da Princesa Isabel, em vista da manifestação do STF, quando do julgamento do *Agravo de Petição n. 100*.

Quanto a este item, realmente não se pronunciou o acórdão embargado. Supre-se, neste momento, a lacuna.

A ação de incorporação, ajuizada pela União Federal através de seu Procurador Seccional da República nos idos de 1890, teve a sua petição inicial indeferida por entender o julgador que o Decreto n. 447 não preenchia os requisitos das Ordenações Filipinas.

Segundo essas Ordenações, a ação de incorporação deveria ter por fundamento escritura ou título específico que revelasse incontestemente o domínio do autor (fls. 154).

Tendo em vista que a ação se baseava no Decreto n. 447 que, à época, tinha efeitos controvertidos no seio da comunidade jurídica, como comprova o resultado das consultas feitas às diversas Faculdades Jurídicas, o d. Juiz *a quo*, assim como o *Supremo Tribunal*, entendeu que o Decreto mencionado não revelava de forma clara o domínio, o que era imprescindível para o procedimento intentado, razão pela qual, indeferiu a ação sob este argumento, remetendo as partes às vias ordinárias. Observe-se que, em momento algum naqueles autos, houve qualquer pronunciamento a respeito do mérito da questão, pois este esbarra em pressuposto processual para o procedimento eleito.

Assim, tal Decreto foi inservível, como argumento, para ação de incorporação (procedimento sumário), nada obstaculizando a que fosse fundamento em ação ordinária, como asseverou o juiz ao indeferir a incorporação (fls. 153), ou mesmo conhecido para efeito de se julgar a posse de quem a disputasse a título de domínio (o que era perfeitamente possível à época).

Portanto, desprovida de qualquer sustentação jurídica o argumento de ofensa à coisa julgada. Na cópia do julgamento do Agravo de Petição, juntada por cópia às fls. 152/153 por iniciativa dos próprios autores, pode-se ler que:

negou-se provimento ao agravo interposto do despacho que indeferiu a petição do procurador seccional, para que fosse incorporado o palácio Isabel aos próprios nacionais, visto não terem sido observadas as disposições que regulam tais incorporações.

Por conseguinte, não se entrou no mérito. A recusa foi por inadequação do procedimento, não sendo vedada nova postulação, veiculada na forma correta, ou seja, pelo procedimento ordinário, conforme dito pelo ilustre Min. H. do Espírito Santo. (e-STJ fls. 378/379 – grifei.)

Os recorrentes não impugnaram a fundamentação adotada pelo Tribunal de origem para repelir a alegação de coisa julgada. No recurso especial, sustentaram a tese de coisa julgada de forma genérica, dessa forma:

78. A tentativa da União Federal de se apossar do imóvel retroage ao ano de 1891 e buscou como respaldo o Dec. 447 daquele ano, segundo o qual ficaram incorporados aos próprios nacionais todos os bens que constituíam o dote da Princesa Isabel, Condessa d'Eu.

79. Apesar de tal decreto, o Governo Republicano não conseguiu entrar regularmente no Palácio, eis que embora o Ministério da Justiça houvesse expedido aviso aos representantes da família imperial para a entrega do imóvel, a imposição foi repelida pelo guardião dos bens do casal que se negou a ante ela se curvar.

80. Em consequência, o Governo Republicano ingressou com procedimento judicial perante o Juiz Seccional do Distrito Federal, o qual indeferiu a petição inicial, tendo a Fazenda se conformado com tal decisão, dela não tendo apresentado recurso, pelo que a posse mansa e pacífica do casal se manteve sem outra perturbação que não a do inconstitucional decreto n. 477.

81. Não obstante, em 23 de maio de 1894 o palácio foi cercado por praças do exército e ocupado pela força pública.

82. Na tentativa de coonestar a violência praticada, a União novamente procurou o Judiciário pleiteando a incorporação do palácio, tendo mais uma vez sido indeferida a pretensão pelo Dr. Juiz Seccional.

83. Insatisfeita, recorreu a União para o E. Supremo Tribunal federal que, mediante acórdão proferido no Agravo n. 100, negou provimento ao apelo.

84. A decisão, portanto, fez coisa julgada, apesar do que a União permaneceu na posse obtida em estado de sítio, a mão armada e com escandalosa preterição

do pronunciamento definitivo do Poder Judiciário, o que ensejou o ajuizamento da presente ação possessória. (e-STJ fls. 451/452.)

Com efeito, os recorrentes passaram ao largo dos fundamentos do acórdão ora recorrido, que ingressou no exame detalhado do conteúdo do acórdão proferido pelo STF, para concluir que o indeferimento da petição inicial da ação de incorporação decorreu de aspecto meramente processual, vinculado ao procedimento eleito e à impossibilidade de o decreto em apreço viabilizar o processamento sumário da pretensão, remetendo as partes às vias ordinárias. A questão de mérito, assim, não foi enfrentada no STF, o que permitiria o ajuizamento de ações próprias para a discussão aprofundada do tema. Tal motivação não foi impugnada no recurso especial, sendo insuficiente a afirmação genérica dos recorrentes no sentido de que a ação de incorporação teve a petição inicial indeferida e que a decisão transitou em julgado.

Incide, nesse caso, por analogia, a vedação contida na Súmula n. 283 do STF, segundo a qual “é inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles”.

O recurso também não merece conhecimento nesse ponto.

I.c Contrariedade aos arts. 923 do CPC/1973, 3º, 5º, 6º e 7º da Lei n. 166, de 29.9.1840, 1º da Lei n. 1.217, de 7.7.1864, 505 do CC/1916, 1.210, § 2º, do CC/2002, a Lei de 20 de outubro de 1823

Conforme se adiantou no relatório do presente voto, o “Conde e Condessa d’Eu” (Princesa Isabel) ajuizaram a presente ação em 24.9.1895, afirmando que “desde 25 de janeiro de 1865 entraram na legítima posse do prédio urbano situado na rua da Guanabara conhecido por Palácio Izabel e nella se conservaram, mansa e pacificamente, sem dúvida ou contestação de quem quer que seja, até que em 1891, isto é, 26 anos depois, por Decreto n. 447 de 18 de julho, o poder executivo, sem forma nem figura de justiça declarou que ficavam incorporados aos próprios nacionaes todos os bens que constituam o dote ou patrimônio concedidos por actos do extinto regimen à Princeza Imperial Condessa d’Eu. Nestes bens se compreende o Palacio Izabel” (e-STJ fl. 4). Explicaram que, “em virtude deste Decreto, o Ministro do Interior, por aviso de 24 de julho do mesmo anno de 1891, determinou ao General Guilherme Carlos Lassance, procurador dos possuidores do referido predio, para entregar as respectivas chaves ao Engenheiro Francisco Joaquim Bittencourt da Silva”

(e-STJ fl. 5). Tal procurador declarou não ser possível cumprir o mencionado aviso, e o Ministro do Interior remeteu o assunto ao Ministro da Fazenda com o objetivo de “mandar promover pelo Procurador Seccional da República [...] a incorporação aos próprios nacionais” (e-STJ fl. 5). Foi negado judicialmente, inclusive no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o pedido específico de “incorporação nos próprios nacionais do palacio ‘Izabel’, rementendo-se às partes às vias ordinárias” (e-STJ fl. 5), despacho contra o qual não houve recurso. Entretanto, em 22.12.1891, o Ministro da Guerra comunicou ao Ministro do Interior que foi expedida ordem ao “quartel-mestre-general para tomar posse do mesmo palácio” (e-STJ fl. 6). Segundo os autores, a competência da Justiça Federal para solucionar o tema foi postergada, e o “palácio Izabel foi ocupado militarmente” (e-STJ fls. 6/7). Houve tentativa da “1ª Seção da Directoria do Interior” de aplicar o “art. 8º da lei de 9 de setembro de 1826, que regula a única exceção do direito de propriedade” e que “faz referencia expressa aos arts. 5º e 6º que impõem a indemnização ou o depósito previo do valor do uso ou do dominio da propriedade” (e-STJ fl. 7). Afirmaram os autores que tal norma nem mesmo seria aplicável “*se a propriedade fosse do Estado*” e que essa escusa valeria “como confissão official do esbulho, *senão mesmo do confisco*” (e-STJ fl. 7). A necessária ação ordinária não foi utilizada, e o palácio não foi desocupado pelos militares, permanecendo o esbulho, daí a presente ação possessória para impugnar a “ocupação militar e irresistível em 28 de maio de 1894” (e-STJ fl. 8). Pediram a reintegração na posse, “com os rendimentos perdas e danos” (e-STJ fl. 9).

Na sequência, ainda em 24.9.1895, foram juntados pareceres a respeito da questão do domínio relativamente aos Palácios “Izabel” e “Leopoldina” (cf. e-STJ fls. 11/27), assim como, em 11.9.1896, a manifestação, a propósito, da Procuradoria Seccional da República (cf. e-STJ fls. 74/82).

A sentença de improcedência, proferida em 10.4.1897, enfrentou o tema relativo ao domínio à luz da extinção da monarquia, concluindo que o “Palácio Izabel” seria próprio nacional (e-STJ fls. 85/92).

A apelação interposta pelos autores para o STF foi apresentada por termo em 20.4.1897 (e-STJ fls. 95/96), e o Estado da Guanabara – já no âmbito do TFR, em 25.11.1969 – protocolizou contrarrazões defendendo a prescrição intercorrente (e-STJ fls. 110/119).

Diversamente do que alegam os recorrentes no recurso especial, conforme se pode verificar, os autores discutiram na petição inicial o direito à posse,

mas sempre rebatendo o decreto que declarou o Palácio Isabel como bem próprio nacional, afirmando, conseqüentemente, haver esbulho ou até mesmo “confisco”, alegações que, se acolhidas, implicariam reconhecer o domínio pleno em favor dos requerentes. Ao longo do processo, tais matérias igualmente foram discutidas e decididas. E no próprio recurso especial, no item 67 da peça recursal, visando a afastar a hipótese de direito de habitação, qualificam o direito concedido aos antecessores dos recorrentes como propriedade (resolutiva em caso de ausência de sucessão).

Esse contexto, sem dúvida, desde o seu primeiro momento, não permitiria decidir a ação sem enfrentar o título que deu sustentação, *ab initio*, à posse.

A “Constituição Política do Império do Brasil”, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.3.1824 – “Carta de Lei de 25 de Março de 1824”, estabelecia, no art. 109, que “a Assembléa assignará também alimentos ao Príncipe Imperial, e aos demais Príncipes, desde que nascerem”, e, no art. 112, que, “quando as Princezas houverem de casar, a Assembléa lhes assignará o seu Dote, e com a entrega delle cessarão os alimentos”.

A “Assembléa Geral”, composta pela Câmara de Deputados e pela Câmara de Senadores ou Senado, então, aprovou a Lei n. 166, de 29 de setembro de 1840, assegurando dotações à Princesa Imperial D. Januária e à Princesa D. Francisca para quando houvesse de realizar-se seus casamentos. Com poucos dispositivos, assim regulamentou o tema:

Art. 1º A Dotação de Sua Alteza Imperial, quando houver de realizar-se o seu Consorcio, será de noventa e seis contos de réis por anno, paga pela fórma por que o he a de Sua Magestade o Imperador, cessando desde a epoca do referido Consorcio os alimentos assignados por Lei.

Art. 2º O Esposo, que sobreviver ao outro, continuará a perceber a metade da referida Dotação, emquanto residir no Imperio, ou se se ausentar com licença do Imperador.

Art. 3º Fica consignada a quantia de cento e vinte contos de réis para a aquisição de predios, que offereção decente habitação a estes Augustos Esposos: e emquanto não se effectuar essa aquisição, serão pagos pelo Thesouro Publico, na razão de cinco por cento do referido capital, os alugueis de predios, que sejam para esse effeito mais idoneos.

Art. 4º Fica mais consignada a quantia de cem contos de réis para enxoval, e outros objectos do serviço de Sua Alteza Imperial, e de Seu Augusto Esposo.

Art. 5º *Fundar-se-ha hum Patrimonio em terras pertencentes á Nação, cujo valor será ulteriormente determinado sobre informações do Governo.*

Art. 6º *Ao dito Patrimonio serão incorporados os predios, de que trata o artigo 3º; e assim passará aos descendentes, segundo a ordem de sucessão estabelecida na Ordenação, Livro 4º, Título 100, que fica para este effeito em vigor.*

Art. 7º *Todos os bens, a que se refere o artigo antecedentes, serão consignados como Proprios Nacionaes, quando não haja, ou se acabe a referida sucessão.*

Art. 8º *Se o Principe tiver da sua parte alguns bens vinculados, e como taes os considerar no respectivo contrato, ou se taes bens lhe sobrevierem, observar-se-ha a este respeito, o que determina a Ordenação, Livro 4º, Título 100, § 5º, e seguintes, salvo o direito de sucessão estabelecido pela Legislação do Paiz, a que pertencer o mesmo Principe; por que em tal caso o contrato lhe será subordinado em tanto, quanto discrepar da referida Ordenação.*

Art. 9º *O Governo fica autorisado para despender fóra do Imperio as quantias, que forem necessarias para as negociações relativas ao Casamento de Sua Alteza Imperial, e transporte de seu Augusto Esposo, ficando igualmente comprehendidas nesta autorisação as despesas, que forem mister para o ajuste do Consorcio de Sua Magestade o Imperador, e transporte da Sua Augusta Esposa para o Brasil.*

Art. 10. *No caso de que venha a ter lugar a sucessão de Sua Alteza Imperial ao Throno, ficarão sem effeito as disposições desta Lei, que se tornem incompatíveis com os artigos, em que a Constituição regula os direitos, e prerogativas da Família Imperial.*

Art. 11. *Realizado o caso de sahir do Imperio Sua Alteza Imperial, se lhe entregará, por huma vez somente, na forma do artigo 113 da Constituição, a quantia de setecentos e cincoenta contos de réis, segundo o Padrão Monetário, além da somma marcada no artigo 4º da presente Lei para enxoval.*

Art. 12. *As disposições relativas ao Casamento de Sua Alteza Imperial são inteiramente applicáveis ao Consorcio da Princeza a Senhora D. Francisca.*

Art. 13. *Ficão derogadas todas as Leis em contrario. (Grifei.)*

Em nova atividade legislativa, a “Assembléa Geral” aprovou a Lei n. 1.217, de 7 de julho de 1864, que apenas alterou a Lei n. 166, de 29 de setembro de 1840, quanto aos valores das dotações e das despesas relacionadas, especificamente, às Princesas Isabel e Leopoldina. Confira-se o texto do referido diploma:

Art. 1º *Ficão em vigor, para a dotação de Sua Alteza Imperial A Senhora D. Izabel, as disposições da Lei numero cento e sessenta e seis de vinte e nove de Setembro de mil oitocentos e quarenta, com as seguintes alterações:*

§ 1º Quando se realizar o Consorcio de Sua Alteza Imperial, será a sua dotação de cento e cinquenta contos de réis, cessando desde então os alimentos, que actualmente percebe, e será paga pela fôrma, por que o é a de Sua Magestade o Imperador.

§ 2º Fica decretada a quantia de trezentos contos de réis para a aquisição de predios, destinados á habitação de Sua Alteza Imperial e seu Augusto Consorte.

Emquanto se não effectuar esta aquisição, será pago pelo Thesouro, na razão de seis por cento para o mesmo fim mais idoneos.

§ 3º Fica decretada a quantia de duzentos contos de réis para as despesas do enoval e outros objectos do serviço dos Augustos Consortes.

§ 4º Sahindo Sua Alteza Imperial para fóra do Imperio, se lhe entregará por uma só vez, na fôrma do artigo cento e treze da Constituição Política, o dote de mil e duzentos contos de réis.

Art. 2º As disposições relativas ao Consorcio de Sua Alteza Imperial são inteiramente applicaveis ao de Sua Alteza a Senhora D. Leopoldina.

Art. 3º Ficão revogadas as disposições em contrario. (Grifei.)

Quanto ao mais, permaneceu íntegra a Lei n. 166, de 29 de setembro de 1840.

Apenas para facilitar a melhor compreensão e poder extrair dos próprios textos legais da época seus verdadeiros objetivos, com as limitações que possam ter, cumpre rememorar o conceito de dote.

Para Pontes de Miranda, “Dote é a porção de bens, que a mulher, ou alguém por ela, transfere ao marido, para com os frutos e rendimentos provenientes dele, sustentar os encargos do matrimônio, sob as cláusulas de incomunicabilidade e restituição de tais bens, ou do seu valor, quando se dissolver a sociedade conjugal” (Tratado de Direito Privado. São Paulo: RT, 2012 – atualização –, Parte Especial, Tomo VIII, pág. 463). Na hipótese de reversão: “Se no contrato dotal se estipulou a reversão do dote ao dotador, é óbvio que o benefício da restituição cabe a esse, e não à dotada, ou seus herdeiros” (ob. cit. pág. 506).

Alexandre Corrêa e Gaetano Sciascia, por sua vez, destacam que, na evolução do Direito Romano, o direito de propriedade antes conferido ao marido que tenha recebido dote perdeu corpo, assim:

Por influência da regulamentação do matrimônio *cum manu*, os bens dotais passam a ser propriedade do marido. Mas, desde o período republicano via se desenhando uma corrente pela qual, do ponto de vista econômico, o dote se considera *res uxoria*, e. é., da mulher. Os escândalos dos frequentes divórcios

facilitam o desenvolvimento do princípio jurídico pelo qual *quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est*. Assim, do ponto de vista jurídico, a propriedade do dote é do marido, mas os seus poderes são limitados pelo direito; e dissolvendo-se o matrimônio tem que restituir os bens dotais.

[...]

Na legislação justinianéia as duas ações clássicas, *actio ex stipulatu* e *actio rei uxoriae* se encontram fundidas na *actio ex stipulatu*, chamada também *actio de dote*. Tem caráter equitativo e cabe não somente a quem precedentemente fez a *stipulatio*, mas a quem quer que constitui o dote; além disso a ação é transmissível ativa e passivamente. O processo de transformação se consumou: o marido já não é proprietário, mas somente usufrutuário dos bens dotais, como no direito moderno. Quem constituiu o dote tem sobre os bens do marido hipoteca tácita, que legalmente garante a restituição dotal. (Manual de Direito Romano. 6ª ed. São Paulo: RT, 1988, págs. 106/108.)

Com base nas leis referidas, de caráter especial, portanto, em 1865 foi adquirido de um comerciante português, chamado José Machado Coelho, um palacete situado na antiga Rua Paissandu com a Rua Guanabara, atual Rua Pinheiro Machado, distrito de Laranjeira, pelo preço de 250:000\$000 (duzentos e cinquenta contos de réis). A construção de tal palacete se deu em uma propriedade anteriormente denominada “Chácara do Rozo”, de Domingos Francisco de Araújo Rozo. A obra teve início em 1853 e foi utilizada como residência particular pelo alienante José Machado Coelho até 1860. Após sua aquisição e reforma, o palacete se tornou a residência do Conde e da Condessa d’Eu e ficou conhecido como Paço Isabel ou Palácio Isabel, atual Palácio Guanabara.

O Palácio Isabel passou a integrar um patrimônio ainda maior – considerado “proprio nacional” – quando estabelecidos em benefício do casal, Conde e Condessa d’Eu, bens consistentes em terras nas Províncias de Santa Catharina e de Sergipe, mediante a aprovação da Lei n. 1.904, de 17 de outubro de 1870, com o seguinte teor:

Art. 1º Fica estabelecido para Sua Alteza Imperial a Senhora D. Izabel Christina e seu Augusto Esposo, nos termos do respectivo contrato matrimonial, um patrimonio em terras, constante de duas porções, cada uma de 49 leguas quadradas, sendo uma na Provincia de Santa Catharina e outra na de Sergipe, ou em qualquer outra Provincia do Imperio, se porventura nesta ultima não houver porção de terras sufficiente; podendo os lotes conter no minimo até 6 leguas quadradas.

Este patrimonio, do qual fará parte o predio comprado para habitação de Suas Altezas, será considerado como proprio nacional, com o destino que lhe é dado, e nos termos do mesmo contrato matrimonial.

É porém, permitida a venda de metade das terras a colonos que as venhão cultivar, sendo o producto liquido da alienação empregado em apolices da divida publica fundada do Imperio, as quaes, *inscriptas como inalienaveis no grande livro*, farão parte do patrimonio de Suas Altezas.

Art. 2º As ditas terras serão medidas e tombadas á custa do Thesouro Nacional; e á custa de Suas Altezas as medições das subdivisões para venda, e neste caso empregado em *apolices inalienaveis* o produto liquido.

Fica para esse fim concedido ao Governo um credito de 35:000\$000.

Art. 3º Ficão revogadas as disposições em contrario. (Grifei.)

Aliomar Baleeiro, comentando a Constituição de 1891, assim descreve, os pródomos da República e o clima emocional do período 1880-91:

O povo brasileiro cansara-se da monarquia, cuja modéstia espartana não incutia nos espíritos a mística e o esplendor dos tronos europeus. O Imperador vestia trajes civis, pretos, como qualquer sujeito respeitável da época, sem as fardas de dourados, de almirante e general, as condecorações, crachás que impressionam o homem da rua. Conta-se que a Princesa Imperial trazia consigo, no decote, fósforos para acender ela mesma as velas à boca da noite.

O Conde D'Eu era cordialmente detestado e temia-se que viesse a manter sua copa-e-cozinha política quando o sogro fechasse os olhos. E a moléstia do Imperador, em 1888, tornava esse perigo muito próximo.

Passada a euforia da promulgação da Lei de 13 de maio de 1888, com a qual D. Isabel acreditara ganhar durável popularidade, o País sentiu na carne as consequências do gesto generoso que, como o Barão de Cotegipe profetizou à Princesa, lhe custaria a perda do trono.

Não foram previstas medidas de gradual adaptação dos ex-escravos aos trabalho livre, nem de amparo à produção agrícola, a básica do País na época.

Em sua ingenuidade primitiva, muitos africanos ou filhos deles, recém-libertados, pensavam que poderiam subsistir sem a dureza do trabalho quotidiano e árduo.

Depois de dias de festejos e batucada, quase todos abandonaram as fazendas e procuraram viver de biscates nas cidades, saturando o mercado de trabalho. O impacto sobre a produção foi tremendo, embora para os Estados do Sul, nos dois anos anteriores a 1888, fossem importados milhares e milhares de imigrantes italianos. A substituição do braço escravo pelo livre importava a necessidade de aumento do numerário para pagamento semanal e regular dos trabalhadores assalariados.

Por outro lado, Afonso Celso (Visconde de Ouro Preto), o último Presidente de Gabinete, procurou aplacar a ira dos fazendeiros desapossados dos escravos, facilitando-lhes o crédito para manutenção do trabalho agrícola por homens livres. Como isso exigia vultosas emissões, manifestou-se, desde 1888 e primeiro semestre de 1889, um impulso inflacionário com inevitável reflexo no valor do mil-réis, que estava, antes ao par, na relação de 27 pence por Rs. 1\$000. Logo o câmbio baixou, subindo celeremente o valor da libra esterlina em relação ao mil-réis.

Afonso Celso, estadista enérgico e competente, lutou como um leão na arena econômica e na política, metralhado pelos artigos que Rui escrevia, cada manhã, no Diário de Notícias, na lenta erosão do que restava do prestígio do trono e do regime.

As questões militares dos anos anteriores destruíram a disciplina do Exército, solidarizando generais com subalternos, nas hostilidades ostensivas ao Ministério Civil.

Por outro lado, o establishment dos velhos políticos, dos barões, viscondes e marqueses, banqueiros e exportadores, desfalcadas as fileiras pela deserção dos fazendeiros e militares, não conseguira captar a lealdade dos filhos, os jovens, que desde 1870 se deixavam fascinar pela sereia republicana, ou pelo positivismo e pelas instituições norte-americanas, às quais creditavam o formidável desenvolvimento econômico dos Estados Unidos nos dois decênios após o término da Guerra de Secessão. Nas classes médias, muitas crianças nascidas por esse tempo ganhavam como prenome 'Washington', 'Hamilton', 'Jefferson', do mesmo modo que um menino nascido em meio do século XIX, no fastígio da Carta de 1824, fora batizado Benjamin Constant Botelho de Magalhães.

Os que esperavam ascensão social e política com o próximo 3º reinado armaram o braço ameaçador dos libertos da 'Guarda Negra' e dos capoeiristas contra os propagandistas da República. Um deles, Silva Jardim, escapou do assassinio.

E, por fim, a velha estrutura monárquica, que, somada à tradição, contava oito séculos, desmoronou-se toda em poucas horas na madrugada de 15 de novembro.

(Constituições Brasileiras. 3ª ed. Brasília: Edição do Senado Federal, 2012, vol. II, págs. 11/12.)

Com a proclamação da República, foi enviada ao Imperador, D. Pedro II, no dia 16 de novembro de 1889, mensagem do Governo Provisório informando acerca da abolição da monarquia e intimando-o para que a família imperial deixasse o País em 24 horas. Segundo texto reproduzido em obra de Paulo Bonavides e de Paes de Andrade, quanto às garantias e aos direitos assegurados à família imperial, assim constou da referida mensagem:

[...]

O transporte vosso e dos vossos para um porto da Europa correrá por conta do Estado, proporcionando-vos para isso o governo provisório um navio com a guarnição militar precisa, efetuando-se o embarque com a mais absoluta segurança de vossa pessoa e de toda a vossa família, cuja comodidade e saúde serão zeladas com o maior desvelo na travessia, continuando-se a contar-vos a dotação que a lei vos assegura, até que sobre esse ponto se pronuncie a próxima Assembléia Constituinte. Estão dadas todas as ordens a fim de que se cumpra esta deliberação. O país conta que sabereis imitar, na submissão ao seus desejos, o exemplo do Primeiro Imperador, em 7 de abril de 1831. Rio de Janeiro, 16 de novembro de 1889. – Manuel Deodoro da Fonseca. (História Constitucional do Brasil. 1ª ed. Brasília: Ed. Paz e Terra, 1989, pp. 640/641.)

O embarque para o exílio deu-se na madrugada de 17 de novembro de 1889 sem resistência do Imperador.

O Governo Provisório editou, ainda, o Decreto n. 2, de 16 de novembro de 1889, concedendo à família imperial quantia necessária ao seu estabelecimento no exterior (5.000:000\$000 – cinco mil contos de réis), com o seguinte texto:

O Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, querendo prover á decência da posição da família que acaba de ocupar o trono do país, e ás necessidades do seu estabelecimento no estrangeiro, resolve:

Art. 1º É concedida á família imperial, de uma vez, a quantia de cinco mil contos de réis.

Art. 2º Esta concessão não prejudica as vantagens asseguradas ao chefe da dinastia deposta e sua família na mensagem do Governo Provisório, datada de hoje.

Art. 3º Revogam-se as disposições em contrário.

No entanto, o imperador deposto, por meio de carta, recusou a indenização, por entendê-la ilegal e arbitrária.

A respeito da referida ajuda financeira, o historiador Laurentino Gomes escreveu:

Pouco antes da partida, um oficial subiu a bordo com a notícia de que o governo republicano daria uma ajuda de 5 mil contos de réis para custear as despesas do imperador no exílio. Era uma grande fortuna na época, equivalente a cerca de 70 milhões de dólares ou 150 milhões de reais hoje, mas dom Pedro II limitou-se a receber o papel, sem dar uma resposta conclusiva. Esse gesto seria motivo de uma grande controvérsia nos anos seguintes. Para o governo

republicano, dom Pedro ao receber o documento havia, implicitamente, aceitado a ajuda financeira. Isso faria com que, ao chegar a Portugal semanas mais tarde, fosse acusado por um jornalista de ter “vendido a Monarquia brasileira” por uma soma em dinheiro.

O fato é que, ao chegar a São Vicente, no arquipélago de Cabo Verde, duas semanas após a partida do Brasil, dom Pedro enviaria uma carta ao governo provisório renunciando formalmente a qualquer ajuda financeira, além do salário mensal a que já tinha direito por lei enquanto monarca. A atitude foi considerada insolente pelo governo republicano, que, em represália, resolveu banir para sempre a família imperial do território brasileiro. A renúncia ao dinheiro custaria também grandes humilhações a dom Pedro, obrigado a recorrer a empréstimos de amigos para pagar suas contas na Europa até morrer, em 1891. (1889: Como um Imperador Cansado, um Marechal Vaidoso e um Professor Injustiçado Contribuíram para o Fim da Monarquia e a Proclamação da República no Brasil. 1ª ed. São Paulo: Editora Globo S.A., 2013, pp. 294/295)

Em consequência dessa resposta, o Governo Provisório decretou o banimento da Família Imperial e a proibição de ter bens no Brasil. Eis o inteiro teor do Decreto n. 78-A, de 21 de dezembro de 1889:

O Marechal Manoel Deodoro da Fonseca, Chefe do Governo Provisório, constituído pelo Exército e Armada, em nome da Nação, considerando:

que o Sr. D. Pedro de Alcantara, depois de aceitar e agradecer aqui o subsídio de 5.000:000\$ para ajuda de custo do seu estabelecimento na Europa, ao receber das mãos do general, que lh’o apresentou, o decreto onde se consigna essa medida, muda agora de deliberação, declarando recusar semelhante liberalidade;

que, repellindo esse acto do Governo Republicano, o Sr. D. Pedro de Alcantara pretende, ao mesmo tempo, continuar a perceber a dotação annual sua e de sua familia em virtude do direito que presume subsistir-lhe por força da lei;

que essa distincção envolve a negação evidente da legitimidade do movimento nacional, e encerra reivindicações incompatíveis hoje com a vontade do paiz, expressa em todas as suas antigas provincias, hoje Estados, e com os interesses do povo brasileiro, agora indissolavelmente ligados à estabilidade do regimen republicano;

que a cessação do direito da antiga familia imperial á lista civil é consequencia immediata da revolução nacional, que a depoz, abolindo a monarchia;

que o procedimento do Governo Provisorio, mantendo, a despeito disso, essas vantagens ao principe decahido, era simplesmente uma providencia de benignidade republicana, destinada a attestar os intuitos pacificos e conciliadores do novo regimen, ao mesmo tempo que uma homenagem retrospectiva á dignidade que o ex-imperador occupara como Chefe do Estado;

que a attitude presentemente assumida pelo Sr. D. Pedro de Alcantara neste assumpto, presuppondo a sobrevivencia de direitos extinctos pela revolução, contém

o pensamento de desautoral-a, e anima velleidades inconciliaveis com a situação republicana;

que, conseqüentemente, cessaram as razões de ordem politica, que se inspirara o Governo Provisorio, proporcionando ao Sr. D. Pedro de Alcantara o subsidio de 5.000:000\$, e respeitando temporariamente a sua dotação;

Decreta:

Art. 1º É banido do territorio brasileiro o Sr. D. Pedro de Alcantara, e com elle sua familia.

Art. 2º Fica-lhes vedado possuir immoveis no Brazil, devendo liquidar no prazo de dous annos os bens dessa especie, que aqui possuem.

Art. 3º É revogado o decreto n. 2 de 16 de novembro de 1889, que concedeu ao Sr. D. Pedro de Alcantara 5.000:000\$ de ajuda de custo para o seu estabelecimento no estrangeiro.

Art. 4º. Consideram-se extinctas, a contar de 1 desse mez, as dotações do Sr. D. Pedro de Alcantara e sua familia.

Art. 5º Revogam-se as disposições em contrario. (Grifei.)

Veja-se que, inicialmente, foi imposto à família imperial o exílio, instituto correspondente ao estado de residir longe da própria casa, no caso em outro país, conceito que se aproxima da pena de desterro disciplinada no art. 52 do Código Criminal do Império (Lei de 16 de dezembro de 1830). Posteriormente, pelas razões invocadas no decreto citado, o exílio foi convolado em banimento político, mais abrangente e que outrossim envolvia a perda de outros direitos, semelhante à pena de banimento judicial assim definida à época pelo referido Código:

Art. 50 A pena de banimento privará para sempre os réos dos direitos de cidadão brasileiro, e os inibirá perpetuamente de habitar o território do Império.

Os banidos, que voltarem ao territorio do Imperio, serão condemnados á prisão perpetua.

Seguindo tais disposições, editadas após a proclamação da República, foi baixado o Decreto n. 1.050, de 21 de novembro de 1890, efetivando a incorporação ao domínio nacional das terras cedidas à Condessa d'Eu – Princesa Isabel –, nos seguintes termos:

Art. 1º Ficam incorporadas ao dominio nacional as terras situadas nos Estados do Paraná e de Santa Catharina, concedidas, a titulo de dote, á Condessa d'Eu, ex-princeza imperial do Brazil.

Art. 2º Ficam revogadas as disposições em contrario.

É de conhecimento público e notório, conforme revela a historiografia constitucional brasileira, que a “Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil”, promulgada em 24 de fevereiro de 1891, ratificou a igualdade a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil perante a lei, extinguindo expressamente todos os privilégios de nascimento, ordens honoríficas, títulos de nobreza. Para ilustrar, é oportuno reproduzir a norma do art. 72, § 2º, com o seguinte teor:

Art. 72. [...]

§ 2º Todos são iguais perante a lei.

A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho.

Nas “Disposições Transitórias”, mais especificamente no art. 7º, entretanto, por uma questão de deferência ao governante deposto, abriu-se exceção à regra do art. 72, § 2º, criando uma pensão vitalícia ao ex-Imperador, assim:

Art. 7º – É concedida a D. Pedro de Alcântara, ex-Imperador do Brasil, uma pensão que, a contar de 15 de novembro de 1889, garanta-lhe, por todo o tempo de sua vida, subsistência decente. O congresso ordinário, em sua primeira reunião, fixará o quantum desta pensão.

Com fundamento do art. 7º das “Disposições Transitórias” da Carta de 1891, então, o Congresso Nacional aprovou a Lei n. 20, de 22 de outubro de 1891, fixando o pensionamento anual em 120:000\$ (cento e vinte contos de réis), possuindo tal diploma o teor seguinte:

Art. 1º E’ fixada em 120:000\$ annuaes a pensão a que tem direito D. Pedro de Alcantara, ex-Imperador do Brasil, a contar de 15 de novembro de 1889.

Art. 2º O pagamento desta pensão se fará por meio de prestações mensaes ao cambio de 27 dinheiros por 1\$, pagando-se de uma só vez todas as prestações vencidas até á data da publicação desta lei.

Art. 3º O Presidente da Republica é autorizado, na deficiencia da receita, a fazer as operações de credito necessarias para o dito pagamento.

Art. 4º Revogam-se as disposições em contrario. O Ministro de Estado dos Negocios do Interior assim o faça executar.

Observo, todavia, que, segundo alguns historiadores – dentre eles Aristides A. Milton (A Constituição do Brazil – Notícia Historica, Texto e Commentario. 2ª ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1898) –, o ex-Imperador nunca recebeu tal pensionamento, tendo falecido, vale registrar, no dia 5.12.1891, em Paris, França.

Em 18 de julho de 1891, o Marechal Manoel Deodoro da Fonseca, como Presidente da República, editou o Decreto n. 447 – entre, portanto, a promulgação da “Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil”, de 24 de fevereiro de 1891, e a Lei n. 20, de 22 de outubro de 1891 –, efetivando formalmente a incorporação do patrimônio da ex-Princesa Isabel aos próprios nacionais, assim justificando e estabelecendo:

Considerando que o dote instituido em favor da ex-princesa D. Isabel, condessa d’Eu, e ao qual se referem as leis n. 166 de 20 de setembro de 1840, 1.217 de 7 de julho de 1864 e 1.904 de 17 de outubro de 1870, e o contracto de 11 de outubro de 1864, tirava sua razão de ser e se fundamentava em o regimen politico então vigente o que – suppunha-se – seria perpetuo;

Considerando que, tanto esse dote como a lista civil annualmente decretada, significavam um auxilio para que a princesa imperial, e com ella o seu consorte, pudessem manter a representação e decóro social compatíveis com a elevada posição que occupava na monarchia e com a qualidade de futura depositaria das funções magestáticas, como se evidencia do elemento historico daquellas leis;

E pois

Considerando que o patrimonio politico, assim constituido para fins e sob leis especiaes, sómente poderia existir emquanto se não verificasse o implemento da condição resolutive a que estava naturalmente subordinado: a extincção do regimen monarchico; e, dado este facto, devem os bens ser devolvidos ao dominio pleno do Estado, que aliás reservou sempre para si a nua-propriedade sobre elles;

Considerando que nas mesmas condições de taes bens se acha o immovel denominado – palacete Leopoldina –, em cujo uso-fructo estava investido do ex-principe D. Pedro, como filho primogenito da princesa D. Leopoldina, Duqueza de Saxe, fallecida, em 1871;

Considerando, finalmente, que o compromisso assumido pelo Governo Provisorio em 15 de novembro de 1889, no sentido de “reconhecer e acatar todos os compromissos nacionaes contrahidos durante o regimen anterior, os tratados subsistentes com as potencias estrangeiras, a divida publica externa e interna, os contractos vigentes e mais obrigações legalmente contrahidas”, não póde evidentemente referir-se ás leis citadas, as quaes por essa occasião já haviam caducado de para com a monarchia, de que eram immediato consecario;

Resolve decretar, ampliando o disposto no decreto n. 1050 de 21 de novembro de 1890, que providenciou sobre as terras situadas nos Estados do Paraná e de Santa Catharina, que faziam parte do alludido patrimonio:

Art. 1º Ficam incorporados aos proprios nacionaes todos os bens que constituam o dote ou patrimonio concedido por actos do extincto regimen á ex-princeza imperial D. Isabel, Condessa d'Eu; bem assim o immovel denominado – palacete Leopoldina – e sito á rua Duque de Saxe.

Art. 2º Revogam-se as disposições em contrario.

Cumpra registrar que o período era marcado por convulsões em todo o País. Deodoro, em 03.11.1891, três semanas antes de sua renúncia, dissolveu o Congresso Nacional e instaurou o estado de sítio, suspendendo todos os direitos individuais e políticos previstos na nova Constituição republicana. Floriano Peixoto, com o argumento da ameaça da restauração da monarquia, tendo em vista a desilusão com o novo regime, governou o País com mão de ferro. Sob os influxos da Segunda Revolta da Armada, em 1893, novamente suspendeu as garantias constitucionais, decretando estado de sítio. O Rio de Janeiro encontrava-se debaixo do risco de bombardeio. Nesse contexto, houve a ocupação do Palácio Guanabara, com o suposto propósito de se instalar, ali, um hospital militar.

O panorama histórico e legislativo acima demonstra que o atual Palácio Guanabara foi adquirido para os fins específicos previstos na Constituição do Império e posterior legislação infraconstitucional, de caráter especial, em consequência de obrigações do Estado, vinculadas à monarquia e ligadas ao alto decoro do trono nacional, da família imperial e sua ordem de sucessão.

São neste sentido as conclusões do acórdão recorrido, à fl. 279 (e-STJ):

Verifica-se que tanto as declarações da escritura, como as cláusulas do contrato nupcial e os artigos de lei transcritos, todos, sem exceção, fazem certo que o imóvel em questão foi comprado com o dinheiro do Tesouro para o fim específico e exclusivo de proporcionar uma habitação para a Princesa Imperial D. Isabel, que se casara com o Conde d'Eu e que seria, na ausência de filhos varões, a herdeira do trono.

[...]

Evidentemente, a extinção do regime monárquico, com o desterro de toda a família imperial, fez cessar a destinação do imóvel, desaparecendo a razão pela qual fora ele comprado.

O imóvel tinha destinação exclusiva: servir de moradia aos herdeiros do trono, membros da família imperial. Ora, com a substituição da monarquia pela

república não há que se falar mais na figura do imperador, nem em príncipes, nem em princesas, cessando, “*ipso facto*”, a razão pela qual o imóvel era utilizado, devendo retornar ao patrimônio da União, de onde na verdade nunca saiu, pois foi adquirido como “próprio nacional”, a teor do art. 7º da Lei n. 166.

Após examinar os textos legais, o respectivo contrato de casamento e a escritura de aquisição do imóvel, concluiu o TRF 2ª Região (e-STJ fls. 280/281):

[...] os bens não foram atribuídos a pessoas privadas, mas a representantes da nação, enquanto detentores deste título, e não podiam acompanhá-los quando perderam essa qualidade, ou seja, quando extinto o regime monárquico.

O que existia, na realidade, era um mero direito de habitação, restituindo-se o prédio ao proprietário. E como se não bastassem os fatos, por si só, para que fossem devolvidos os bens, foi editado o Decreto n. 447, determinando a incorporação dos bens dotais ao patrimônio da União, embora, ressalte-se, na realidade eles nunca tivessem deixado de integrá-lo.

Com efeito, com a proclamação e a institucionalização da República, as circunstâncias fundamentais que justificavam a manutenção da posse do palácio pela família imperial deixaram de existir, tendo em vista que o novo regime constitucional republicano extinguiu todas as prerrogativas, privilégios, regalias e títulos nobiliárquicos inerentes à monarquia. Em decorrência, as antigas obrigações do Estado perante a família imperial foram revogadas *ipso facto* pela nova ordem imposta, entre as quais a posse do imóvel de que trata a ação.

As fontes citadas também permitem responder a indagação se, em relação ao imóvel em apreço, o dote implicou transmissão de domínio pleno em favor do casal.

No ponto, entendo, não se ter caracterizado concessão de qualquer direito de propriedade aos ilustres e respeitáveis ascendentes dos recorrentes.

Com efeito, a “Constituição Política do Império do Brasil”, outorgada pelo Imperador D. Pedro I em 25 de março de 1884, no seu art. 112, determinava que, “quando as Princesas houverem de casar, a Assembléa lhes assignará o seu Dote”, encerrando os alimentos previstos no art. 109. No entanto, a norma constitucional não estabeleceu os contornos jurídicos e os efeitos do referido dote, ficando a cargo da Assembleia Geral defini-los.

Em tais condições, o Poder Legislativo editou a Lei n. 166, de 29 de setembro de 1840, acima reproduzida, segundo a qual os prédios adquiridos com o propósito de fornecer decente habitação aos recém-casados constituirão

patrimônio “consignado como próprio nacional” “quando não haja, ou se acabe a referida sucessão” (arts. 3º, 5º, 6º e 7º).

Evidentemente que, nessa época, não se cogitava da abolição da monarquia, daí que, em tese, o fim da sucessão se daria apenas quando o casal não deixasse prole ou outros sucessores previstos na legislação então em vigor, caso em que se escolheria uma nova dinastia. No entanto, a instituição da república e o fim da monarquia qualificou uma nova hipótese de “fim da sucessão” de tais privilégios, reforçando a ideia de que o imóvel em apreço tratar-se-ia de próprio nacional, definido por Pedro Nunes como bem imobiliário, da propriedade que faz “parte do patrimônio privado de uma entidade de direito público interno: próprios nacionais, estaduais ou municipais” (Dicionário de Tecnologia Jurídica. 13ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 875). De Plácido e Silva, em obra atualizada por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho, define “próprios nacionais” como sendo “expressão usada para determinar o conjunto de bens pertencentes ou de propriedade do Estado. Corresponde a bens do domínio da União” (Vocabulário Jurídico. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 1.119). Essas definições, a propósito, remontam ao Brasil Império, podendo-se citar a definição apresentada por Augusto Teixeira de Freitas Senior em 1883:

— Proprios Nacionaes (Consolid. das Lêis Civ., Art. 59) são os bẽns como táes incorporados, e assentados nos Livros d’elles; isto é, os que se-adquirirão para a Fazenda Nacional por algum titulo; em cujo numero entrão as Fortalêzas, Fontes, Castellos, Baluartes, Cidadellas, , com tãodos os seus pertences: (*in* Vocabulario Juridico. Rio de Janeiro: B.L. Garnier – Livrêiro-Editor, 1883.)

Tal dicionário jurídico, como se pode verificar, faz remissão ao conceito inserido no art. 59 da Consolidação das Leis Civas de 1858, igualmente elaborado por Teixeira de Freitas, encomendada pelo governo imperial, com o seguinte teor:

Art. 59. São propios nacionaes os bens como taes incorporados, e assentados nos Livros delles; isto é, os que se-adquirirão para a Fazenda Nacional por algum titulo, ou em virtude de Lei; em cujo numero entrão as fortalezas, fortes, castellos, baluartes, cidadellas, com todos os seus pertences.

Revela-se oportuno destacar que o art. 6º da Lei n. 166/1840 invoca, apenas a título de ordem de sucessão, a disciplina contida na “Ordenação, Livro 4º, Título 100”, que dispõe sobre o morgado e bens vinculados, que não podiam ser alienados ou divididos, passando ao primogênito ou, na falta deste,

na respectiva ordem estabelecida no referido diploma. A propósito, a título de ilustração, De Plácido e Silva assim define “morgado”:

Morgado. Derivado de *majoratus*, de baixa latinidade, era o vocábulo empregado na terminologia do Direito antigo, para indicar o vínculo instituído a certos bens, a fim de que se transmitam seguidamente aos sucessores, com a mesma imposição, sem se poderem vender ou dividir.

O morgado, assim, apresentava-se perpétuo e indivisível, e tinha por objetivo manter os bens assim vinculados para conservação do nome e esplendor da família.

O herdeiro do morgado era o primogênito. E a este, por extensão, também se dava a denominação de morgado.

E designava, ainda, o direito de suceder nos bens vinculados ou que constituíram o morgado. (Vocabulário Jurídico. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pág. 931.)

Anos depois da edição da Lei n. 166, de 29 de setembro de 1840, a Assembleia, em 7 de julho de 1864, aprovou a Lei n. 1.217, que tão somente modificou os valores das dotações e das despesas relacionadas às Princesas Isabel e Leopoldina, deixando ainda mais claro, no art. 1º, § 2º, que os prédios se destinariam especificamente a uma digna “habitação de Sua Alteza Imperial e seu Augusto Consorte”.

Finalmente, a Lei n. 1.904, de 17 de outubro de 1870, de forma ainda mais explícita, declarou que as terras adquiridas em Santa Catarina e em Sergipe e os prédios destinados à habitação do casal imperial constituiriam patrimônio “considerado como próprio nacional”. Permitiu a venda da metade das referidas terras a colonos, mas impôs que o produto líquido da alienação fosse utilizado na aquisição de apólices da dívida pública, inscritas como inalienáveis. Veja-se, portanto, que a ideia era impedir que o patrimônio fosse retirado da esfera de domínio do Estado ou do âmbito da família imperial. Vedava-se, pois, ao casal conferir nova destinação de tais bens, diversa da que lhes indicasse a legislação então vigente.

Em tal contexto fático e jurídico, o Conde e a Condessa d’Eu detinham a posse do Palácio Isabel, hoje Palácio Guanabara, tão somente para fins de direito de habitação, não possuindo o domínio sobre tal imóvel. Adquirido apenas para satisfazer a constituição de dote em favor da família imperial, a propriedade sempre foi do Estado, sendo considerado, desde a compra, próprio nacional. Sob o enfoque da organização vertical da posse, tratada pelo Ministro aposentado do

STF José Carlos Moreira Alves, na obra *Posse – Estudo Dogmático* (2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999), os recém-casados tinham a posse direta ou imediata (direito limitado à efetiva habitação), e o Estado, a posse indireta ou mediata, sem embargo da manutenção do domínio sobre o bem.

Com o fim da monarquia e a extinção dos privilégios de nascimento, portanto, caracterizou-se uma nova hipótese de “fim da sucessão” dos benefícios no âmbito da família imperial, cabendo o retorno da posse do respectivo bem e de outros dotes ao Estado.

Modernamente, encontram-se julgados dos tribunais, inclusive do STJ, a respeito de controvérsias jurídicas que – guardadas as devidas proporções, particularidades e nível de aplicação – possuem certo parentesco com o caso em exame. Trata-se da utilização do próprios nacionais residenciais por autoridades e servidores públicos investidos de cargos de governo ou funções de confiança.

Em tais circunstâncias, como deixaram de produzir efeitos jurídicos no regime republicano as designações de nobreza, encargos, privilégios e regalias que amparavam a posse do atual Palácio da Guanabara pelo Casal Imperial, e como tal imóvel sempre permaneceu sob o domínio do Estado, a improcedência da presente ação possessória deve ser mantida, à míngua de título que lhes pudesse garantir a posse. Irrelevante para o julgamento desta ação ajuizada em 1895, também pela ausência de direito possessório por parte dos autores, a forma pela qual o palácio foi ocupado após a Proclamação da República, a promulgação da Carta de 1891 e após o banimento da família real. Sem título possessório (título nobiliárquico e respectivos privilégios) e definitivamente impossibilitados, materialmente, também em decorrência do referido banimento, de exercer diretamente o direito de habitação, não há como acolher a proteção possessória.

Destaco que, pela natureza do direito constituído e de sua finalidade específica, estabelecidas na Carta Constitucional de 1824 e nas leis especiais que se seguiram, o exercício do direito de habitação pelos membros da família imperial, no presente caso, é intransferível e personalíssimo, não podendo ser repassado a terceiros, ainda que estivessem na posse do imóvel em nome dos supostos titulares.

Nesse ponto, diversamente do que alegam os recorrentes, desnecessário o exame de normas e disposições contidas nas Ordenações, na Lei da Boa Razão (Lei de 18 de agosto de 1769) e nas oriundas do Direito Romano para efeito de permitir que a família imperial, sob qualquer título, repassasse

a terceiros o direito de habitação. A Lei de 20 de outubro de 1823, invocada no recurso especial pelos recorrentes, de fato, determinava no seu art. 1º que as Ordenações e as leis, entre outras, permaneceriam “em inteiro vigor na parte, em que não tiverem sido revogadas, para por ellas se regularem os negocios do interior deste Imperio, emquanto se não organizar um novo Codigo, ou não forem especialmente alteradas”. No entanto, o direito ao dote das princesas foi estabelecido e disciplinado posteriormente, pela Carta de 1824 e pelas leis especiais que se seguiram. Esses novos diplomas, que revelam o caráter personalíssimo do direito conferido à habitação da família imperial, é que devem ser observados para solução da lide.

Tal característica, a propósito, de modo ilustrativo, é apontada mais modernamente, também, por Orlando Gomes, nos seguintes termos:

O direito real de habitação também é personalíssimo.

A habitação é, atualmente, uso limitado, e, assim, espécie do direito real de uso. Perdeu, com efeito, sua significação de usufruto restrito. No direito alemão, qualifica-se entre as servidões pessoais limitadas, ao lado do usufruto e das servidões prediais.

Tal como o direito de uso, do qual é, afinal simples modalidade, o direito de habitação tem cunho personalíssimo, não podendo ser transferido, nem mesmo seu exercício. O titular o exerce, residindo na casa alheia. Tem, portanto, destinação invariável. A casa não pode ser habitada por outrem, nem ser usada para outro fim. (Ob. citada, p. 286.)

Com isso, igualmente em nada socorre os autores e seus sucessores o fato de, eventualmente, terem permanecido no imóvel, após o exílio e o banimento político, detentores – empregados e/ou guardiães e/ou procuradores – que representavam a família imperial. Sem título de posse para habitar e impossibilitados, definitivamente, de exercer a habitação, improcede a ação de força velha ajuizada pelo Conde e pela Condessa d’Eu.

A propósito, nos autos da ação reivindicatória em apenso (REsp n. 1.141.490/RJ), a União juntou, mediante certidão, como precedente, julgado do Supremo Tribunal Federal relativo à ação de força verdadeira proposta por D. Pedro Augusto de Saxe Coburgo Gotha e Bragança, representada por seu pai, o Duque de Saxe, contra a União, no qual buscava reaver o Palácio Leopoldina “com os rendimentos perdas e danos” (e-STJ fls. 319/339 – REsp n. 1.141.490/RJ). Os fatos da referida demanda são semelhantes aos destes autos, alegando o autor do referido processo que:

Diz o Duque de Saxe, mediante a presente ação de força verdadeira, na qualidade de curador de seu filho primogenito, Dom Pedro Augusto de Saxe Coburgo Gotha, que, desde dezoito de julho de mil oitocentos e sessenta e cinco, entrou o mesmo Duque com sua esposa Dona Leopoldina na legítima posse do Palácio Leopoldina e a conservaram sem contestação alguma até que, atingindo seu referido filho a maioridade, sendo já falecida sua mãe, sucedeu pela cláusula quinta do acôrdo celebrado em oito de Maio de mil oitocentos e oitenta e oito no vinculo estabelecido na lei numero cento e seis de vinte e nove de setembro de mil oitocentos e quarenta e seis e lhe foi transferida a administração e usufruto do aludido palácio, continuando na posse mansa e pacífica dos primeiros possuidores; que no dia vinte e seis de setembro de mil oitocentos e noventa e um foi o mesmo prédio ocupado militarmente, sem intervenção do poder judiciário; que, a vista do exposto, pede que seja restituída a posse do palacio de que foi esbulhado violentamente o seu filho com os rendimentos, perdas e danos ou condenada a mesma Fazenda Nacional na pena da Ord. Livro: quatro, título cinquenta e oito, princ e mais a pagar-lhe todas as perdas e danos que se liquidarem na execução. (e-STJ fls. 326/327 – REsp n. 1.141.490/RJ.)

Da sentença proferida em 10 de abril de 1897, pelo Juiz Godofredo Xavier da Cunha, que ensejou a Apelação Cível n. 296/RJ, extrai-se a seguinte motivação, bastante consistente e representativa do pensamento político e das fontes jurídicas da época, sendo aplicável, em muito, ao presente caso, *in verbis*:

(...) considerando que entre esses pareceres deve prevalecer o das Faculdades Livres de Direito do Rio de Janeiro e os dos Doutores Brazilio dos Santos, João Vieira e Leovegildo Filgueiras, porque se trata de uma questão essencialmente política, ligada intimamente á instituição monarquica com a qual nasceu, viveu e morreu, devendo tudo quanto se relaciona com a referida questão ser decidido de acordo com as circunstancias politicas e os principios e disposições do nosso direito público; considerando que encarada essa questão como mista, sob o duplo ponto de vista do direito público e do direito civil, ainda assim as relações de carater público, dominadas pelo principio da superioridade, devem preponderar sobre as de carater privado, reguladas pelo principio da igualdade como ensina Paula Baptista no seu Compendio de Hermeneutica Juridica, paragrafo vinte e dois nas seguintes palavras: – “as leis constitucionais, na parte que estabelecem o regimen político e garantem os direitos individuais, exercem uma preponderancia decidida sobre todas as leis secundarias; e as que proclamam novos principios destroem as antigas que estão em opposição com elas, apenas representam um tempo que já acabou: – o que chama revogação implicita das leis; – “considerando que não é nova essa questão, como diz o Douto Brazilio dos Santos, pois já foi debatida em França, a proposito do apanagio da familia Orleans, sendo resolvida pela assembléia nacional em mil setecentos e noventa e mil setecentos e noventa e um, pela convenção em mil setecentos e dois, de novo sujeita ás camaras

francesas em mil oitocentos e quatorze, mil oitocentos e vinte e cinco e mil oitocentos e trinta e sete, variando sempre as respectivas decisões ao influxo dos diferentes regimens politicos daquela nação nas epochas mencionadas; – considerando de pleno acôrdo com o voto da minoria da Faculdade Livre de Direito da Bahia, baseado nas leis do tempo da monarquia, nas leis republicanas, nos autores patrios e estrangeiros por ela citados, que o poder legislativo, como delegação da nação, não podia ultrapassar as raiz do seu mandato dando destino ou aplicação aos bens nacionais por mera liberalidade, sem ter em vista a utilidade pública; – que a nação no exercicio de sua soberania, e não no carater de parte contratante, fundou os patrimonios públicos dos principes, como accessorios e condições inseparaveis da monarquia, tendo por fim garantir a representação da dinastia e manter o seu decoro, fazendo refletir sobre ela o esplendor da corôa, cuja perpetuidade era o fundamento das leis; – que esses elementos são substanciais e não extrínsecos ás leis e constituem a sua causa, a sua razão de ser, que os direitos excepcionais garantidos á familia imperial constituíam privilégios, tendo sua justificação sómente no estado e posição especialíssima do chefe e membros da dinastia; que, adotada a forma republicana, cessou a condição, a qualidade, o estado, em suma, daqueles perdendo todos eles os privilégios inerentes ao seu antigo estado; – que, não obstante os pactos antenupciais assegurarem dotações aos principes–contratantes e alimentos aos seus filhos, cessou a sua prestação, como cessou a dotação do imperador, com a abolição da Constituição do imperio, que os garantia e o nascimento de novo direito público; que as leis de dotação regia, dominio da corôa e apanagio dos principes, conquanto produzem efeitos civis, prendem-se ao direito público de cada nação, passando por diversas evoluções e mudanças, e até extinguindo-se, segundo a variedade e transformação dos regimens politicos; que a Constituição da República não revalidou as leis citadas;” julgo improcedente a ação proposta para ser considerado o palácio Leopoldina como próprio nacional, afim de ser a Fazenda Nacional imitada na posse por meio do respectivo processo judicial e consequente processo de incorporação aos proprios nacionais, pagas as custas pelo autor, Dom Pedro Augusto de Saxe Coburgo Gotha e Bragança. (e-STJ fls. 329/331 – REsp n. 1.141.490/RJ.)

A improcedência da ação de força verdadeira foi mantida pelo STF na Apelação Cível n. 296/RJ, sendo oportuno reproduzir as seguintes passagens da fundamentação adotada no respectivo acórdão, proferido em 16 de março de 1898:

Não se trata, porem, desses bens; mas sómente do predio da rua Duque de Saxe, numero vinte e dois, denominado Palacio Leopoldina. – Com relação a este imovel não houve doação da propriedade, nem do usufruto. O direito conferido foi o de habitação. É o que se deduz das Leis que autorisaram o contrato. – *Com Efeito:* – A lei numero cento e sessenta e seis de vinte e nove de setembro de

mil oitocentos e quarenta, artigo terceiro, dispõe: “Fica consignada a quantia de cento e vinte contos de reis, para a aquisição de prédios, que ofereçam decente *habitação* a estes augustos esposos.” – A lei numero mil duzentos e dezessete de sete de Julho de mil oitocentos e sessenta e quatro, artigo segundo, dispõe: – “Fica decretada a quantia de trezentos contos de reis, para a aquisição de prédios destinados á *habitação* de Sua Alteza Imperial e seu augusto consorte.” – As leis numeros mil novecentos e quatro e mil novecentos e cinco de dezenove de Outubro de mil oitocentos e setenta declaram: – “Este patrimonio, do qual fará parte o prédio comprado para *habitação* de Suas Altezas...” – A lei numero dois mil e noventa e dois de vinte de outubro de mil oitocentos e setenta e sete, artigo dezenove, dispõe: – “Fica o Governo autorizado a permitir que se troque por apolices da divida pública o prédio comprado para *residência* da falecida princesa Dona Leopoldina e seu augusto esposo.” – Sempre as expressões – *prédio para habitação*, semelhantemente ao que dispoz a Constituição de mil oitocentos e vinte e quatro, artigo cento e quinze, sobre os palácios nacionais existentes e construção de outros, destinados à residência do Imperador. Ora, a habitação, considerada como direito real, não contem os atributos do direito de propriedade, nem os do direito de usufruto, mas, o de ocupar o predio, tirando dele mais ou menos proveito, conforme a intenção do instituidor. – E é bom de ver que sujeitando o palácio Leopoldina a esse onus, não podia a intenção da Nação, pelos seus legítimos representantes ser outra senão a de ser habilitado pela mãe do apelante e seus descendentes, não, por terceiros, gratuitamente ou por aluguel. – Estabelecida, assim, a natureza e extensão do direito adquirido pela mãe do apelante, segue-se que cessou, desde que o apelante, seu sucessor, não pode habitar o predio, em consequencia de estar banido do territorio brasileiro pelo decreto numero setenta e oito A de vinte e um de Dezembro de mil oitocentos e oitenta e nove. E é por cessar o direito de habitação, desde que não pode ser exercido, que a citada lei numero dois mil e noventa e dois de mil oitocentos e setenta e sete, além dos dois casos de reversão, estabelecidos pelas citadas leis numero cento e sessenta e seis de mil oitocentos e quarenta e numero mil duzentos e dezessete de mil oitocentos e sessenta e quatro – falta ou extinção da descendência – declarou o de mudança de residência para fora do país. – Objeta-se que não pode a Nação tirar proveito, pela reversão, da mudança de residencia, quando foi ela que obrigou o apelante a fazer a mudança, decretando o seu banimento. – *Quincunque sub conditione obligatus, curaverit ne conditio existeret, nihilominus obligatur: lei oitenta e cinco, D. de verb ob ligat.* – A doutrina é fundada no direito romano, e foi aceita pelos codigos modernos, como se vê do Italiano, artigo mil cento e setenta; mas, não tem aplicação. Da citada lei oitenta e cinco resulta que o implemento ou o não implemento da condição não aproveita aquele que, com o fim de resolver ou firmar o contrato, em seu proveito, consegue, por sua diligencia, (*curaverit*), realizar ou impedir o implemento da condição. Mas isso não se deu com o banimento do apelante. O Governo da República, não teve em vista a resolução do onus a que estava sujeito o prédio de propriedade da Nação: praticou um ato político, exigido pela estabilidade das

novas instituições. [...] Em todo caso, não tem aplicação a citada Ord., nem cabe ao apelante ação possessória, desde que cessou o título da sua posse, o direito de habitação [...]. (e-STJ fls. 334/337 – REsp n. 1.141.490/RJ.)

Ao rejeitar os respectivos embargos de declaração, o Supremo Tribunal Federal acrescentou que, “não obstante a natureza possessória da ação proposta, o acórdão embargado fez abstração completa da posse violentada do esbulho, como se não fosse esse o objeto e fim da ação, para conhecer da propriedade por argumento tirado por interpretação de atos legislativos e do contrato matrimonial, por que reduz o morgado instituído no palácio Leopoldina á direito de habitação, extinto pela proclamação da República” (e-STJ fl. 339 – REsp n. 1.141.490/RJ). A propósito, é oportuno reportar ao parecer oferecido em 1938, nos autos do Agravo de Petição n. 8.261, pelo então 2º Procurador da República, Dr. *Luiz Gallotti*, que, posteriormente, veio a ocupar assento no Supremo Tribunal Federal com indiscutível brilhantismo. Tal recurso de agravo foi interposto em ação ordinária proposta pela União contra o Sr. Joaquim Catramby, discutindo-se o domínio de duas casas alienadas pelo Duque de Saxe ao réu, então agravante. Entre os fatos históricos mencionados pelo douto Procurador, destaco a ausência de recolhimento da “sisa” (Serviço de Impostos de Sua Alteza), antiga denominação do atual imposto sobre transmissão *inter vivos*, por se tratar de próprio nacional, *in verbis*:

Premido pela exigência das provas do seu pretense domínio, acabou o réu por juntar a escritura de fl. 168, pela qual o 1º Duque de Saxe, em 18 de julho de 1865, comprou o terreno, em que foram construídos, quer o palácio Leopoldina propriamente dito, quer as casas vendidas ao réu e que serviram de moradia aos atos dos príncipes D. Pedro e D. Augusto (fl. 7).

E com esse suposto título de domínio do 1º Duque de Saxe, pretende o réu haver dissipado todas as dúvidas!

Acontece, porem, que quem vendeu ao réu não foi o 1º Duque, foi o 2º. Logo, o domínio deste é que lhe cumpria provar. Isso sem falar que o réu não fez prova de ter comprado os terrenos.

Mas, na verdade, nem mesmo o 1º Duque jamais foi proprietário do imóvel em apreço.

Na referida escritura de fl. 168, o Duque declara:

que os prédios e chácara são adquiridos par os fins mencionados e nos termos dos arts. 6º e 8º do contrato de casamento de Sua Alteza a Princesa Dona Leopoldina, com o mesmo Augusto Senhor e as disposições do auto de Aróca das ratificações da convenção matrimonial de Sua Alteza, firmada

em Gotha, em 18 de fevereiro de 1865, e dos arts. 6º e 7º da lei de 28 de setembro de 1840, e §§ 1º e 2º da lei de 7 de julho de 1864 (fls. 169 e 169v.).

A seguir, vem a declaração de que a escritura “não paga sisa”, conforme Portaria do Ministério da Fazenda (fls. 169 v.).

A esse respeito, é interessante recordar o ofício que, em 27 de junho de 1865, poucos dias antes de ser lavrada a escritura, enviou o Marquês de Olinda, Ministro dos Negócios do Império, ao Mordomo da Casa de Sua Alteza o Duque de Saxe, nestes termos:

Comunico a Vm., em resposta aos ofícios que me dirigiu de ordem de Sua Alteza Real, o Sr. Duque de Saxe, em datas de 21 e 22 deste mês:

1º Que conforme se decidiu, em avisos deste Ministério, de 4 e 19 de janeiro último, por ocasião das compras dos prédios para habitação de S. A. Imperial e de seu Augusto Esposo, o Sr. Conde d’Eu, a compra dos prédios para habitação de S.A. a Sra. D. Leopoldina e de seu Augusto Consorte é isenta de pagamento de sisa, *pela razão de que ficam os ditos prédios incorporados ao patrimônio nacional*, nos termos dos arts. 6º e 7º, da lei n. 166 de 22 de setembro de 1840, e art. 1º, § 2º, de acordo com o art. 2º da lei n. 1.217, de 7 de julho de 1861, *como próprios nacionais*, sujeitos, contudo, ao selo proporcional, à vista da disposição do art. 6º, § 1º do Regulamento de 26 de dezembro de 1860, e ao dos laudêmos municipais, si forem devidos.

2º Que nesta data requisito do Ministério da Fazenda a expedição das convenientes ordens não só para entrega da quantia de 300:000\$000, que tem de ser empregada na aquisição de prédios, como da de 150:000\$000, para perfazer a de 2000:000\$000, destinada a enxoval e outros objetos de serviço, visto já ter verificado por conta desta, em 16 de dezembro do ano p., o adiantamento de 50:000\$000.

Deus guarde a Vm. – (ass.) Marquês de Olinda (v. Rodrigo Otávio, *Dominio da União e dos Estados*, 2º ed., págs. 109-110).

Eis como conclue o insigne Rodrigo Otávio, depois de examinar os atos e leis antes referidos:

Alem dos bens da Coroa, mesmo aqueles com os quais se faziam dotações a pessoas da família imperial, reputavam-se próprios nacionais.

De acordo com esse princípio, os Palácios Isabel (atual Guanabara) e Leopoldina, adquiridos pelo Tesouro para habitação das duas filhas do segundo Imperador, foram comprados isentos de sisa e impostos de transmissão de propriedade, por serem considerados próprios nacionais, como expressamente o declararam as leis que constituíram o patrimônio dotal das duas princesas, e nessa qualidade se mandou demarcar o primeiro.

Com o advento da República, porém, todas estas distinções desapareceram. Em favor da Nação, que já tinha o domínio direto, consolidou-se o domínio desses bens, por ocasião da existência da monarquia e consequente cessação da sucessão de direitos excepcionais, até reconhecidos nas pessoas do monarca e dos descendentes, e tais bens foram, por atos expressos, mandados incorporar ao patrimônio nacional. Todos esses bens são hoje do domínio privado pleno da União (op. cit., págs. 109 a 111).

Convém lembrar que a lei n. 1.905, de 17 de outubro de 1870, estabelecendo um patrimônio “para Sua Alteza a Sra. Leopoldina e seu Augusto Esposo, nos termos do respectivo contrato matrimonial”, dispõe de modo terminante no art. 1º, 2ª alínea:

Este patrimônio, do qual fará parte o prédio comprado para habitação de suas altezas, será considerado como *próprio nacional*, com o destino que lhe é dado e nos termos do mesmo contrato matrimonial.

Mais adiante, em seu parecer, o eminente Ministro *Luiz Gallotti*, então 2º Procurador da República, igualmente se remete à ação de força verdadeira proposta por D. Pedro Augusto de Saxe Coburgo Gotha e Bragança, representado por seu pai, o Duque de Saxe, contra a União, julgada improcedente em primeiro grau, e mantida a sentença pelo Supremo Tribunal Federal na Apelação Cível n. 296/RJ, processo a que me referi anteriormente.

Por último, recebi memorial em nome dos recorrentes Pedro Henrique de Orleans e Bragança e outros, no qual afirmam que “também no direito comparado se observa a presença de precedentes favoráveis aos recorrentes” e que “talvez o caso que mais se assemelhe ao tratado nestes recursos é o do Rei da Grécia contra a Grécia no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos”. Sucede, porém, que respostas a pretensões na esfera da justiça transicional demandam uma dinâmica específica em relação à natureza da reparação que se pretende no âmbito dos regimes sucessores, matéria que refoge dos limites do recurso especial. A esse respeito, conforme anteriormente reproduzido, o Juiz de primeiro grau destacou em sua sentença, de 10.4.1897, que “não é nova essa questão, como diz o Douto Brásilio dos Santos, pois já foi debatida em França, a propósito do apanágio da família Orleans, sendo resolvida pela assembleia nacional em mil setecentos e noventa e mil setecentos e noventa e um, pela convenção em mil setecentos e dois, de novo sujeita às camaras francezas em mil oitocentos e quatorze, mil oitocentos e vinte e cinco e mil oitocentos e trinta e sete, *variando sempre as respectivas decisões ao influxo dos diferentes regimens*

políticos daquela nação nas épocas mencionadas” (e-STJ fls. 329/330 – REsp n. 1.141.490/RJ – grifei).

Mesmo no Brasil, por ocasião da proclamação da Independência, em 7 de setembro de 1822, a ruptura com o regime colonial até então vigente atingiu profundamente o direito à propriedade. Transcrevo o inteiro teor dos decretos baixados logo após a separação entre Brasil e Portugal:

Decreto — de 12 de novembro de 1822

Declara de nenhum effeito as graças e officios pertencentes a pessoas residentes em Portugal.

Tomando em madura consideração o solemne acto, pelo qual o heroico e brioso povo deste vasto e rico Imperio, proclamou a sua Independencia, e deixou de ser parte integrante da Nação Portugueza; reflectindo, outrosim, que pela separação dos dous Estados deve necessariamente caducar o direito que tinha todo o cidadão Portuguez á posse e gozo daquelles officios, graças e mercês, que lhe haviam sido conferidos e pagos pelos rendimentos do Brazil, emquanto unido a Portugal; sabendo além disto que ainda antes desta separação o Congresso ou o Governo de Lisboa, abusiva e escandalosamente havia dado a Portuguezes officios pertencentes a habitantes do Brazil, só pelo simples facto de não terem até então ido residir em Portugal, e por tão arbitrario procedimento se havia constituido primeiro quebrantador de um direito naquelle tempo incontestavel: *Hei por bem, que todas e quaesquer graças, ou mercês, officios de Justiça ou Fazenda, concedidas, ou pertencentes a pessoas residentes em Portugal, fiquem de nenhum effeito desde a publicação deste Decreto, e tornem a entrar na massa geral das rendas do Imperio, para delles se dispor, como melhor convier aos interesses do mesmo.* Os Meus Ministros de Estado, e do Meu Conselho, a quem o conhecimento e cumprimento deste pertencer, assim o tenham entendido e façam executar com os despachos necessarios. Palacio do Rio de Janeiro em 12 de Novembro de 1822.

Com a rubrica de Sua Magestade Imperial.

Martim Francisco Ribeiro de Andrada. (Grifei.)

Decreto — de 11 de dezembro de 1822

Manda sequestrar as mercadorias, predios e bens pertencentes a vassallos de Portugal.

Sendo bem patentes os escandalosos procedimentos e as hostilidades manifestas do Governo de Portugal contra a liberdade, honra e interesses deste Imperio, por cavillosas insinuações, e ordens do Congresso demagogico de Lisboa, que, vendo infructuosa a horrivel idéa de escravisar esta rica e vasta região, e seus generosos habitantes, pretende opprimil-os com toda a especie

de males e horrores da perfidia e da guerra civil, que lhe tem suscitado seu barbaro vandalismo: E sendo um dos Meus principaes deveres, como Imperador Constitucional e Defensor Perpetuo deste grandioso Imperio, Empregar todas as Minhas diligencias, e providenciar com as medidas mais acertadas, não só para tornar effectiva a segurança e respeitavel a defesa do Paiz, pondo-o ao abrigo de novas e desesperadas tentativas, de que possam lançar mão seus inimigos; mas também para privar, quanto seja possivel, aos habitantes daquelle Reino, que continuam a fazer ao Brazil uma guerra fraticida, dos meios e recursos, com que intentam tyrannisar os meus bons e honrados subdito, para manterem seu pueril orgulho e fantastica superioridade: *Hei por bem Ordenar, que se ponham em effectivos sequestros: 1º Todas as mercadorias existentes nas Alfandegas deste Imperio, e pertencentes aos subditos do Reino de Portugal; 2º Todas as mercadorias, ou a sua importancia, que existirem em poder de negociantes deste Imperio; 3º Todos os predios rusticos e urbanos, que estiverem nas mesmas circunstancias; e 4º Finalmente, as embarcações ou parte dellas, que pertencerem a negociantes daquelle Reino: sendo porém exceptuadas deste sequestro as Acções do Banco Nacional, as das Casas de Seguro, e as da Fabrica de Ferro da Vila de Sococaba.* José Bonifacio de Andrada e Silva, do Meu Conselho de Estado, Ministro e Secretario de Estado dos Negocios do Imperio e Estrangeiros, o tenha assim entendido, e faça executar com os despachos necessarios. Palacio do Rio de Janeiro em 11 de Dezembro de 1822, 1º da Independencia e do Imperio.

Com a rubrica de Sua Magestade Imperial.

José Bonifácio de Andrada e Silva. (Grifei.)

Mediante edição desses decretos, portanto, o Imperador D. Pedro I, igualmente impondo a força militar do novo regime, confiscou em prol do novo império todos os bens e direitos acima referidos, pertencentes a portugueses, indistintamente, considerados inimigos e contrários à independência, além de perigosos à Nação. Tais ideias foram repetidas, apenas com menos fulgor, na justificativa apresentada no Decreto n. 78-A, de 21 de dezembro de 1889, para o banimento da família imperial do Brasil, retirando-lhes dotações antes concedidas e proibindo-lhes de possuir imóveis no País. Confirma-se o seguinte trecho da motivação apresentada para a edição do mencionado decreto:

[...]

que essa distincção envolve a negação evidente da legitimidade do movimento nacional, e encerra reivindicações incompatíveis hoje com a vontade do paiz, expressa em todas as suas antigas provincias, hoje Estados, e com os interesses do povo brasileiro, agora indissolvelmente ligados à estabilidade do regimen republicano;

Quanto a esse aspecto, entretanto, não é necessário nem é permitido ir mais longe na presente discussão. Prescindível porque as próprias normas infraconstitucionais do Império, conforme anotado anteriormente, consideravam o Palácio Isabel próprio nacional, vedado por se tratar de matéria que refoge ao âmbito de competência deste Tribunal, atrelado aos efeitos da promulgação da Constituição Republicana.

Enfim, a par dos fatos históricos narrados acima, dispensando-se o reexame de provas, tem-se que as Leis n. 166, de 29 de setembro de 1840, 1.217, de 7 de julho de 1864, e 1.904, de 17 de outubro de 1870, todas editadas durante o período imperial, por si, consideravam o Palácio Isabel próprio nacional residencial, destinado, tão somente, ao direito de habitação do Conde e da Condessa d'Eu.

O Decreto n. 1.050, de 21 de novembro de 1890, baixado após o banimento da família imperial do Brasil, e o Decreto n. 447, de 18 de julho de 1891, posterior à promulgação da “Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil”, apenas efetivaram a retomada do próprio nacional, até mesmo porque, com o banimento, seria impossível que o casal exercesse o direito personalíssimo de ali habitar.

Por outro lado, as normas legais apontadas no recurso especial, nessa parte, não foram violadas, inexistindo título que confira aos autores o direito de postular judicialmente a retomada do mencionado imóvel, tampouco de requerer suposta conversão em reparação de danos.

O desprovimento do recurso acerca desse tema meritório, por isso, é impositivo.

I.d Imóveis incorporados ao Palácio – ausência de impugnação nessa parte – mera narrativa apresentada no recurso especial

Em parte do relatório apresentado no recurso especial, os recorrentes asseveraram que “em 1869 procedeu-se judicialmente à medição e, posteriormente, o Conde d'Eu realizou novas aquisições, que foram incorporadas àquela área primitiva e a ampliaram, dando-lhe a feição definitiva. O imóvel passou, então, a denominar-se ‘Palácio Isabel’” (e-STJ fl. 440).

Destaco que o recurso especial não enfrenta a questão dos imóveis supostamente incorporados ao Palácio, que teriam sido adquiridos com recursos particulares do Conde d'Eu, deixando de indicar, portanto, divergência

jurisprudencial e eventuais dispositivos legais que tenham sido afrontados. Ademais, ainda que o fizesse, o conhecimento da tese esbarraria na vedação contida na Súmula n. 7 do STJ, tendo em vista que o Tribunal de origem, em embargos de declaração, descartou a existência de tais bens com fundamento no exame soberano das provas dos autos. A propósito, disse o Tribunal:

Por derradeiro, chega-se ao pedido de suprimento da omissão decorrente da ausência de análise da questão relativa à parte do Palácio adquirida com recursos pessoais do Conde D'Eu.

Realmente, o v. acórdão silenciou quanto a esse item. Todavia, no mérito não têm razão os embargantes.

Inicialmente, é de se ver que a petição inicial da ação possessória não se refere a terrenos outros senão aqueles doados para a habitação do Conde e da Condessa D'Eu. A alegação da existência de outros terrenos veio, por primeira vez, já neste século, veiculada pelos herdeiros habilitantes. Ademais, apesar da tardia alegação da posse abrangendo terrenos adquiridos até por doação e, posteriormente, agregados ao Palácio Guanabara, tais aquisições restaram indemonstradas.

É de se observar que nestes autos de ação possessória, não há prova de domínio – senão a testemunhal, na qual se pretendia provar a posse e o esbulho. A escritura de aquisição do imóvel só foi juntada nos autos da reivindicatória – proposta mais de meio século depois, ao que se sucedeu, inclusive, a juntada da ação de demarcação. E aquela escritura de compra e venda (único documento nos autos comprobatório de aquisição de propriedade), consta o seguinte:

E pelo procurador bastante e representante de Sua Alteza Real o Senhor Conde d'Eu, foi dito que, em nome do mesmo Augusto Senhor, e como se presente fôra, na qualidade de comprador, em virtude dos poderes especiais que lhe forão conferidos acceitara esta escriptura, com a declaração de que o prédio e chácara são adquiridos para os fins mencionados e nos termos dos artigos oitavo e vinte do contrato de casamento de Sua Alteza a Princesa Imperial Senhora Dona Izabel com o mesmo Augusto Senhor, e dos artigos sexto e sétimo da Lei de vinte e nove de setembro de mil oitocentos e quarenta, e primeiro e paragrapho segundo da lei de sete de julho do anno passado (fls. 38 de v. dos autos da reivindicatória – processo 89.02.09474-0).

Portanto, a única aquisição e posse comprovada nestes autos e nos da ação reivindicatória foi aquela a título de dote da Princesa Isabel.

Observe-se que a fls. 3 dos autos da ação reivindicatória, na petição inicial, os autores alegam a aquisição de outras áreas que foram incorporadas à área do Palácio Isabel com recursos próprios do Conde d'Eu, referindo-se a "(docs.), sem referência concreta.

É de se notar ainda que o protesto juntado a fls. 32/36 dos autos da reivindicatória também nenhuma alusão faz à causa outra de aquisição do imóvel em litígio que não o dote matrimonial.

A certidão pela qual se transcreve a ação de demarcação também noticia apenas a existência de uma escritura aquisitiva, a saber, aquela que tem como causa o dote matrimonial (fls. 135 da ação reivindicatória).

A réplica de fls. 223/233 dos autos da reivindicatória também nenhuma alusão faz a qualquer outra aquisição senão àquela relativa ao dote matrimonial.

Na audiência de instrução e julgamento de fls. 306 dos autos da reivindicatória, os autores dizem não terem outras provas a produzir. Apenas produzem razões finais em memoriais (fls. 307/314), quando reiteram a alegação de incorporação de outras áreas ao imóvel em litígio com recursos outro que não o dote matrimonial, sem fazer referência a qualquer documento que a comprove (fls. 309).

Assim, não há outra conclusão a se inferir que não seja a de improcedência do pedido inicial, relativamente ao argumento de que o imóvel era constituído também de parcelas adquiridas com recursos próprios pelos autores originais. (e-STJ fls. 382/383.)

Dessarte, o presente recurso especial, interposto por Pedro Henrique de Orleans e Bragança e outros, merece parcial conhecimento e, nessa parte, deve ser desprovido.

II. Recurso Especial de Isabel de Orleans e Bragança e Outros

II.a Contrariedade aos arts. 458, 459 e 535 do CPC/1973

Os recorrentes entendem ter havido equívocos e omissões nos acórdãos recorridos, argumentando assim na peça recursal:

9.1 O V. acórdão recorrido de fls. 241/242, integrado por aqueles proferidos em embargos de declaração (fls. 284/285 e), ao recusar seu pronunciamento sobre a questão possessória que lhe foi submetida, afrontou os *artigos 458 e 459, do CPC*, deixando de manifestar-se sobre a questão jurídica suscitada pelos autores, negando, assim, a prestação jurisdicional, que é o dever magno do Magistrado.

9.2 Os reclamos dos recorrentes quanto ao desatendimento dessas normas processuais no curso do processo, como ocorreu nos embargos declaratórios protocolados em 16 de junho de 2006, não mereceram do E. Tribunal local a devida acolhida.

9.3 Para desconsiderar a matéria possessória, específica da lide, os julgadores decidiram o pleito a partir da controvérsia sobre o direito de domínio, infringindo

o artigo 1.210 e seus parágrafos, da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que corresponde ao artigo 505 do anterior Código Civil, o qual, por sua vez colheu a orientação do direito pré-codificado (Assento de 16-02-1786, interpretando Alvará de 09-11-1754).

9.4 É mister anotar que esses dispositivos, por sua natureza processual, aplicam-se imediatamente, independentemente do momento em que ocorreu o fato versado.

9.5 Ainda indebitamente, os acórdãos recorridos, incorrendo em flagrante erro de direito, caracterizaram a espécie jurídica em debate como “disputa de posse a título de domínio” para, desse modo, afrontarem tais dispositivos da lei civil e, assim também, o art. 923 do CPC. Essa a controvérsia em que, a final, centralizaram-se os questionamentos nestes autos.

9.6 O v. acórdão afrontou, também assim, o art. 535 do Código de Processo Civil, ao recusar-se a explicitar os fundamentos de suas razões de decidir, quando adotou entendimento no sentido de estar em causa, na ação, pretensão de posse fundada em domínio. Do mesmo modo, restou infundada a afirmativa de que o exílio dos autores impedir-lhes-ia o exercício do direito de habitação, que lhes é atribuído, quando se tem em conta a regência legal desse direito no momento do esbulho.

9.7 Também em seus embargos declaratórios de 16-06-2006 os suplicantes invocaram, sem êxito, esse art. 535 do CPC (item 4.11). (e-STJ fls. 556/557.)

Nesse ponto, asseveraram também que buscaram, sem sucesso, “que o C. Tribunal explicitasse a razão por que entendeu cessada a posse dos suplicantes em resultado de seu banimento do País, quando sustentou que o *direito de habitação*, que se lhes reconhecia, não comportaria senão o *uso pessoal do prédio*, muito diferentemente do que então prevalecia no direito vigente” (e-STJ fl. 536).

Na verdade, os recorrentes pretendem apenas reformar os acórdãos recorridos, proferidos na apelação e nos embargos de declaração, inexistindo omissão ou qualquer outro defeito material que deva ser sanado. Isso porque, fundamentadamente, o Tribunal de origem entendeu que a posse estava sendo disputada com base no domínio. Inicialmente, para efeito de reconhecer a necessidade de julgamento, em primeiro lugar, do recurso de apelação interposta na ação possessória, afirmou o Tribunal de origem que “na ação possessória a controvérsia não se limita ao fato da posse, mais aprofunda-se a investigação do domínio, ainda que só para se poder decidir da posse” (e-STJ fl. 275). Após examinar o mérito da ação, reconhecendo que o Palácio Guanabara tinha o único propósito de habitação, sendo considerado próprio nacional, concluiu:

No caso dos presentes autos, vemos que a controvérsia não se limita ao fato da posse, mas aprofunda-se à investigação do domínio, ainda que só para se poder decidir da posse. É certo que tal ocorrência não subtrai à ação seu caráter possessório, porque a sentença, vista em seu conteúdo autoritativo, só poderá decidir sobre a posse; entretanto, a resolução sobre domínio, necessário a concluir sobre a posse, é resolução “incidenter tantum”. Em outras palavras: a questão do domínio fica submetida, nos autos da ação possessória, à “cognitio”, embora não ao “iudicium”. (e-STJ fls. 285/286.)

No julgamento dos embargos de declaração, o TRF 2ª Região foi absolutamente claro quanto ao fato de que se discutia na ação possessória também o domínio, ressaltando, ademais, a importância do banimento da família imperial para efeito da improcedência da ação. Nesse sentido, reproduzo os seguintes trechos do respectivo acórdão:

A hipótese em discussão, todavia, tinha uma peculiaridade: foram intentadas as duas ações, possessória e reivindicatória, sob a égide de legislação que isso admitia. Todavia, as leis processuais têm aplicação imediata, aplicando-se ao processo no estado em que se encontra. Em assim sendo, e em considerando que o juiz não pode negar jurisdição, impedia que se encontrasse uma solução que se adequasse à nova norma processual. Ou seja, o juiz tinha que usar o seu papel criador para solucionar o impasse resultante daquele conflito advindo com a demora no julgamento.

Diante do impasse, entendeu a Egrégia 3ª Turma que, ante a vedação do art. 923, que proíbe a discussão, em sede possessória, sobre o domínio, deveria a ação reivindicatória ser sobrestada até que se decidisse sobre a posse. Tal foi feito: julgou-se, primeiro, a ação possessória, onde, por várias oportunidades, foi dito pelo senhor Relator, aprofundava-se em discussões que iam além da questão possessória. Esta, a posse, estava sendo disputada a título de domínio – isso era permitido pela legislação contemporânea à sua propositura, em 1895. Isto importou na necessidade de a Turma examinar as normas legais atinentes à matéria para demonstrar a inexistência do esbulho por parte da União Federal, cujo ato teria sido justificado pela extinção dos motivos que justificavam a posse dos autores. Essa matéria será examinada no momento próprio. (e-STJ fls. 373/374.)

A terceira omissão denunciada pelos autores diz respeito à ausência de fundamentação do acórdão embargado para sustentar a assertiva de que o direito dos antecessores dos embargantes era o de mera habitação. Supõem eles, embargantes, ter o eminente relator sido influenciado por um erro material ocorrido quando da transcrição do art. 20, que teria omitido palavras fundamentais ao entendimento da matéria.

Realmente houve erro material indicado na transcrição do contrato antenupcional, que deveria ter a seguinte grafia:

Todos os bens compreendidos no patrimônio serão considerados como próprios nacionais se suas Altezas Imperial e Real morrerem sem descendência, ou quando essa venha a extinguir-se depois de sua morte,

e não aquela que foi erroneamente reproduzida dessa forma:

Todos os bens compreendidos como próprios nacionais, se suas Altezas

... .

Não têm razão, porém, os embargantes ao asseverar que tal erro material teria influenciado o julgado. De fato, o fundamento determinante para se decretar a improcedência da ação foi a exegese que se deu às leis instituidoras do dote da Princesa Isabel, frente ao surgimento da República, considerando como de domínio da União os bens que lhe foram doados a título de dote, por força da função que ela exercia e que perdeu, junto com todas as suas prerrogativas, diante do surgimento da República.

Aliás, com a República, os Príncipes foram banidos do Brasil, pelo que, até por esse motivo, não poderiam mais ser reintegrados na posse pleiteada.

Esse erro material em nada influiu no julgado. O contrato matrimonial data de 1864, enquanto a Lei n. 1.904, de 17.10.1870, que estabelece um patrimônio em terras em favor do casal autor, dispõe o seguinte:

Este patrimônio, o do qual fará parte o *prédio comprado para habitação de Suas Altezas, será considerado como próprio nacional*, com o destino que lhe é dado, e nos termos do mesmo contracto matrimonial. (fls. 14v. – grifei)

Tanto é verdade que os príncipes não dispunham livremente do domínio das terras e prédio, que a Lei 1.904, de 1870, determinava até a proporção em que as terras poderiam ser vendidas, bem como a quem e como seria aplicado o dinheiro proveniente da eventual compra e venda:

É, porém, *permitida a venda de metade das terras a colonos* que as venham cultivar, *sendo o produto líquido da alienação empregado em apólices da dívida pública* fundada do Império, as quais, *inscritas como inalienáveis* no grande livro... (fls. 14v. – grifei)

Assim, o erro datilográfico apontado em nada altera a conclusão de que a Nação Brasileira instituiu o doto à Princesa, com o fim específico de proporcionar-lhe moradia condigna com o decoro do trono, conforme bem assevera o procurador do Conde D'Eu na escritura de aquisição do imóvel em litígio, juntada nos autos da reivindicatória. (e-STJ fls. 379/380.)

A violação dos arts. 458, 459 e 535 do CPC/1973, portanto, não está caracterizada, ausentes omissões ou erros materiais que devam ser sanados, cabendo o desprovimento do recurso especial nessa parte.

II.b Violação da Lei n. 1.217/1864, do art. 3º da Lei n. 166/1840, do art. 505 do CC/1916, do art. 1.210, § 2º, do CC/2002 e do art. 923 do CPC/1973

Nesse capítulo, relativo ao mérito da demanda, asseveram os recorrentes que:

3.1.1 Dispunha a Constituição Imperial de 25 de março de 1824, em seu artigo 112, que, quando as princesas da Família Imperial houvessem de casar, a Assembléia lhes assinaria o seu dote.

3.1.2 Em virtude desse preceito constitucional, quando esteve para casar-se a Princesa D. Januária, filha do Imperador Pedro I, que era então a Princesa Imperial, a Assembléia Geral votou a Lei n. 166, de 29 de setembro de 1840, que, nos artigos 1º a 11, regulou-lhe a dotação.

3.1.3 Posteriormente, tendo de casar-se a Princesa D. Isabel, então Princesa Imperial, filha de Dom Pedro II, foi decretada a Lei n. 1.217, de 17 de julho de 1864, que revigorou a de 29 de setembro de 1840, para efeito de regular-lhe o dote.

3.1.4 Autorizado por essa lei, foi então firmado com a intervenção da Nação Brasileira, um pacto antenupcial datado de 11 de outubro de 1864, em contemplação do matrimônio de S.A. Imperial a Princesa D. Isabel, filha do Imperador D. Pedro II, com S. A. Real o Príncipe Luiz Felipe Maria Fernando Gaston de Orléans, Conde d'Eu, filho do Duque de Nemours. Por essa intervenção, a Nação Brasileira, como pessoa jurídica, obrigou-se, como instituidora do dote da Princesa Imperial, a fornecer, entre outras contribuições, a quantia de trezentos contos de réis (300.000\$000), destinada à aquisição de prédios onde o casal estabelecesse sua residência.

3.1.5 Por escritura pública lavrada pelo tabelião Antônio Joaquim de Cantanheda Junior no livro de notas n. 212, a fls. 196, do Cartório de Pedro José de Castro, aos 25 de janeiro de 1865, comprovou então o Conde d'Eu a José Machado Coelho e sua mulher os prédios urbanos n. 4 e 6 e chácara situados, de acordo com as denominações da época, na Rua da Guanabara, canto da do Roço, bairro das Laranjeiras, Freguesia da Glória, no então Município da Corte, hoje cidade do Rio de Janeiro.

3.1.6 Em 1869 procedeu-se judicialmente à medição e, posteriormente, o Conde d'Eu realizou novas aquisições, que foram incorporadas àquela área primitiva e a ampliaram, dando-lhe a feição definitiva. O imóvel passou, então, a denominar-se 'Palácio Isabel'.

3.2 – O *Esbulho*

3.2.1 Por ocasião da proclamação da República em 15 de novembro de 1889, encontrava-se o augusto Casal na posse mansa e pacífica dos bens dotais de S.A. Imperial a Princesa Isabel, bens de seu patrimônio privado, de seu domínio particular, entre os quais se incluía o Palácio Isabel, que detinha há 24 anos.

3.2.2 A queda do Império acarretou a extinção dos privilégios de ordem política de que gozava a Família Imperial, mas não privou qualquer de seus membros dos respectivos direitos civis, nada lhes retirando na esfera civil, na esfera do direito privado.

3.2.3 O próprio governo recém-inaugurado, para resguardo de sua autoridade moral, fez publicar no Diário Oficial do dia imediato proclamação solene, datada de 15 de novembro de 1889, em que declarava:

O Governo Provisório reconhece e acata todos os compromissos nacionais contraídos durante o regime anterior, os tratados subsistentes com as potências estrangeiras, a dívida pública externa e interna, os contratos vigentes e mais obrigações legalmente constituídas.

3.2.4 Reconhecendo não dispor de meios legítimos para contestar a propriedade e posse de S.A. a Princesa Imperial quanto a seus bens dotais, viu-se o Governo Provisório, para abrir caminho a seu indefensável objeto, na triste contingência de praticar um mal mascarado ato de confisco, baixando o Decreto n. 1.050, de 21 de novembro de 1890 [...]

[...]

3.2.5 Não tendo sido contemplado no decreto *supra* o Palácio Isabel, ampliou o Governo Republicano, como expressamente então o declarou, os termos desse diploma legal, promulgando o Decreto n. 447, de 18 de julho de 1891 [...]. (e-STJ fls. 523/525.)

Anotam que, “no caso dos presentes autos, os autores, ora recorrentes, invocam a proteção possessória fundados, não na *posse de direito* que lhes resultaria da titularidade do domínio, mas na *posse da coisa*, mansa e pacífica, sem dúvida ou contestação, de que eram detentores há vinte e seis (26) anos” (e-STJ fl. 539).

As alegações apresentadas nesse tópico, relativas ao mérito da possessória, foram ampla e fundamentadamente repelidas no item “*I.c*”, acima, pertinente ao recurso especial interposto por *Pedro Henrique de Orleans e Bragança* e outros. Adotando a mesma motivação, à qual me remeto, nego provimento ao recurso nesse ponto.

II.c Afronta à coisa julgada – Agravo de Petição n. 100 – STF

Afirmam estar caracterizada a coisa julgada, argumentando que:

3.5.2 Invocaram, também, nesses recursos, o acórdão de 10 de agosto de 1895, proferido no Agravo de Petição n. 100 e *transitado em julgado* (fls. 110/111 dos autos do proc. 89.02.09474-0), pelo qual o E. Supremo Tribunal Federal recusou à Fazenda Nacional a incorporação do Palácio Isabel aos próprios nacionais, ao reconhecer que o Decreto n. 447, de 18 de julho de 1891, em que se baseava a pretensão, não era título jurídico hábil para justificá-la.

3.5.3 Demonstrou-se, desse modo, que, face à *coisa julgada constituída*, resultava *inconcusso o direito dos autores à posse do imóvel* e incontroverso o caráter esbulhativo da apropriação do imóvel pela União Federal, obtida violentamente, *manu militari*, em período de governo discricionário, nascido da quartelada capitaneada por Floriano Peixoto.

3.5.4 Contrapuseram-se os autores à sentença do Juiz Godobredo Xavier da Cunha, ao qualificar a questão de “*essencialmente política*”, confessadamente, decidiu-a, *litteris*, “*de accordo as circunstâncias políticas*” de então. Ademais, tal julgado, desconsiderando a natureza da ação então em exame – uma ação possessória – ingressou na *apreciação do domínio*, matéria a que a lide é alheia.

3.5.5 Na análise da questão petítória, os apelantes reiteraram a demonstração de seu inconcusso direito à propriedade do Palácio Izabel, invocando, na oportunidade, a lição dos doutos que se pronunciaram na matéria, por provocação do Ministério da Justiça. Evidenciaram, na oportunidade, a insubsistência jurídica das teses segundo as quais e constituíra para os Príncipes e seus descendentes, não *domínio* sobre o Palácio, mas mero *direito de habitação* ou *contraditio in terminis* – um *patrimônio político*. (e-STJ fls. 529/530.)

Nesse particular, destaco que os recorrentes não indicaram os dispositivos legais contrariados, que disciplinariam a coisa julgada, nem apresentaram precedentes com o propósito de comprovar eventual divergência jurisprudencial. Incide, portanto, a vedação contida na Súmula n. 284 do STF, segundo a qual “é inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”.

Nada obstante, pelo fato de o tema ter sido debatido nos dois recursos especiais interpostos pelos descendentes da parte autora, acrescento que o Tribunal de origem corretamente repeliu a coisa julgada. Considerou que o STF indeferiu a ação de incorporação diante de aspectos restritos ao Decreto n. 447, de 18.7.1891, que não serviria como argumento para viabilizar a utilização e o processamento do tipo de ação então ajuizada, todavia, remetendo as partes

para as vias ordinárias. O indeferimento, portanto, decorreu de fundamento sobretudo processual, não adentrando a questão de mérito em relação ao domínio e à caracterização do imóvel como próprio nacional, temas abordados nestes autos de ação possessória, pelo rito ordinário, de forma mais ampla, envolvendo, além disso, outros dispositivos legais.

Confirmam-se, a propósito, as seguintes passagens do acórdão proferido no julgamento do Agravo de Petição n. 100 pelo STF:

N. 100. — Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de agravo de petição entre partes, como agravante a Fazenda Nacional e como agravados os conde e condessa d'Eu, negam provimento ao agravo interposto do *despacho do juiz seccional desta capital, que indeferiu a petição inicial do procurador seccional*, em que foi requerida a incorporação do palacio Isabel aos proprios nacionaes, porquanto fundando a agravante a sua intenção no Decreto n. 447 de 18 de julho de 1891, não preenche este as condições e requisitos exigidos pela Ord., liv. 4º, tit. 58, § 3º e Instruções de 10 de abril de 1851, arts. 33 e 34 para que possa ter logar a requerida incorporação.

E assim julgando, condemnam a agravante nas custas.

Supremo Tribunal Federal, 10 de agosto de 1895. — Aquino e Castro, P. — Piza e Almeida. — Pereira Franco. — H. do Espírito Santo, *neguei provimento ao agravo por não se ter usado do processo ordinário, que é o que cabe no caso e não o summario, como pede a agravante*. — Fernando Osorio. — U. do Amaral. — Lucio de Mendonça, vencido: é inapplicavel à espécie a Ord. citada; só se trata do processo administrativo, para o qual são titulos sufficientes à Fazenda Nacional os Decretos expedidos sobre a especie desde o Governo Provisório da Republica. — A. Braziliense. — Americo Lobo. — Bernardino Ferreira. — Macedo Soares, vencido. (e-STJ fl. 221 — grifei.)

Em tal contexto, permanece hígida a motivação adotada no acórdão recorrido, de fls. 366/387 (e-STJ), que julgou embargos de declaração e agravo regimental, com o seguinte teor:

A segunda insatisfação dos autores com o julgado diz respeito à omissão quanto à alegação de coisa julgada no que concerne à impossibilidade de serem incorporados aos próprios nacionais os bens que constituíram o dote da Princesa Isabel, em vista da manifestação do STF, quando do julgamento do *Agravo de Petição n. 100*.

Quanto a este item, realmente não se pronunciou o acórdão embargado. Supre-se, neste momento, a lacuna.

A ação de incorporação, ajuizada pela União Federal através de seu Procurador Seccional da República nos idos de 1890, teve a sua petição inicial indeferida

por entender o julgador que o Decreto n. 447 não preenchia os requisitos das Ordenações Filipinas.

Segundo essas Ordenações, a ação de incorporação deveria ter por fundamento escritura ou título específico que revelasse incontestemente o domínio do autor (fls. 154).

Tendo em vista que a ação se baseava no Decreto n. 447 que, à época, tinha efeitos controvertidos no seio da comunidade jurídica, como comprova o resultado das consultas feitas às diversas Faculdades Jurídicas, o d. Juiz *a quo*, assim como o *Supremo Tribunal*, entendeu que o Decreto mencionado não revelava de forma clara o domínio, o que era imprescindível para o procedimento intentado, razão pela qual, indeferiu a ação sob este argumento, remetendo as partes às vias ordinárias. Observe-se que, em momento algum naqueles autos, pois este esbarra em pressuposto processual para o procedimento eleito.

Assim, tal Decreto foi inservível, como argumento, para ação de incorporação (procedimento sumário), nada obstaculizando a que fosse fundamento em ação ordinária, como asseverou o juiz ao indeferir a incorporação (fls. 153), ou mesmo conhecido para efeito de se julgar a posse de quem a disputasse a título de domínio (o que era perfeitamente possível à época).

Portanto, desprovida de qualquer sustentação jurídica o argumento de ofensa à coisa julgada. Na cópia do julgamento do Agravo de Petição, juntada por cópia às fls. 152/153 por iniciativa dos próprio autores, pode-se ler que:

negou-se provimento ao agravo interposto do despacho que indeferiu a petição do procurador seccional, para que fosse incorporado o palácio Isabel aos próprios nacionais, visto não terem sido observadas as disposições que regulam tais incorporações.

Por conseguinte, não se entrou no mérito. A recusa foi por inadequação do procedimento, não sendo vedada nova postulação, veiculada na forma correta, ou seja, pelo procedimento ordinário, conforme dito pelo ilustre Min. H. do Espírito Santo. (e-STJ fls. 378/379 – grifei.)

Em decorrência da aplicação analógica da Súmula n. 284 do STF, o recurso especial também não merece conhecimento nessa parte.

II.d Imóveis incorporados ao Palácio – ausência de impugnação nessa parte – mera narrativa apresentada no recurso especial

Também neste recurso especial, os recorrentes apenas narram que “em 1869 procedeu-se judicialmente à medição e, posteriormente, o Conde d’Eu realizou novas aquisições, que foram incorporadas àquela área primitiva e a

ampliaram, dando-lhe a feição definitiva. O imóvel passou, então, a denominar-se ‘Palácio Isabel’” (e-STJ fl. 524).

Reitero aqui o que foi anotado no item “*I.d*” acima, pertinente ao recurso de Pedro Henrique de Orleans e Bragança e outros.

Em suma, conheço em parte do recurso especial interposto por Isabel de Orleans e Bragança e outros e nego-lhe provimento.

III. Recurso Especial Adesivo do Estado do Rio de Janeiro

Afirma se reportar “a manifestação do Estado, a fls. 59/68 dos autos judiciais, bem como a todas as demais manifestações pelo Estado do Rio de Janeiro, lançadas aos autos, a fim de que seus termos fiquem fazendo parte integrante e complementar das presentes razões” (e-STJ fl. 692).

Explica que, “como o Estado sucumbiu na parte do Acórdão que rejeitou a preliminar de mérito de prescrição”, recorre “para que a matéria da prescrição seja conhecida pela Turma *no caso de acolhimento dos recursos especiais dos autores*” (e-STJ fl. 693 – grifei). No mérito recursal, apresenta as seguintes razões:

Inquestionavelmente prescritas estão ambas as ações.

A sentença do eminente Juiz federal Dr. Evandro Gueiros Leite e o Parecer do Sr. Procurador da República Dr. Mário Vasconcellos Ribeiro, bem demonstram as razões da prescrição.

Isto porque, desde a data de 1897 até a data em que foram publicados os Editais, em 14 de julho de 1964, nenhuma providência foi adotada pela parte autora, a quem cabia impulsionar o processo.

Desta sorte, ***a decisão do Acórdão que rejeitou a prescrição, violou e negou vigência ao Decreto n. 20.910, de 06 de janeiro de 1932, e ao artigo 3º do Decreto-Lei n. 4.597, de 19 de agosto de 1952.*** (e-STJ fl. 696.)

Ao final, “requer seja o presente conhecido e provido para que seja determinada que, *em caso de eventual provimento dos recursos especiais interpostos pelos autores da ação*, seja examinado o presente recurso adesivo para que seja o Acórdão reformado a fim de que se decrete a prescrição da eficácia da pretensão dos autores da ação” (e-STJ fl. 696 – grifei).

Preliminarmente, não incide a vedação da Súmula n. 207 do STJ, segundo a qual “é inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem”. No presente caso, a ação foi

julgada improcedente em primeiro grau e a Primeira Turma do antigo TFR, em acórdão de 17.12.1979, rejeitou a tese de prescrição, por maioria, relativamente também à presente ação possessória (AC n. 28.558) (cf. e-STJ fls. 532/601 do REsp n. 1.141.490/RJ – apenso). Houve sucessivos embargos de declaração, sendo que os últimos foram julgados em 12.5.2008, publicado o acórdão em 28.5.2008 (e-STJ fls. 496/505), ocasião em que o art. 530 do CPC/1973 possuía a seguinte redação:

Art. 530. Cabem embargos infringentes *quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente a ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.* (Redação dada pela Lei n. 10.352, de 26.12.2001.)

Sucedeu que a sentença de mérito de improcedência não foi reformada, sendo incabível a interposição de embargos infringentes. Em tal circunstância, deixa-se de aplicar o óbice da Súmula n. 207 do STJ.

Entretanto, este recurso especial, segundo o próprio recorrente, é condicional e somente deverá ser apreciado “no caso de acolhimento dos recursos especiais dos autores”. O presente voto, submetido à elevada e criteriosa consideração da Quarta Turma, propõe o desprovimento dos recursos especiais dos autores. Em decorrência, considero prejudicado o recurso do Estado do Rio de Janeiro.

Caso seja ultrapassada a preliminar de prejudicialidade em decorrência do eventual provimento por este colegiado dos recursos especiais dos herdeiros, entendo que o presente recurso também não merece conhecimento.

Com efeito, por analogia, incide o óbice da Súmula n. 283 do STF, segundo o qual “é inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles”. Destaco, para tanto, que o recurso especial adesivo não impugna o principal fundamento adotado no acórdão do antigo TFR, que, em relação à presente ação possessória, afastou a prescrição intercorrente diante da ausência de culpa por parte dos herdeiros dos autores no tocante à paralisação do processo por várias décadas. A propósito, confirmam-se os seguintes trechos do acórdão recorrido especificamente quanto a esta “ação de força velha”:

Data vênua, ao afirmado faço os seguintes reparos:

1º) – A apelação foi interposta por petição (fl. 49) e por termo (fls. 50), para o então denominado “Superior Tribunal Federal”, sendo recebida, segundo disse

o Juiz, “nos seus efeitos regulares”, que eram, como agora, o suspensivo e o devolutivo.

2º) – Remetidos os autos à Superior Instância, por insistência dos autores (fls. 52 e 52v), ingressou no Tribunal em 18 de junho de 1897 (fl. 53); daí em diante, silêncio total, nos autos, isto é, não foi protocolado, nem distribuído a nenhum Ministro.

3º) – Assim, ao contrário da inferência tirada pelo eminente Relator de que os autos estavam “não no arquivo, mas na Secretaria, sem que tivessem andamento”, a verdade é que não tiveram andamento porque ficaram não na Secretaria, mas no arquivo daquela Alta Corte, sem que ninguém houvesse ordenado o arquivamento. Faço tal afirmação por verificar, na antiquíssima folha de rosto dos autos em referência, o carimbo “Archivo do Supremo Tribunal Federal” e, ainda, as indicações à lápis azul, presumivelmente de época mais recente – “M.9 – Lata 5”, o que provavelmente significa “maço 9, lata 5”. Quer dizer, os autos, sem ordem de ninguém, foram simplesmente para o arquivo, que ainda se escrevia “Archivo”, conforme o carimbo; para o arquivo e não para a Secretaria, onde deveria estar tramitando o processo, por impulso oficial, pelo menos nesta providência inicial de ser devidamente registrado no protocolo e distribuído a algum Relator, para o devido despacho.

4º) – A falta de razões, por outro lado, não seria obstáculo ao seu andamento, já que àquele tempo (como agora) as alegações das partes deveriam ser produzidas depois da interposição do recurso, sua impugnação e admissão (Cfr. CPC, 1939; Lei n. 3.396, de 2.6.58; CPC, 1973, arts. 542 e 543).

5º) – *Se o eminente Relator concede que os descendentes dos autores ignoravam que havia uma ação a defender, já que dela somente se deram conta pelo edital publicado, em 1969, neste Tribunal, para onde os autos foram encaminhados em 1964, não poderiam, mesmo, manifestar interesse, antes dessa ciência.*

Acolheu o nobre Relator a alegada prescrição intercorrente, prevista no Decreto n. 20.910/32, citado no Decreto-Lei n. 4.597, e 19.842 (art. 3º).

Entretanto, como se demonstrou, os autos estiveram pura e simplesmente desaparecidos, porquanto arquivados em razão e sem que aos autores, ou seus descendentes, se possa imputar qualquer parcela de culpa pelo equivocado funcionamento da Justiça.

Logo, não poderia correr prazo algum, e, muito menos, os de natureza prescricional. (e-STJ fls. 587/588 do REsp n. 1.141.490/RJ – AC n. 25.448, em apenso – grifei.)

Neste recurso adesivo, no entanto, não se discute, em nenhuma passagem, o elemento subjetivo relativo à culpa pela paralisação do processo. Busca demonstrar, apenas, o período em que o processo permaneceu sem movimentação.

Tampouco a manifestação de “fls. 59/68” – atualmente “e-STJ fls. 110/119” –, à qual o recurso especial se reporta, cuida da culpa à luz dos fatos e dos atos processuais especificamente verificados neste processo, se dos autores e dos herdeiros ou se do Poder Judiciário, pelo desaparecimento do processo e pela ausência de trâmite normal por tantos anos. Observo que tal manifestação indica precedentes que, em tese, defendem a prescrição intercorrente quando houver culpa exclusiva do autor pelo retardamento do feito (cf. e-STJ fls. 117/119). Entretanto, conforme anotado, não discute a existência de culpa dos autores e dos herdeiros em confronto com os elementos específicos desta demanda e considerados no voto condutor do acórdão.

Ante o exposto, *conheço parcialmente* dos recursos especiais interpostos por Pedro Henrique de Orleans e Bragança e outros e por Isabel de Orleans e Bragança e outros e *nego-lhes provimento*. Julgo *prejudicado* o recurso adesivo interposto pelo Estado do Rio de Janeiro.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.314.884-SP (2012/0056606-8)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Relatora para o acórdão: Ministra Maria Isabel Gallotti

Recorrente: Associação Nacional de Defesa da Cidadania e do Consumidor

Advogado: Ronni Fratti e outro(s) - SP114189

Recorrido: Lusanova do Brasil Operadora de Turismo Ltda.

Advogado: José Roberto Comodo Filho e outro(s) - SP114895

Interes.: Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor Procon - “Amicus Curiae”

Procuradores: Pasqual Totaro - SP099821

Maria Bernadete Bolsoni Pitton e outro(s) - SP106081

Vinicius Jose Alves Avanza - SP314247

Interes.: Sindicato das Empresas de Turismo no Estado de São Paulo - SP
- “Amicus Curiae”

Interes.: Associação Brasileira de Cruzeiros Marítimos - “Amicus Curiae”

Advogados: Joandre Antônio Ferraz - SP028220

Patricia Leal Ferraz e outro(s) - SP166249

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

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

Cláudia de Moraes Pontes Almeida - SP261291

Interes.: Associação Brasileira de Agências de Viagens - “Amicus Curiae”

Advogado: Marcelo Marcos de Oliveira e outro(s) - SP179168

EMENTA

Recurso especial. Civil e Consumidor. Ação civil pública. Contrato de agenciamento de viagem. Cláusula penal compensatória. Perda gradativa de valores pagos em caso de cancelamento tardio. Serviço de intermediação. Risco do negócio. Direito não homogêneo. Impropriedade da via eleita. Abusividade que deve ser verificada casuisticamente.

1. Ação civil pública em que se busca a limitação, em abstrato, de percentual a ser retido, a título de cláusula penal compensatória, em caso de desistência do consumidor, independentemente da existência de motivo para o cancelamento e da antecedência em relação à data do início do pacote turístico.

2. Nos termos do artigo 413, do Código Civil, deve o juiz reduzir equitativamente a cláusula penal compensatória caso o montante da penalidade resulte manifestamente excessivo

3. O cancelamento de contrato de agenciamento de viagem pelo usuário, por envolver o fornecimento de serviços a serem contratados de terceiros e gastos feitos em cadeia sucessiva de prestadores variados nacionais e internacionais, cuja revenda depende de regras de fornecedores diversos e da antecedência da comunicação à operadora, deve analisado casuisticamente, não se tratando, nos termos em que postos na genérica inicial, de direito homogêneo a ser tutelado por meio de ação civil pública.

4. Recurso especial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista regimental do relator dando parcial provimento ao recurso especial, ratificando seu voto anterior, e os votos dos Ministros Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi negando provimento ao recurso especial, acompanhando a divergência, a Quarta Turma, por maioria, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto divergente da Ministra Maria Isabel Gallotti, que lavrará o acórdão.

Votou vencido o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão. Votaram com a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira (Presidente) e Marco Buzzi.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Raul Araújo.

Brasília (DF), 13 de novembro de 2018 (data do julgamento).

Ministra Maria Isabel Gallotti, Relatora p/ acórdão

DJe 5.2.2019

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Trata-se de recurso especial interposto por *ANADEC – Associação Nacional de Defesa da Cidadania e do Consumidor*, com fundamento nas alíneas “a” e “c” do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que manteve a sentença de improcedência da ação civil pública ajuizada com o intuito de declarar a abusividade de cláusulas contratuais que prevejam a perda de até 100% (cem por cento) do valor pago à agência de turismo ré, em caso de cancelamento por parte do consumidor.

Em suas razões de recurso, a parte recorrente sustentou negativa de vigência aos artigos 412, 413, do Código Civil, 6º, V, 39, V, 46, 51, IV, X, XI, XII, XV, § 1º, I, II, III, § 4º, 53, 54, §§ 3º e 4º, do Código de Defesa do Consumidor, bem como a existência de dissídio jurisprudencial.

Argumentou, em breve síntese, ser inadmissível a manutenção das cláusulas contratuais estabelecidas pela parte ora recorrida que permitam a retenção de até 100% (cem por cento) do valor pago, em caso de cancelamento por parte do consumidor, sendo patente a sua abusividade e, por consequência, a nulidade.

Pugnou pela limitação da cláusula penal no patamar máximo de 20% (vinte por cento) do valor contratado.

O Ministério Público Federal, em seu parecer, opinou pelo provimento do recurso, sob o argumento central de que, “sem demonstração do dano efetivamente sofrido pela operadora, a taxa ou multa cobrada não poderia exorbitar, chegando ao total do valor recebido pela operadora de turismo do consumidor” (fls. 352/363 e-STJ).

Após acolhimento da Questão de Ordem suscitada pelo Ministro Antonio Carlos Ferreira, foi facultada a manifestação das entidades relacionadas às áreas de turismo e do consumidor, como *amicus curiae* (fls. 377/379 e-STJ).

Apresentadas as referidas manifestações, o Ministério Público Federal, em seu parecer, novamente opinou pelo provimento do recurso para que “1) seja limitada a multa compensatória nos contratos de viagem firmados pela recorrente, consubstanciados tão somente na venda de bilhetes, ao disposto no artigo 740, § 3º, do Código Civil, referente ao percentual de 5% sobre o valor do bilhete comercializado; 2) a limitação da cláusula penal nos contratos de pacote de turismo ao montante de 20% sobre o valor do contrato” (fls. 534/544 e-STJ).

O relator, Ministro Luis Felipe Salomão, em seu voto, argumentou que “é dever do magistrado modular a cláusula penal à realidade dos fatos, tendo em conta o princípio constitucional da proporcionalidade, com espopo de preservar a isonomia material entre as partes e o sinalagma contratual”.

Nesse sentido, apontou a regra inserta no artigo 413, do Código Civil, que permite a redução equitativa da cláusula penal quando o montante da penalidade for manifestamente excessivo, bem como trouxe julgados deste Superior Tribunal de Justiça na mesma linha.

Ponderou ainda que, no caso em análise, com mais razão o decote da parcela exorbitante, tendo em vista a natureza consumerista do contrato debatido e notadamente de adesão, sendo pacífico o entendimento acerca da impossibilidade de perda total do valor pago, à luz dos artigos 51, II e IV, e 53, do Código de Defesa do Consumidor.

No mesmo sentido, citou o julgado de lavra do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, REsp n. 1.321.655/MG, no qual a Terceira Turma concluiu pela abusividade das cláusulas contratuais que previam a perda da totalidade dos valores despendidos pelo consumidor.

Afirmou não ignorar que o cancelamento com prazo exíguo à execução do contrato causa transtornos às operadoras, mas que essas possuem condições de cancelamento privilegiado junto aos fornecedores dos serviços contratados, bem como ser possível acionar outro pretendente para ocupar o lugar do desistente.

Consignou, ademais, que o percentual máximo pleiteado de 20% de retenção encontra amparo na Deliberação Normativa n. 161/1985, editada pelo Instituto Brasileiro de Turismo – EMBRATUR, que condiciona a cobrança de percentual superior ao mencionado à efetiva demonstração dos gastos efetuados perante a própria EMBRATUR.

Citou, dentre outras, a Portaria n. 3/2001, editada pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, a qual elencou como abusiva a cláusula contratual que “imponha a perda de parte significativa das prestações já quitadas em situações de venda a crédito, em caso de desistência por justa causa ou impossibilidade de cumprimento da obrigação pelo consumidor.”

Por fim, concluiu o voto dando parcial provimento ao recurso especial para fixar em 20% (vinte por cento) o percentual máximo a ser estabelecido em cláusula penal nos contratos de prestação de serviços de turismo oferecidos pela recorrida.

Após vista dos autos, passo a proferir o meu voto.

Trata-se de ação civil pública promovida pela ANADEC - Associação Nacional de Defesa da Cidadania e do Consumidor contra Lusanova do Brasil Operadora de Turismo, em defesa da generalidade de consumidores, presentes e futuros, que usam os serviços da ré.

Volta-se contra os itens 8.3.1.4, 8.3.1.5 e 8.3.1.6 da seguinte cláusula constante de contrato de adesão:

8. Condições específicas de cancelamento

8.1 – Entende-se por cancelamento a desistência – voluntária ou não – viagem e/ou serviço contratado, por parte do passageiro.

8.2 – Solicitações de cancelamento da viagem ou serviços contratados deverão ser feitas por escrito.

8.3 – As seguintes taxas de cancelamento serão rigorosamente aplicadas segundo antecedência com que foram comunicadas:

8.3.1 – Da parte terrestre

8.3.1.1 – Taxa administrativa – 30 (trinta) euros

8.3.1.2 – Cancelamento até 31 dias antes do embarque – 3% do valor total

8.3.1.3 – Cancelamento de 30 a 16 dias antes do embarque – 10% do valor total

8.3.1.4 – *Cancelamento de 15 a 07 dias – 25% do valor total.*

8.3.1.5 – *Cancelamento com menos de 7 dias – 50% do total.*

8.3.1.6 – *Cancelamento com menos de 48 horas, “no show”, desistência total ou parcial dos serviços por iniciativa dos passageiros não dará direito a nenhuma devolução.*

Sustenta a abusividade e ilegalidade, em face do Código de Defesa do Consumidor, da retenção de valor superior a 10% do total pago pelo consumidor. Postula seja declarada a nulidade de toda e qualquer cláusula penal nos contratos de adesão utilizados pela ré, sejam eles nacionais, internacionais e correlatos, que ultrapasse tal percentual; bem como seja a ré condenada a alterar a redação do contrato de adesão, e juntar a relação dos consumidores que tiveram descontados de seus valores devolvidos multas superiores, a fim de poderem se habilitar nos presentes autos e receberem o que de direito.

Devidamente prequestionada a questão federal controvertida, e satisfeitos os requisitos de admissibilidade do recurso especial, passo ao exame do mérito do recurso, o qual sustenta, em síntese, a ilegalidade, em face do Código de Defesa do Consumidor, da cláusula contratual que prevê a retenção de percentual superior a 10% do valor pago pelo consumidor desistente do serviço turístico contratado com a ré, procedendo ao julgamento da causa, na forma do art. 255, § 5º, do Regimento Interno.

Não tenho dúvida em aderir às premissas do eminente Relator de que o Código de Defesa do Consumidor veda cláusulas que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, estabeleçam obrigações iníquas, contrárias à boa-fé ou à equidade; nos contratos de compra e venda de bens móveis ou imóveis, mediante pagamento em prestações, estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor (CDC, art. 51, II e IV e 53); bem como de que cabe ao magistrado reduzir equitativamente a penalidade quando manifestamente excessiva, tendo em vista a natureza e a finalidade do negócio (Códigp Civil, art. 413).

Não posso deixar de observar, todavia, que não se cuida, aqui, de contrato de compra e venda de bens móveis e imóveis, de modo que inaplicáveis o art. 53 do CDC e os precedentes deste Tribunal que cuidam da possibilidade redução de cláusula penal nos casos de contrato de promessa de compra e venda de imóvel.

Isso porque, em caso de rescisão do contrato de compra e venda por inadimplemento ou desistência do consumidor, o promitente vendedor readquire a propriedade/posse plena do imóvel, podendo revendê-lo dentro do giro normal de seu negócio, independentemente do decurso de tempo, o que pode levar à necessidade de redução da cláusula penal, conforme apreciação equitativa do magistrado, realizada de acordo com as circunstâncias de cada caso concreto.

Na hipótese dos autos, trata-se de contrato de prestação de serviços, mais especificamente de intermediação de serviços prestados por outros fornecedores, das mais variadas espécies e sob as mais diversas condições. Como prestação de serviço, não se trata de coisa corpórea que possa ser estocada e posteriormente revendida, independentemente do momento da desistência do consumidor.

A propósito, as informações apresentadas pela Associação Brasileira de Agências de Viagens – ABAV *Nacional*, reforçadas pela manifestação do Sindicato das Empresas de Turismo no Estado de São Paulo – SIDETUR/SP, no sentido de que “as viagens quando organizadas por uma agência de turismo ou mesmo formatada por uma operadora de turismo, ou ainda quando solicitados serviços individualmente pelo próprio cliente/consumidor devem ser entendidas como um complexo de serviços que são quase em 100% dos casos prestados por outros reais e efetivos fornecedores, como é o caso de cias aéreas que serão as reais e finais prestadoras do serviço de transporte aéreo, da mesma forma com os meios de hospedagem, serviços de receptivo, traslados e outros.” (fl. 478 e-STJ).

Assim sendo, pode-se concluir que as atividades das agências de turismo muitas vezes se resumem ao serviço de intermediação entre os consumidores e os reais fornecedores, de modo que “*não possuem autonomia e gestão junto a regras e procedimentos que são de propriedade e elaboração dos próprios fornecedores de tais serviços efetivos e finais*”, competindo-lhes “a tarefa de informá-las aos consumidores quando de ofertas, ou mesmo tentar obter, através de árduo trabalho, regras formatadas de tais serviços, consolidados ou não, que não gerem prejuízos à empresa intermediadora, em casos de cancelamentos” (fl. 479 e-STJ).

Ao fim, a ABAV *Nacional* assevera que “a legislação especial brasileira atinente ao segmento, quais sejam as Leis Federais n. 11.771/2008 (Lei Geral do Turismo) e 12.974/2014 (Lei de Regulamentação das Atividades das Agências de Turismo) em nenhum momento conceituam ou deixam claro o que é um pacote de viagem, situação esta que esta r. entidade busca, em atingimento aos seus

objetivos estatutários, com a novidade em normatizar tais temas, com trabalhos e utilização do Direito Comparado, a exemplo da Diretiva Europeia 2015/2302 que trata especificamente sobre as chamadas Viagens Organizadas e Serviços de Viagens Conexos, com regras expressas sobre cancelamentos, penalidades e outros.”

Nesse caminho foi, ainda, a manifestação da Associação Brasileira de Cruzeiros Marítimos – CLIA *Abremar Brasil*, a qual trouxe também ponderações relevantes acerca de normas internacionais de segurança que impedem a substituição de passageiro às vésperas do embarque (fls. 506/507 e-STJ):

Conclui-se, portanto, que, nos cancelamentos aos quais não dá motivo, as agências de turismo tem o direito legal de executar cláusula penal prevista nos contratos firmados pelos usuários de seus serviços de intermediação, na justa reparação de seus prejuízos e lucros cessantes, como previsto no art. 402, do Código Civil.

Perdas e danos causados pela perda da remuneração pela intermediação, embora concluída, se não retido o respectivo valor, e pela não recuperação dos valores já transferidos, no caso das associadas da peticionária, às companhias de navegação, como prevê seus contratos com os consumidores, a enriquecer estes sem causa, prática vedada pelo art. 884, do Código Civil.

Nem se diga que as agências de turismo não sofrem dano monetário na desistência de seus consumidores por poderem “revender” a terceiros os serviços cancelados, o que não ocorre no mercado de turismo, em geral, e nos cruzeiros, cujas cabines dificilmente conseguem revender senão com muitíssima antecedência da viagem.

Menos ainda se o cancelamento ocorrer com pouca antecedência, até porque normas internacionais de segurança do setor impedem que um passageiro seja substituído por outro às vésperas do embarque, pois as agências de turismo estão sujeitas às regras mundiais estabelecidas e praticadas pelas companhias de navegação.

Por essa razão, respondem as agências de turismo pela adequada e prévia informação sobre as condições de cancelamento dos cruzeiros marítimo, oferecendo, inclusive, seguros por desistência do consumidor, permitindo-lhe decidir por sua contratação ou não e minimizar o risco da pena convencional dela decorrente.

Aliás, é justamente por reduzir a probabilidade de revenda dos serviços intermediados cancelados que as multas são proporcionais à proximidade da data de início de sua execução do serviço, pois cabines de navio não são estocáveis e a proteção legal do consumidor não o autoriza a causar dano ao fornecedor e não responder por sua reparação.

Com efeito, um dos objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo é a “harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio entre consumidores e fornecedores” (cf. art. 4º, III, do Código de Defesa do Consumidor).

Penso, portanto, que se a análise da redução da cláusula penal em contratos de compra e venda de bens imóveis - bens duráveis e sempre passíveis de revenda pelo fornecedor - é feita caso a caso, pelo magistrado, com base nas peculiaridades de fato que lhe são submetidas, com mais razão ainda a redução de cláusula penal de contrato de intermediação de serviços turísticos não pode ser feita de forma genérica, em abstrato, sem levar em consideração qual o tipo de pacote contratado, em que bases foi feita a negociação entre a agência de turismo e os vários fornecedores envolvidos em cada programa turístico, as regras de regulação nacional e internacional, a antecedência da desistência do consumidor e mesmo o motivo da desistência.

Com efeito, embora concorde com o eminente relator em que o risco do negócio é do fornecedor, não cabendo sua transferência ao consumidor, por outro lado, não assiste a este o direito de, mediante pura e imotivada desistência, o que seria condição puramente potestativa (a de manter-se ele interessado no pacote turístico até a data da viagem) causar prejuízo ao operador de turismo, no mais das vezes, mero intermediário dos reais fornecedores (transportadores terrestres, aéreos, urbanos, interurbanos, hotéis de luxo, pousadas modestas e todo o tipo de agentes de entretenimento).

Assim, se há intempéries que prejudicam o fornecimento do serviço, como fenômenos da natureza, doenças, e toda a espécie de fortuito interno, caberá o risco da atividade econômica aos fornecedores, inclusive à agência de turismo, intermediária na cadeia de fornecimento, os quais arcarão solidariamente com o prejuízo.

Nesse sentido, verifico que o consumidor já se encontra normativamente protegido, podendo ser citada a Portaria n. 3/2001, da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, mencionada pelo Ministro Relator, a qual estabelece que é abusiva a cláusula que “imponha a perda de parte significativa das prestações já quitadas em situações de venda a crédito, *em caso de desistência por justa causa ou impossibilidade de cumprimento da obrigação pelo consumidor.*”

Por outro lado, se há desistência pura e simples do consumidor, especialmente do imprevidente, que não contratou seguro, ou que optou por pagar preço descontado exatamente pela vedação contratual de cancelamento, a redução da cláusula penal há de ser criteriosa e equitativamente ponderada pelo magistrado caso a caso.

A tutela do consumidor, em casos tais, não pode ser de molde a onerar tanto o mercado fornecedor que acabe inflando os preços e inviabilizando a concessão de descontos àqueles que, avaliando suas próprias conveniências, optem por assumir mais riscos.

O eminente Relator faz menção à Deliberação Normativa n. 161/1986, editada pela EMBRATUR, ente que, no passado, foi competente para regular o relacionamento comercial entre as agências de turismo e seus usuários, a qual assim regulava o cancelamento da viagem por iniciativa do consumidor:

8 - Procedimentos decorrentes do cancelamento, parcial ou total, do contrato ou acordo para a realização de viagem ou excursão (excluídos os casos fortuitos e de força maior e admitidos na legislação)

8.1 - Antes do início do programa:

8.1.1 - Por iniciativa da agência:

a) oferecimento de crédito ao usuário; em valor devidamente corrigido, correspondente às importâncias efetivamente pagas, antecipadamente, por este, sob a forma de participação em outro programa turístico; ou

b) outro acordo com o usuário, que preveja, inclusive, a devolução da importância, devidamente corrigida, por este efetivamente paga e desembolsada antecipadamente.

8.1.2 - Por iniciativa do usuário:

a) o usuário devera providenciar, em tempo hábil, sua substituição por outro participante, nas mesmas condições contratadas e, no caso de não haver contratado apartamento individual, de igual sexo; ou

b) acordar com a agência sua participação em outro programa, de qualquer tipo de entendimento que satisfaça ambas as partes; ou

c) não sendo viável a aplicação das hipóteses anteriores, perda, em favor da agência, dos seguintes percentuais sobre o preço da excursão excetuada a parte aérea:

c.1 - 10% - cancelamento a mais de 30 dias antes do início da excursão;

c.2 - 20% - cancelamento entre 30 e 21 dias antes do início da excursão;

- percentuais superiores aos acima referidos, desde que correspondentes a gastos efetivamente comprovados pela agência perante a EMBRATUR, efetuados em decorrência da desistência do usuário - cancelamento a menos de 21 dias antes do início da excursão.

8.2 - Durante a realização do programa:

8.2.1 - Por iniciativa da agência:

a) oferecimento de crédito ao usuário, em valor correspondente ao reembolso dos serviços não prestados e não compensados em substituição, sob a forma de participação em outro programa turístico; ou

b) outro acordo com o usuário que preveja, inclusive, a devolução da importância, devida. mente corrigida, correspondente aos serviços não prestados.

8.2.2 - Por iniciativa do usuário:

a) perda pelo usuário do valor da excursão excetuado o reembolso da parte aérea quando restituível.

- Nos programas turísticos que se refiram a eventos especiais, tais como congressos, feiras ou assemelhados e, ainda, a cruzeiros marítimos, os ressarcimentos, pagamentos e indenizações obedecerão a disposições próprias a serem submetidas à aprovação prévia da EMBRATUR pelas representações de classe das agências de turismo ou pelas empresas interessadas.

Verifica-se, portanto, que havia regulação de limites de retenção para o caso de cancelamento pelo consumidor, mas estava prevista a possibilidade de retenção de percentuais superiores a 20%, desde que correspondentes a gastos efetivamente comprovados pela agência perante a EMBRATUR, efetuados em decorrência da desistência do usuário.

Esta normatização valia para todos os agentes do setor, os quais se pautavam dentro de seus limites, com isonomia do mercado, estando previsto o caminho para o caso de prejuízos maiores, a depender das circunstâncias de cada caso concreto.

Atualmente, todavia, a EMBRATUR não tem mais competência para atuar como reguladora e fiscalizadora do turismo interno. Seu campo de atuação é restrito a promover os serviços turísticos do Brasil no exterior, conforme esclarece em sua manifestação de fls. 519-524.

O Ministério do Turismo, ao qual compete hoje tal regulação e fiscalização, esclarece que não há dispositivos referentes a multas por cancelamentos de pacotes turísticos. “O Decreto Presidencial n. 7.381/2010, que regulamenta a Lei n. 11.771/2008 - Lei Geral do Turismo, limita-se à previsão de que

eventual multa deverá estar prevista em contrato e ser informada previamente ao consumidor (art. 20).” (e-STJ fl. 528).

Na ausência de regulação pela autoridade administrativa, penso, data maxima vênia, que não cabe ao Poder Judiciário estabelecer percentual fixo, para a generalidade de operadoras de turismo, de pequeno, médio ou grande porte, independentemente da apreciação do tipo de produto com o qual opera, sobretudo por não mais haver previsão administrativa de órgão perante o qual devesse ser feita a demonstração, individualizada, dos custos e prejuízos em caso de desistência.

A sentença, ademais, seria voltada apenas contra um dos agentes atuando no mercado, com quebra de isonomia entre os demais operadores de turismo.

Voltando ao caso dos autos, observo que, na genérica, padronizada e abstrata inicial da ação civil pública, não são esclarecidos quais os tipos de serviços concretamente prestados pela ré, se são intermediados pacotes marítimos, aéreos ou terrestres, nacionais ou internacionais, se são prestados serviços individualmente requeridos fora de pacotes, quais são os fornecedores diretos dos serviços intermediados, qual o público alvo. Não é demonstrado, sequer por estimativa, qual o custo causado em caso de desistência pelo consumidor em cada tipo de pacote ou serviço prestado; não é narrado um caso concreto sequer de consumidor lesado. Igualmente não é juntada à inicial a relação de consumidores associados à autora que serão beneficiados por eventual decisão condenatória.

Segundo consta da manifestação da ABAV, a ANADEC ajuizou centenas de ações semelhantes, padronizadas, divorciadas das práticas de mercado, o que ensejou o ajuizamento pelo Ministério Público de São Paulo de ação civil pública visando à sua dissolução, já julgada procedente em primeiro grau, estando pendente o julgamento de apelação (e-STJ fl. 476-78). Esse proceder é compatível com os termos genéricos em que redigida a inicial da presente ação, a qual, no meu entendimento, não reúne os requisitos aptos ao seu processamento.

Isso porque a a defesa de interesses individuais por meio de ação civil pública tem por pressuposto que sejam homogêneos.

Não há homogeneidade possível entre o contratante de cruzeiro marítimo internacional, a ser operado por determinada companhia de cruzeiros estrangeira, representada no Brasil, com exclusividade ou não, pela agência ré, ou pacote de cruzeiro marítimo pela costa brasileira, operado por empresa nacional, de um lado, e, de outro, o consumidor de pacotes mais simples, como,

por exemplo, pacote turístico em pousada de cidade vizinha, à qual o adquirente chega dirigindo o próprio carro ou em ônibus fretado. E, dentre as pousadas da mesma cidade, há as grandes e pequenas, de maior luxo ou econômicas, todas com políticas próprias de cancelamento, que devem ser negociadas, informadas e repassadas ao consumidor pela agência de turismo.

Dadas essas circunstâncias entendo, data maxima vênia, que considerados os termos genéricos em que redigida a inicial, sem apontar fatos concretos lesivos aos consumidores, e dada a falta de homogeneidade possível entre as inúmeras possibilidades de serviços de intermediação que possam vir a ser prestados pela ré, a solução adequada seria a extinção do processo sem exame do mérito.

A sentença, confirmada pelo acórdão recorrido, concluiu pela improcedência do pedido, enfatizando que “não há como rever um contrato para substituir percentual nele inserido, escalonado e com gradação por critério lógico, por um outro, único, que iguala situações desiguais, não comprovadamente adequado, sob pena de apenas transferir o polo contratual vítima da abusividade.”

Penso que a desigualdade das infinitas possibilidades de pacotes de turismo, reveladora da falta de homogeneidade dos direitos que se pretende tutelar por meio da presente ação civil pública, a rigor, conduz à inadequação da via eleita.

Não há, todavia, disparidade no âmbito das consequências para o consumidor, porque a sentença de improcedência do pedido, tal como formulado na inepta inicial dos presentes autos, não impede o ajuizamento de nova ação por qualquer legitimado, desde que atenda a nova ação as condições para seu processamento.

Destaco, por fim, que, caso haja cobrança excessiva e sem a respectiva comprovação, apta a justificar a retenção a título de cláusula penal compensatória dos percentuais previstos no contrato, no caso de cancelamento com ou sem justa causa, nada impede que os interessados ingressem em juízo a fim de evitar a cobrança abusiva no caso concreto.

Em face do exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.



VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. A Associação Nacional de Defesa da Cidadania e do Consumidor — ANADEC ajuizou ação civil pública em

face de Lusanova do Brasil Operadora de Turismo Ltda, sob o argumento de que o contrato padrão de prestação de serviços de viagem oferecido pela ré a seus clientes continha cláusula abusiva, prevendo taxas de cancelamento extremamente altas incidentes sobre o preço do produto vendido.

Esclareceu que, nos termos do contrato mencionado, a penalidade aplicada ao consumidor pelo cancelamento do serviço sofreria variação conforme a antecedência em que fosse comunicada a desistência.

Ponderou que o direito de impor ao consumidor penalidade pelo não cumprimento de suas obrigações existe, desde que respeitados os princípios da adequação e proporcionalidade, entendendo, nessa linha, inadmissível qualquer cobrança acima de 10% (dez por cento).

Pugnou para que a ré fosse compelida a adequar seu contrato padrão aos ditames da proporcionalidade, em que somente a multa penal máxima de 10% (dez por cento) seria aceitável, considerando-se a legislação consumerista, que é especial em relação ao Código Civil.

O sentenciante de piso julgou improcedentes os pedidos formulados (fls. 130-131).

Inconformada, a associação autora interpôs apelação (fls. 137-179), à qual foi negado provimento, mantendo-se integralmente a sentença. Confira-se a ementa do acórdão (fl. 221):

Ação civil pública movida contra operadora de turismo. Alegação de abusividade das multas previstas em contratos padrão e aplicadas em caso de desistência de pacotes de viagem. Impossibilidade de acolher o parâmetro máximo de 10% pretendido. Clausula penal compensatória que não se mostra exacerbada.

Estabelecimento de percentuais de multas, conforme as datas dos pedidos de cancelamentos, que não se considera como obrigação abusiva. Valor máximo que não ultrapassa aquele previsto no Código Civil. Reembolso da quantia paga que deve observar o equilíbrio necessário para cada situação em particular. Autora que não apresentou a gradação do percentual indicado, considerando a maior ou menor antecedência da desistência. Ação julgada improcedente.

Recurso não provido.

Não há como acolher o teto máximo de 10% perseguido pela autora para as multas compensatórias, isto porque, em se cuidando de pacotes turísticos que implicam fretamento de vôos e reservas de hotéis e sendo a desistência do consumidor de última hora, o prejuízo do fornecedor pode ser total, em razão da dificuldade de repassar para outros hóspedes os quartos vagos e de ocupar os assentos vazios nos aviões.

A opção do reembolso da quantia paga deve observar o equilíbrio necessário para cada situação em particular, não se cuidando de obrigação iníqua ou abusiva, o estabelecimento de percentuais de multas, conforme as datas dos pedidos de cancelamento, máxime que não há ultrapassagem do teto previsto no Código Civil, vez que estimada como sendo aquela do valor do contrato.

Opostos embargos de declaração pela apelante (fls. 297-315), foram rejeitados (fls. 317-321).

Foi interposto recurso especial pela autora, com fundamento nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, por negativa de vigência aos arts. 6º, V, 39, V 46, 51, IV, IX, XI, XII, XV, § 1º, I, II e III, § 4º, 53, 54, §§ 3º e 4º, todos do Código de Defesa do Consumidor.

A Associação reconhece existir o direito de impor ao consumidor penalidade pelo não cumprimento de suas obrigações, mesmo dentro da relação de consumo, mas, pondera para essa imposição, devem sempre ser respeitados os princípios da adequação e proporcionalidade.

Assevera ser inadmissível qualquer cobrança acima de 10% (dez por cento) ou até o máximo de 20% (vinte por cento), porque abusiva e injustificável (fl. 238).

Reforça que as cobranças da recorrida se mostram abusivas, na medida em que ela se coloca em situação bastante confortável, também, porque jamais conseguirá uma remuneração de capital na taxa aplicada como multa, em qualquer operação financeira.

Pleiteia afinal seja reconhecido que o percentual de 20% (vinte por cento) como máximo aceitável para multa nos casos de desistência dos consumidores em relação aos serviços contratados com a recorrida.

Objetivando comprovar o dissídio jurisprudencial que alega configurado, colaciona acórdãos do TJRS e do TJSP.

Não foram apresentadas contrarrazões, conforme certidão de fl. 326.

O recurso especial recebeu crivo positivo de admissibilidade na origem (fl. 339-340).

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso especial. Avaliou que no recurso em análise “não se busca interpretar uma cláusula contratual, mas desvendar se é abusiva cláusula penal com percentuais de multa ou taxa elevados, sem qualquer justificativa, além do lapso temporal, diante dos preceitos normativos que abrigam o consumidor” (fl. 355).

Em sessão de julgamento realizada em 19.5.2016, a Quarta Turma, por unanimidade, acolheu a Questão de Ordem suscitada pelo Ministro Antonio Carlos Ferreira, no sentido de serem previamente ouvidas as entidades das áreas de turismo e do consumidor (fls. 377-379).

Em nova manifestação, o Ministério Público Federal questiona sobre a possibilidade de instauração de incidente de assunção de competência, nos termos do art. 947, do CPC/2015, diante da relevância e do impacto social da matéria, a fim de que o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça se torne de observância vinculada aos juízes e tribunais do país sobre o tema, em conformidade com o novo diploma processual de 2015 (fls. 382-385).

Diversas entidades institucionalmente ligadas à matéria em discussão apresentaram suas manifestações sobre o tema, após decisão de convocação proferida às fls. 377-379.

Assim, no cumprimento daquele chamamento, a Associação Brasileira de Cruzeiros Marítimos - CLIA *Abremer Brasil*, em petição juntada às fls. 498-508, disse não ser possível afirmar que “as agências de turismo não sofrem dano monetário na desistência de seus consumidores por poderem ‘revender’ a terceiros os serviços cancelados”, uma vez que isso não ocorreria no mercado de turismo, em geral, e nos cruzeiros, “cujas cabines dificilmente conseguem revender senão com muitíssima antecedência da viagem”, até porque “...normas internacionais de segurança do setor impedem que um passageiro seja substituído por outro às vésperas do embarque, pois as agências de turismo estão sujeitas às regras mundiais estabelecidas e praticadas pelas companhias de navegação”.

Seguindo nesse rumo, o Sindicato das Empresas de Turismo no Estado de São Paulo - SINDETUR/SP (fls. 490-496) sustentou que o trabalho prestado pelas agências de turismo seria a intermediação remunerada entre fornecedores e consumidores de serviços turísticos e ressaltou que a agência ou operadora turística não é titular da relação jurídica consubstanciada no contrato de transporte, “posto que atua em nome e por conta da empresa transportadora, sendo mera intermediária desta e que sua real obrigação é de produzir informações adequadas, corretas e precisas sobre os serviços prestados, de acordo com o artigo 31 do Código de Defesa do Consumidor, inclusive em relação a taxas, multas e prazos para cancelamento, geralmente fixadas pelos fornecedores”.

Por sua vez, a Associação Brasileira de Agências de Viagens - ABAV *Nacional* (fls. 475-482) limitou-se a afirmar que “considerada a simples e

objetiva atividade de intermediação das agências de turismo, englobadas aqui muitas vezes as operadoras de turismo, elas não possuem autonomia e gestão junto a regras e procedimentos que são de propriedade e elaboração dos próprios fornecedores de tais serviços efetivos e finais que serão prestados aos consumidores”, tais como “serviço de transporte aéreo, da mesma forma com os meios de hospedagem, serviços de receptivo, traslados e outros”.

Apresentadas as manifestações de entidades, direta ou indiretamente interessadas no feito, sobreveio novo parecer do Ministério Público Federal quanto ao mérito, opinando pelo conhecimento e provimento do recurso especial (fls. 534-544).

É o relatório.

2. A controvérsia dos autos consiste na verificação da abusividade ou não de cláusula inserta em contrato para aquisição de pacotes de turismo, consistente na fixação de multa por desistência do consumidor, escalonada em percentuais que podem alcançar 100% (cem por cento) do valor pago pelo serviço.

Ao examinar a questão, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decidiu (fls. 224-227):

No caso em comento, debate-se sobre a abusividade das cláusulas 8.3.1.4, 8.3.1.5 e 8.3.1.6, do contrato padronizado utilizado pela ré nos seus pacotes de viagens, dispondo que, em caso de cancelamento pelo usuário, deverá pagar multa compensatória de 25%, 50% ou 100% do preço caso o cancelamento ocorra, respectivamente, de 15 a 07 dias do embarque, a menos de 07 dias do embarque e a menos de 48 horas do embarque.

Não há, porém, como estabelecer, mesmo em pacotes de viagens, o parâmetro máximo perseguido, como, aliás, já destacou Dr. Promotor de Justiça na primeira manifestação feita no processo, destacando Sua Excelência que “tratando-se de pacotes turísticos, serviços que implicam fretamentos de vôos e reservas de hotéis, pode-se presumir a possibilidade de prejuízos até mesmo integrais por parte do fornecedor em caso de desistência de última hora do consumidor. É previsível a dificuldade do hoteleiro em repassar quartos vagos aos outros hóspedes interessados, sem tempo suficiente para fazê-lo. Do mesmo modo, é previsível a dificuldade de ocupar os assentos vazios dos aviões, nessas circunstâncias” (fls. 49/53).

Eventual excesso deve ser analisado caso a caso e não existem fórmulas que justifiquem os 10% perseguidos, mesmo porque, de cláusula penal moratória não se cuida, mas de cláusula penal compensatória, onde as partes consumidoras aderem ao contrato padronizado, mas não estão impedidas de discutirem diretamente com a prestadora de serviços ou mesmo de buscarem solução na via

judicial. A prefixação das perdas e danos, embora possa parecer exacerbada, por vezes é justificada, como, aliás, bem anotou o Ministério Público, não podendo confundir, por exemplo, situação em que a viagem aérea é feita mediante voo comercial ou por voo fretado. No primeiro caso o passageiro mantém vínculo com a empresa aérea e pode remarcar a passagem ou utilizar o crédito para outra localidade, mas o mesmo não se pode dizer em relação ao voo fretado, cujo custo é repartido entre os usuários e sem possibilidade de remarcação ou obtenção de crédito. Da mesma forma, em relação à hospedagem, bem se vê que os preços dos hotéis e pousadas variam conforme a época e a estação, além do que os preços obtidos pelas agências de turismo nem sempre observam as ocupações efetivas, mas as unidades disponibilizadas, sem considerar a impossibilidade material de ocupação nas desistências formuladas há poucos dias da reserva.

Não se trata aqui de situação de arrependimento, que pode ser exercido de conformidade com o Código de Defesa do Consumidor, mas de contrato em vigor, e do qual o consumidor dele desiste. As variáveis e a complexidade das situações, como já exposto na defesa da ré, não justificam estabelecimento de parâmetros ínfimos e que, por vezes, não cobrem os prejuízos efetivos.

(...)

A opção de reembolso da quantia paga deve observar o equilíbrio necessário para cada situação em particular, não se vislumbrando obrigação iníqua ou abusiva no estabelecimento dos percentuais de multas, conforme as datas dos pedidos de cancelamentos, e não há ultrapassagem do teto previsto no Código Civil, eis que estimada, na última hipótese, como sendo aquela do valor do contrato.

Ou seja, como bem anotado na r. sentença, “se a autora não se propôs a demonstrar a adequação do percentual que indicou como não abusivo, se não se propôs a indicar gradação de percentuais de perda escalonados de forma tecnicamente fundamentada à maior ou menor antecedência da desistência formulada pelo consumidor relativamente a específico pacote de viagens, se apresenta pretensão verdadeiramente descompromissada com dados mínimos de variação do específico mercado de turismo, não há como acolher o pedido formulado”.

A apelante faz uso de generalidades e o pedido, na forma como formulado, não tem como prosperar.

A r. sentença merece mantida integralmente.

3. De início, faz-se mister assinalar que as relações obrigacionais são de incontestável importância na sociedade moderna, notadamente como mecanismo de facilitação da circulação de riquezas, cumprindo importante função social e econômica, sendo, por isso, interesse das partes e da ordem jurídica evitar o descumprimento dos negócios firmados e, assim, os prejuízos decorrentes desse desrespeito.

Na lição de Arnaldo Rizzardo, há sempre um grau de insegurança no atendimento do que está estabelecido nos contratos, o que gera instabilidade nas relações econômicas e sociais. “Quanto maiores as instabilidades de uma economia, e mais fortes as crises que assolam os povos, ou menos evoluída a consciência moral das pessoas, geralmente mais cresce a inadimplência das obrigações, ensejando mecanismos de defesa e proteção dos direitos e créditos emanados das convenções e contratos”. (RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 251).

Nesse cenário é que se justifica a previsão da cláusula penal, consistente na possibilidade de as partes, expressamente, estipularem indenização para os casos em que se verificar o inadimplemento total ou parcial do pacto obrigacional ou simplesmente a mora.

Destarte, “a cláusula penal, também chamada *pena convencional*, é o pacto acessório pelo qual as partes de um contrato fixam, de antemão, o valor das perdas e danos que por acaso se verifiquem em consequência da inexecução culposa da obrigação”. Esta a doutrina de Orlando Gomes (*Obrigações*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 190).

O inesquecível Carvalho de Mendonça esclarece que todos os códigos que admitem a cláusula penal encaram-na como uma *obrigação acessória*, ligada a um contrato principal, pelo qual o devedor se obriga a uma prestação determinada, no caso de faltar ao contrato, ou a qualquer de suas cláusulas (*Apud* LOPES, Serpa. *Curso de direito civil*. V. 2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957, p. 187).

O Código Civil francês, em seu art. 1.226, definiu a cláusula penal como sendo “aquela pela qual uma pessoa, para assegurar a execução de uma convenção, se compromete a dar alguma coisa, em caso de inexecução”.

No Brasil, o diploma civil de 2002, apesar de acertadamente ter deslocado o instituto para o capítulo do *inadimplemento das obrigações*, retirando-o das *modalidades de obrigações* do Código de 1916, não cuidou de conceitua-la, mas tão somente de referenciar seu cabimento.

Vejam-se, os artigos do Código Civil/2002:

Art. 408. Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora.

Art. 409. A cláusula penal estipulada conjuntamente com a obrigação, ou em ato posterior, pode referir-se à inexecução completa da obrigação, à de alguma cláusula especial ou simplesmente à mora.

Cristiano Chaves de Farias pontua, em artigo sobre o tema, que a cláusula penal tem como função primordial, e maior vantagem, “evitar a penosa - e muita vezes de grande dificuldade prática - tarefa de liquidar o dano causado pelo descumprimento obrigacional”, e que seu caráter *punitivo* seria meramente acidental.

Nessa ordem de ideias, o doutrinador afirma que sua potencialidade em evitar a liquidação dos danos se deve, exatamente, à pré-estimativa tarifada das perdas e danos decorrentes da inexecução da obrigação estabelecida. (*Miradas sobre a cláusula penal no direito contemporâneo (à luz do direito civil-constitucional, do novo Código civil e do CDC)*. In: Revista autônoma de direito privado, n. 1, pp. 85-109, out./dez. 2006).

Esse pacto acessório, que tem como escopo garantir o cumprimento da obrigação principal, por meio da determinação prévia de sanção de natureza civil em caso de inadimplemento parcial ou total de um dever assumido, pode, assim, ser de dois tipos: cláusula penal moratória e cláusula penal compensatória.

A cláusula penal será *compensatória* se estipulada para a hipótese de *inadimplemento total* ou *parcial* da obrigação principal. De outro modo, será *moratória*, se prevista para a eventualidade *do retardo no cumprimento da prestação devida*.

Seguindo esse raciocínio, importante salientar que a pré estipulação das perdas e danos e suas vantagens não sugerem, de forma alguma, a *imutabilidade absoluta* da cláusula penal, seja ela compensatória ou moratória.

Sabe-se que no Código Civil de 1916 havia dispositivo capaz de induzir à conclusão da imutabilidade da cláusula, ao estabelecer que o devedor não se poderia eximir de cumpri-la, a pretexto de ser excessiva (art. 927).

No entanto, o novo Código Civil não repetiu a redação do diploma anterior, justamente com o propósito de declarar a possibilidade da adequação da cláusula, por meio da revisão judicial de seu valor, sempre que necessário e útil a coibir abusos, tendo em mira o cumprimento de sua função.

De fato, é dever do magistrado modular a cláusula penal à realidade dos fatos, tendo em conta o princípio constitucional da proporcionalidade, com o escopo de preservar a isonomia material entre as partes e o sinalagma contratual.

É esta a lição de Nelson Rosenvald:

Vale dizer: mesmo que, em princípio, as partes desejem evitar o dimensionamento concreto das perdas e dos danos pela fixação de cláusula

penal, o juiz deverá impedir o abuso do direito (art. 187), CC), atenuando as amarras do negócio jurídico, quando observar que a cláusula penal culminará por se converter em instrumento de enriquecimento sem causa. (p. 670)

Washington de Barros Monteiro assinala que a evolução legislativa possibilitou a coexistência da autonomia privada, do princípio da boa-fé objetiva e da função social do contrato, viabilizando a redução do valor estipulado a título de cláusula penal, a partir da moldura fática do caso concreto, inclusive, não a condicionando à previsão contratual expressa, eis que se trata de disposição de ordem pública, bastando, para tanto, o requerimento da parte. (*Curso de direito civil - Direito das obrigações*. V. 4. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 214)

Nessa esteira, é da literalidade do art. 413 do Código Civil que a penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo em vista a natureza e finalidade do negócio.

Uma vez mais, Nelson Rosenvald adverte acerca do papel a ser desempenhado pelo julgador quando se deparar com cláusula penal que preveja valores desarrazoados

Não se trata de uma prerrogativa judicial de *invalidar* a cláusula penal, mas de apenas *reduzi-la, eliminando o excesso que resultou no exercício abusivo do direito*. Cuida-se de uma forma razoável de conciliar a autonomia privada com os ditames da boa-fé objetiva. A cláusula geral do art. 413 do Código Civil harmoniza a autodeterminação dos particulares com as exigências éticas do ordenamento jurídico.

(*Cláusula penal. A pena privada nas relações negociais*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007, p. 222)

Nesse sentido, a orientação jurisprudencial desta Corte de Justiça - já pacífica à época do Código de 1916 -, com a promulgação do novo Código Civil aprimorou-se, mas sem se afastar do entendimento original. Confirmam-se os julgados abaixo, ocorridos antes e após o Código de 2002:

Civil. Promessa de compra e venda. Rescisão.

Rescindido o contrato de promessa de compra e venda, o juiz está autorizado a reduzir o valor da cláusula penal (CC, art. 924).

Recurso especial conhecido e provido em parte.

(REsp 151.527/PA, Rel. Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, julgado em 24/04/2001, DJ 11/06/2001)

Civil. Recurso Especial. Rescisão de contrato de compra e venda de imóvel. Rescisão contratual. Utilização do bem pelos promissários-compradores. Cláusula penal. Estipulação.

- Com base no art. 924 do CC, o julgador possui autorização legal para proceder à redução do percentual estipulado a título de cláusula penal para patamar justo, com o objetivo de evitar o enriquecimento ilícito de uma das partes contratantes e o prejuízo da outra.

(...)

(REsp 400.336/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 30/08/2002, DJ 14/10/2002)

Recurso especial. Ofensa ao artigo 535 do Código de Processo Civil. Não ocorrência. Multa contratual. Redução para 2% ocorrida nas instâncias ordinárias. Inviabilidade. Restabelecimento do índice pactuado. Contrato celebrado antes da vigência da Lei n. 9.298/96. Cláusula penal. Redução com base no 924 do CC/1916. Possibilidade. Pretensão de alterar o patamar definido nas instâncias de origem. Impossibilidade. Óbice no Enunciado Sumular n. 7 deste Tribunal Superior.

(...)

3. O artigo 924 do Código Civil de 1916 facultava ao Juiz a redução proporcional da cláusula penal às hipóteses de cumprimento parcial da obrigação, sob pena de afronta ao princípio da vedação do enriquecimento sem causa.

4. Hipótese em que a obrigação foi parcialmente cumprida pelo devedor, a justificar a redução.

5. Inocorrência de aplicação retroativa do art. 413 do CC/02 que, ao contrário da faculdade trazida pela regra anterior, passou a estabelecer um dever ao juiz.

6. Interpretação conjunta dos enunciados normativos do art. 924 do CC/16 e do art. 413 do CC/2002 à luz da regra de transição do art. 2.035 e seu parágrafo único do CC/2002, recomendando a concreção do princípio da função social do contrato mesmo para pactos celebrados na vigência da anterior codificação civil.

(...)

9. Recurso Especial parcialmente provido.

(REsp 887.946/MT, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 10/05/2011, DJe 18/05/2011)

Agravo regimental em recurso especial. Contrato de locação comercial e outras avenças. Inexecução contratual. Cláusula penal. Redução. Possibilidade. Artigos 924 do Código Civil/1916 e 413 do Código Civil/2002.

1. O acórdão recorrido está em harmonia com a orientação desta Corte no sentido de que, mesmo antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002, era faculdade

do órgão julgador reduzir o valor da cláusula penal se evidenciada a sua manifesta excessividade. Precedentes.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1.351.671/PR, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 05/02/2015, DJe 12/02/2015)

4. No caso dos autos, a controvérsia reside exatamente nos valores da cláusula penal prevista em contrato de viagem (pacote turístico) em que a recorrida figura como contratada. Alega a recorrente a exorbitância dos valores estabelecidos e pleiteia, nessa medida, sua redução.

A cláusula penal de natureza compensatória vem disposta no contrato de prestação de serviços nos seguintes termos:

8 - Condições específicas de cancelamento

8.1 - Entende-se por cancelamento a desistência - voluntária ou não - da viagem e/ou serviço contratado, por parte do passageiro.

8.2 - Solicitações de cancelamento da viagem ou serviços contratados deverão ser feitas por escrito.

8.3 - *As seguintes taxas de cancelamento serão rigorosamente aplicadas segundo antecedência com que foram comunicadas:*

8.3.1 - Da parte terrestre

8.3.1.1 - Taxa administrativa - 30 (trinta) euros

8.3.1.2 - Cancelamento até 31 dias antes do embarque - 3% do valor total

8.3.1.3 - Cancelamento de 30 a 16 dias do embarque - 10% do valor total

8.3.1.4 - *Cancelamentos de 15 a 07 dias do embarque - 25% do valor total*

8.3.1.5 - *Cancelamento com menos de 07 dias - 50% do valor total*

8.3.1.6 - *Cancelamento com menos de 48 horas, "no show", desistência total ou parcial dos serviços por iniciativa dos passageiros não dará direito a nenhuma devolução.*

4.1. No ponto, necessário assinalar, uma vez mais, que a cláusula geral apresentada pelo art. 413 funciona como filtro capaz de reter o excesso e restaurar o equilíbrio todas as vezes que ficar evidente que a pena ultrapassou os limites de seu papel persuasivo.

Na verdade, é importante ressaltar a natureza consumerista do contrato questionado, cuja cláusula penal se pretende seja adaptada com o decote da parcela que se alega exagerada e injustificável.

Com efeito, logo de início é bom salientar que, entre os doutrinadores que se debruçaram sobre o instituto (redução da cláusula penal) nas relações de consumo, parece não haver dissonância quanto à *impossibilidade*, por exemplo, de cláusula com previsão de *perda total* daquilo que foi pago por uma das partes do negócio, entendimento esse respaldado pelo art. 53 do Código de Defesa do Consumidor, que orienta:

Art. 53. *Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado.*

É de conhecimento, outrossim, que a *cláusula de decaimento* prevista e repudiada pelo art. 53 do CDC pode ser arguida por meio de ação ou reconhecida de ofício pelo juiz ou tribunal, a qualquer tempo ou grau de jurisdição.

Roberto Senise Lisboa, referindo-se a contratos de trato sucessivo, esclarece que a cláusula que estipula a perda das parcelas pagas é inviável, uma vez que impede a fixação de cláusula penal pelo inadimplemento do aderente, sem proporcionar a mesma sanção civil ao predisponente, quando da verificação de sua mora, por inteligência dos arts. 4º, III, *in fine* (equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores), e 6º, V, primeira parte, do CDC (CASSETTARI, Christiano. *Multa contratual. Teoria e prática da cláusula penal*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013, p. 194).

4.2. Vale dizer: no regime do Código de Defesa do Consumidor, a cláusula que pretenda impor a perda total das prestações será tida como abusiva e leonina, por lesar a boa-fé objetiva do consumidor e acarretar onerosidade excessiva e desequilíbrio contratual.

Vale conferir os incisos II e IV do art. 51 do CDC:

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

II - *subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;*

(...)

IV - *estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;*

Na linha desse entendimento, concluem Cristiano Chaves e Rosenvald:

Os direitos do consumidor serão tutelados em face de “cláusulas abusivas impostas no fornecimento de produto ou serviço” (art. 6º, IV, do CDC). Neste sentido, o art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor reputa como abusivas as cláusulas que colocam o consumidor “em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.

A chamada cláusula de decaimento (o devedor decai das prestações) é nula, ante o exposto no art. 53 da citada lei. Os tribunais vão além da literalidade da norma e, interpretando a *ratio* do dispositivo, permitem apenas a retenção mínima de valores pelo promitente vendedor (de 10 a 20%), restituindo-se de 80% a 90% das quantias pagas.

(FARIAS, Cristiano Chaves, ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil - obrigações*. V. 2. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 668)

Alinne Arquette Leite Novais, citada por Chaves, defende, inclusive, a dispensabilidade da natureza propriamente consumerista do contrato firmado entre as partes para que seja reconhecida a invalidade da cláusula de perdimento, bastando, para tanto, ser de *adesão* o pacto questionado. (FARIAS, Cristiano Chaves, ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, p. 669)

Justifica, nessa linha, que, “em se tratando de contrato de adesão, a posição do aderente, independentemente de quaisquer outras qualidades, é suficiente para gerar uma disparidade de poderes na contratação” e que “a elaboração unilateral, pelo economicamente mais forte, das cláusulas contratuais vem a caracterizar de forma suficiente a vulnerabilidade do outro contratante, como exigido pelo CDC, art. 4º, I”. (*Op. cit.*)

4.3. Dessa forma, em outubro de 2013, no julgamento do REsp n. 1.321.655/MG, sob a relatoria do eminente Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, esta Corte Superior decidiu questão bastante similar à que ora se analisa.

Naquele caso concreto do recurso mineiro, o recorrente havia ajuizado ação de rescisão contratual cumulada com repetição de indébito contra empresa de turismo, postulando restituição de parte do valor pago antecipadamente por pacote turístico, por ter desistido da viagem.

Analisado o recurso especial do consumidor, a egrégia Terceira Turma concluiu ser flagrantemente abusivo o valor da multa contratual estabelecido, “ferindo a legislação aplicável ao caso, seja na perspectiva do Código Civil, seja na perspectiva do Código de Defesa do Consumidor”, nos termos do voto condutor:

Dessa forma, o entendimento adotado pelo Tribunal de origem merece reforma, pois não se mostra possível falar em perda total dos valores antecipadamente pagos por pacote turístico, sob pena de se criar uma situação que, além de vantajosa para a empresa de turismo (fornecedora de serviços), mostra-se excessivamente desvantajosa para o consumidor.

(...)

Em situação semelhante, esta Corte tem o firme entendimento de que, nos contratos de promessa de compra e venda de imóvel, é cabível ao magistrado reduzir o percentual da cláusula penal com o objetivo de evitar o enriquecimento sem causa por parte de qualquer uma das partes.

(...)

Deve-se, assim, reconhecer a abusividade da cláusula contratual em questão seja por subtrair do consumidor a possibilidade de reembolso, ao menos parcial, como postulado na inicial, da quantia antecipadamente paga, seja por lhe estabelecer uma desvantagem exagerada.

(...)

Por fim, é de se ressaltar que o cancelamento de pacote turístico contratado constitui risco do empreendimento desenvolvido por qualquer agência de turismo, não podendo esta pretender a transferência integral do ônus decorrente de sua atividade empresarial a eventuais consumidores.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para determinar a redução do montante estipulado a título de cláusula penal para 20% sobre o valor antecipadamente pago, conforme postulado alternativamente na petição inicial, incidindo correção monetária desde o ajuizamento da demanda e juros de mora desde a citação.

A seguir a ementa do acórdão:

Recurso especial. Direito Civil e Consumidor. Rescisão contratual. Pacote turístico. Pagamento antecipado. Perda integral dos valores. Cláusula penal. Abusividade. CDC. Inexistência.

1. Inocorrência de maltrato ao art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido, ainda que de forma sucinta, aprecia com clareza as questões essenciais ao julgamento da lide.

2. Demanda movida por consumidor postulando a restituição de parte do valor pago antecipadamente por pacote turístico internacional, em face da sua desistência decorrente do cancelamento de seu casamento vinte dias antes da viagem.

3. *Previsão contratual de perda total do valor antecipadamente pago na hipótese de desistência em período inferior a vinte e um dias da data do início da viagem.*

4. *Reconhecimento da abusividade da cláusula penal seja com fundamento no art. 413 do Código Civil de 2002, seja com fundamento no art. 51, II e IV, do CDC.*

5. Doutrina e jurisprudência acerca do tema.

6. *Recurso especial provido.*

(REsp 1.321.655/MG, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 22/10/2013, DJe 28/10/2013)

Merece ser destacado, nesse ponto, recente julgamento da Quarta Turma, cuja discussão, de certa maneira também, se assemelha com a que ora é tratada.

Refiro-me ao REsp n. 1.362.084/RJ, de minha relatoria, em que, por maioria, reconheceu-se a ilicitude (caráter abusivo) da cobrança integral da multa fidelidade, realizada por prestadora de serviço de TV a cabo, independentemente do cumprimento parcial do prazo de carência pelos consumidores.

Naquela oportunidade, ficou assentado que a cobrança integral da multa, sem computar o prazo de carência parcialmente cumprido pelo consumidor, coloca o fornecedor em vantagem exagerada, caracterizando conduta iníqua, incompatível com a equidade, consoante disposto no inciso IV e § 1º do art. 51 do Código Consumerista.

Confira-se a ementa do julgado:

Recurso especial. Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual. Prestação de serviço de TV a cabo. Cláusula de fidelização. Cobrança integral da multa de fidelidade independentemente do cumprimento parcial do prazo de carência.

1. A cláusula de fidelização em contrato de serviços de telecomunicação (como o serviço de TV a cabo) revela-se lícita, tendo em vista os benefícios concedidos pelas operadoras aos assinantes que optam por tal pacto e a necessária estipulação de prazo mínimo para a recuperação do investimento realizado.

Precedentes.

2. A referida modalidade contratual tem previsão de cláusula penal (pagamento de multa) caso o consumidor opte pela rescisão antecipada e injustificada do contrato. Tem-se, assim, por escopo principal, o necessário ressarcimento dos investimentos financeiros realizados por uma das partes para a celebração ou execução do contrato (parágrafo único do artigo 473 do Código Civil). De outro lado, sobressai seu caráter coercitivo, objetivando constranger o devedor a cumprir o prazo estipulado no contrato e, conseqüentemente, viabilizar o retorno financeiro calculado com o pagamento das mensalidades a serem vertidas durante a continuidade da relação jurídica programada.

3. Nada obstante, em que pese ser elemento oriundo de convenção entre os contratantes, a fixação da cláusula penal não pode estar indistintamente ao alvedrio destes, já que o ordenamento jurídico prevê normas imperativas e cogentes, que possuem a finalidade de resguardar a parte mais fraca do contrato, como é o caso do artigo 412 do Código Civil (“O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.”).

4. A citada preocupação reverbera, com maior intensidade, em se tratando de contrato de adesão, como o de prestação de serviços de telecomunicações, o que motivou a ANATEL a expedir a Resolução 632/2014, a fim de regular a forma de cálculo da multa a ser cobrada em caso de rescisão antecipada dos contratos com fidelização.

5. O referido regulamento entrou em vigor em 07 de julho de 2014 e, a partir de então, as prestadoras de serviço de TV a cabo (assim como as demais prestadoras de serviços de telecomunicações) são obrigadas a oferecer contratos de permanência aos consumidores - vinculados aos contratos de prestação de serviços com cláusula de fidelização - e a calcular a multa fidelidade proporcionalmente ao valor do benefício concedido e ao período restante para o decurso do prazo mínimo estipulado.

6. Contudo, mesmo antes da vigência do citado normativo, revelava-se abusiva a prática comercial adotada pela prestadora do serviço de TV a cabo, que, até 2011, cobrava a multa fidelidade integral dos consumidores, independentemente do tempo faltante para o término da relação de fidelização.

7. Isso porque a cobrança integral da multa, sem computar o prazo de carência parcialmente cumprido pelo consumidor, coloca o fornecedor em vantagem exagerada, caracterizando conduta iníqua, incompatível com a equidade, consoante disposto no § 1º e inciso IV do artigo 51 do código consumerista.

8. Nesse panorama, sobressai o direito básico do consumidor à proteção contra práticas e cláusulas abusivas, que consubstanciem prestações desproporcionais, cuja adequação deve ser realizada pelo Judiciário, a fim de garantir o equilíbrio contratual entre as partes, afastando-se o ônus excessivo e o enriquecimento sem causa porventura detectado (artigos 6º, incisos IV e V, e 51, § 2º, do CDC), providência concretizadora do princípio constitucional de defesa do consumidor, sem olvidar, contudo, o princípio da conservação dos contratos.

9. Assim, infere-se que o custo arcado pelo prestador do serviço é, efetivamente, recuperado a cada mês da manutenção do vínculo contratual com o tomador, não sendo razoável a cobrança da mesma multa àquele que incorre na quebra do pacto no início do prazo de carência e àquele que, no meio ou ao final, demonstra o seu desinteresse no serviço prestado.

10. Como é cediço no âmbito do direito consumerista, a alegação de boa-fé (culpa) do causador do dano não configura óbice à ampla reparação do consumidor, mas apenas afasta a sanção de repetição em dobro prevista no

parágrafo único do artigo 42 do CDC, nos termos da jurisprudência consagrada pelas Turmas de Direito Privado.

11. Em observado o prazo prescricional quinquenal da pretensão executiva individual, afigurar-se-á hígida a pretensão ressarcitória dos consumidores que, entre 2003 (cinco anos antes do ajuizamento da ação civil pública) e 2011 (período em que a operadora deixou de proceder à cobrança abusiva), foram obrigados a efetuar o pagamento integral da multa fidelidade, independentemente do prazo de carência cumprido.

12. Sopesando-se o valor da cláusula penal estipulada, a relevância da defesa do direito do consumidor e a capacidade econômica da recorrente, afigura-se razoável a redução das *astreintes* para R\$ 500,00 (quinhentos reais), a cada descumprimento da ordem exarada na tutela antecipada, o que deverá ser objeto de apuração em liquidação de sentença.

13. Por critério de simetria, a parte vencida na ação civil pública movida pelo Ministério Público não deve ser condenada ao pagamento de honorários advocatícios. Precedentes.

14. Recurso especial parcialmente provido apenas para reduzir a multa cominatória para R\$ 500,00 (quinhentos reais) por descumprimento comprovado da determinação judicial exarada em tutela antecipada e afastar a condenação da parte vencida ao pagamento de honorários advocatícios em favor do *parquet*.

(REsp 1.362.084/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 16/05/2017, DJe 01/08/2017)

5. Diante desse quadro, penso que, no caso sob exame, impende reconhecer a impossibilidade de manutenção das condições expressas no *item 8.3.1.6* do contrato de serviços, que prevê como penalidade para o consumidor desistente a *perda total* dos valores pagos.

8.3.1.6 - Cancelamento com menos de 48 horas, "no show", desistência total ou parcial dos serviços por iniciativa dos passageiros não dará direito a nenhuma devolução.

É evidente que o cancelamento com prazo tão exíguo à execução do contrato causa transtornos à operadora. Mas é bem verdade que, ainda assim, poderá ser acionado outro pretendente para ocupar o lugar do desistente, e, ademais, as operadoras de turismo têm condições de cancelamento privilegiadas com as companhias aéreas e hotéis.

Ainda, não fossem esses argumentos suficientes para o afastamento da cláusula referida, parece claro que o não cumprimento da avença pelo consumidor, nos casos de contratos como o da espécie, é perfeitamente previsível

e, portanto e, por óbvio, considerado no cálculo dos preços daquele serviço, consistindo em risco do negócio, cuja transferência total ao consumidor é providência inconcebível.

Noutro giro, resta verificar a procedência da alegação de abusividade quanto às demais cláusulas objeto de discussão, que prevêm multa de 25% (vinte e cinco por cento) e 50% (cinquenta por cento) ao consumidor que cancela a prestação do serviço contratado.

No que respeita à verificação da razoabilidade dos valores operados a título de cláusula penal e a operacionalização de sua redução, quando necessário, confira-se o teor do Enunciado 359 do CJF:

Enunciado 359

A redação do art. 413 do Código Civil não impõe que a redução da penalidade seja proporcionalmente idêntica ao percentual adimplido.

Comentando o disposto acima, Flávio Tartuce ensina:

Segundo o seu proponente, Jorge Cesa Ferreira da Silva:

“A pena deve ser reduzida equitativamente. Muito embora a ‘proporcionalidade’ faça parte do juízo de equidade, ela não foi referida no texto e tal circunstância não é isenta de conteúdo normativo. Ocorre que o juízo de equidade é mais amplo do que o juízo de proporcionalidade, entendida esta como ‘proporcionalidade direta’ ou ‘matemática’. Assim, por exemplo, se ocorreu adimplemento de metade do devido, isso não quer dizer que a pena prevista deve ser reduzida em 50%. Serão as circunstâncias do caso que determinarão. Entrarão em questão os interesses do credor, não só patrimoniais, na prestação, o grau de culpa do devedor, a situação econômica deste, a importância do montante prestado, entre outros elementos de cunho valorativo.”

Filia-se ao teor do enunciado doutrinário, pois o que fundamenta o art. 413 do CC é realmente a razoabilidade e não a estrita proporcionalidade matemática.

(TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, p. 417)

No caso, parece claro que “...entre outros elementos de cunho valorativo” está a relação de consumo estampada pelo pacto objeto deste debate, a denunciar a existência de partes contratantes em desigualdade de forças.

Nesse passo, tenho que não prospera o fundamento posto na sentença e acórdão no sentido de que a cláusula penal, nos termos em que fixada, não pode ser afastada, por não se saber ao certo o valor do prejuízo experimentado pela

agência de turismo e que em alguns casos os prejuízos podem ser integrais. Isto porque, a concluir nessa linha, conforme dito alhures, estar-se-ia transferindo ao consumidor, de forma absurda, todo risco do negócio, situação que dispensa juízo profundo para concluir-se por equivocado.

Deveras, não demanda empenho a conclusão de que, mantida a cláusula penal compensatória, nos moldes originalmente previstos, a situação que se preserva é flagrantemente abusiva e configura verdadeiro enriquecimento sem causa da agência de turismo.

A pré-fixação de perdas e danos em percentual de 100% (cem por cento), por razões óbvias, não estimula as empresas de turismo a disponibilizar o serviço que comercializam a outros eventuais interessados (liberar a companhia aérea e o hotel, por exemplo, da reserva realizada), ou a definir uma política compensatória com os demais parceiros comerciais com o escopo de atenuar ou até mesmo responder por eventuais custos administrativos advindos da desistência do consumidor.

Mantendo-se a perda total das quantias pagas, basta a inércia da agência de turismo para que ela mantenha a equação econômico-financeira original do contrato e isso sem que tenha de oferecer sua contraprestação. Note-se o desequilíbrio: a agência, de um lado, mantém o lucro da operação sem que tenha de cumprir a sua prestação, e o consumidor, de outro lado, remunera o serviço que não é por ele fruído.

6. Anoto, ademais, que o percentual pleiteado pela recorrente encontra amparo na Deliberação Normativa n. 161/1985, editada pela Diretoria da Instituto Brasileiro de Turismo – EMBRATUR, em consideração à necessidade de regular o relacionamento comercial entre as agências de turismo e seus usuários, nas operações de viagens e excursões turísticas.

Dessarte, a Deliberação n. 161 tratou de regulamentar minuciosamente as relações entre usuário e agências e dedicou capítulo específico de sua redação às condições e procedimentos de cancelamento do serviço por iniciativa tanto da empresa, quanto do consumidor viajante.

Confira-se abaixo o item 8 da normatização, no ponto que de perto nos interessa:

Condições Gerais (Modelo de uso obrigatório, para todas as agências de turismo que operem ou vendam excursões)

8 - *Procedimentos decorrentes do cancelamento, parcial ou total, do contrato ou acordo para a realização de viagem ou excursão (excluídos os casos fortuitos e de força maior admitidos na legislação)*

8.1 - *Antes do início do programa:*

8.1.2 - *Por iniciativa do usuário:*

a) o usuário devera providenciar, em tempo hábil, sua substituição por outro participante, nas mesmas condições contratadas e, no caso de não haver contratado apartamento individual, de igual sexo; ou

b) acordar com a agência sua participação em outro programa, de qualquer tipo de entendimento que satisfaça ambas as partes; ou

c) *não sendo viável a aplicação das hipóteses anteriores, perda, em favor da agência, dos seguintes percentuais sobre o preço da excursão excetuada a parte aérea:*

c.1 - 10% - cancelamento a mais de 30 dias antes do início da excursão;

c.2 - 20% - cancelamento entre 30 e 21 dias antes do início da excursão;

- percentuais superiores aos acima referidos, desde que correspondentes a gastos efetivamente comprovados pela agência perante a EMBRATUR, efetuados em decorrência da desistência do usuário - cancelamento a menos de 21 dias antes do início da excursão.

(http://www.embratur.gov.br/piembratur-new/opencms/galerias/1843_1611985.pdf)

Com efeito, o que se extrai da regulamentação posta pelo Instituto Brasileiro de Turismo é que percentuais sobre o preço da excursão, perdidos em favor da agência pelo contratante, superiores aos 20%, não podem ser arbitrariamente inseridos no contrato de adesão, tendo em vista a condicionante imposta pelo órgão regulador, consistente na comprovação dos prejuízos a serem ressarcidos, sob pena de a multa aplicada significar a assunção do risco do negócio pelo usuário.

Nessa linha, percebe-se que importantes empresas do ramo de serviços turísticos ajustaram seus contratos à realidade ditada a partir do reconhecimento e consolidação dos direitos do consumidor.

A título de exemplo, refiro a empresa CVC Viagens - lembrada, por força de permanente propaganda em veículos de comunicação, quando o assunto em pauta é a contratação de pacotes turísticos. Analisando o contrato disponibilizado pela empresa em sua página da *internet*, obtém-se as seguintes informações acerca de sua política de cancelamentos:

4.2.3. Caso o **contratante** opte pela Rescisão do contrato, haverá a aplicação das penalidades a seguir a título de multa:

8 (oito) dias ou mais de antecedência da data do início da viagem = 10% (dez por cento)

de 1 (um) a 7 (sete) dias de antecedência da data do início da viagem = 20% (vinte por cento)

4.2.4. Aplicando-se a cláusula 4.2.5., caso ocorra o Não Comparecimento, o **contratante** poderá a sua escolha optar (a) pela remarcação de datas/destinos/características dos serviços turísticos contratados ou (b) pelo reembolso.

4.2.5. Havendo o Não Comparecimento, serão aplicadas as seguintes penalidades:

Se o **contratante** optar pela remarcação dos serviços turísticos prevista na cláusula 4.2.4 (a) acima = 20% (vinte por cento);

Se o **contratante** optar pelo reembolso previsto na cláusula 4.2.4 (b) acima = 30% (trinta por cento).

4.2.6. Existindo reembolso, conforme as hipóteses acima, as penalidades serão abatidas do montante a ser reembolsado.

(Fonte: <http://www.cvc.com.br/area-do-cliente/condicoes-gerais/index.aspx>)

Ressalte-se, como reforço de argumentação, normatização emanada da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, *Portaria n. 3, de 15 de março de 2001*, que acrescentou ao elenco de cláusulas abusivas relativas ao fornecimento de produtos e serviços, constantes do art. 51 da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, levando-se em conta que decisões judiciais, decisões administrativas de diversos PROCONs, e entendimento do Ministério Público já as pacificam como abusivas as cláusulas a seguir enumeradas:

3. imponha a perda de parte significativa das prestações já quitadas em situações de venda a crédito, em caso de desistência por justa causa ou impossibilidade de cumprimento da obrigação pelo consumidor;

A norma reproduzida veio se juntar a outras já editadas pela mesma Secretaria de Direito Econômico, para reiterar a intenção de normas já existentes, publicadas por meio da Portaria n. 4, de 13 de março de 1998. Confira-se o teor da cláusula considerada abusiva pela Portaria n. 4:

5. estabeleçam a perda total ou desproporcionada das prestações pagas pelo consumidor, em benefício do credor, que, em razão de desistência ou inadimplemento, pleitear a rescisão ou resolução do contrato, ressalvada a cobrança judicial de perdas e danos comprovadamente sofridos;

6. estabeleçam sanções, em caso de atraso ou descumprimento da obrigação, somente em desfavor do consumidor;

7. No caso ora em julgamento, por qualquer ângulo, penso ser imperioso o reconhecimento da abusividade da cláusula penal que fixa percentuais de multa que ultrapassem 20% (vinte por cento) do valor pago pelo serviço contratado, com o escopo de evitar o desequilíbrio da relação obrigacional, em que o devedor suporta unilateralmente os riscos de descumprimento contratual, transferindo-se à parte hipossuficiente os riscos negociais, conferindo vantagens excessivas a uma das partes e certo de que as cláusulas contratuais em uma relação de consumo não podem violar a igualdade substancial preconizada constitucionalmente.

De outra parte, examinando as manifestações apresentadas pelos interessados, sumamente reproduzidas acima, percebe-se que não houve, por parte destas empresas do setor, a indispensável comprovação das alegações apresentadas, objetivo maior da convocação realizada pela Quarta Turma.

Destarte, tanto CLIA *Abremer Brasil*, quanto SINDETUR/SP e ABAV *Nacional* se limitaram a apresentar suas alegações, sem, no entanto, juntar aos autos qualquer documento que fundamentasse o que afirmaram, nem sequer apontaram um instrumento normativo capaz de confirmar suas assertivas.

Cumpre salientar, uma vez mais, que a alegação no sentido de que as empresas de turismo apenas prestam o serviço de intermediação entre o consumidor e as empresas que, de fato, realizam o objeto do contrato de pacote turístico, não é, a meu ver, capaz de, por si só, fundamentar as multas cobradas pela desistência da compra do “pacote”.

É que, na verdade, esse fato apenas corrobora a constatação de que as empresas de turismo, com a cobrança das penalidades, transferem aos consumidores todo os ônus do serviço que prestam, providência veementemente condenada pelo Código do Consumidor. A forma como argumentam faz parecer que estariam prestando um favor aos consumidores com a intermediação proclamada e não sendo remuneradas por isso.

É bem de ver que, tendo em vista a indiscutível complexidade do mercado, marcado pela multiplicidade de atividades que compõem o serviço oferecido por empresas como a ora recorrida, considerou-se prudente a oitiva dos sujeitos envolvidos, direta ou indiretamente, para que desvendassem as nuances da prestação desse serviço, colaboração que, de fato, não ocorreu. As petições não passaram, a meu ver, de expressa irresignação aos pedidos da recorrente, *sem*

qualquer tentativa de objetivação de suas alegações, ou de explicação técnica quanto às operações realizadas no dia a dia das empresas.

Em parecer ofertado às fls. 534-544, após a juntada das petições referidas, o Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso especial.

De fato, reconheceu, entre os exemplos de cláusulas reputadas como abusivas, que o CDC estabelece que será nula, de acordo com art. 51, a cláusula contratual que: (I) subtrair ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga; (II) estabelecer obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou que sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

Ponderou, no que se refere à abusividade da cláusula que veda o reembolso, que o fundamento da previsão é a máxima de *vedação do enriquecimento sem causa*, retirada do atual Código Civil (arts. 884 a 886) e que o § 1º do art. 51 prevê alguns parâmetros exemplificativos a respeito do conteúdo de uma cláusula tida como exagerada, a colocar o consumidor em posição em desvantagem, presumindo-se como tal, entre outros casos, a disposição que:

- a) ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;
- b) restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;
- c) se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

Acrescentou, que, entre os serviços prestados pela recorrida, conforme disposição estatutária, está o transporte de pessoas e que referido contrato é regulamentado no Código Civil, em seus arts. 734 a 742, não excluindo, essa constatação, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista que, de acordo com a teoria do diálogo das fontes, as normas jurídicas não se excluem – supostamente porque pertencentes a ramos jurídicos distintos –, mas se complementam. Aduziu, nesse ponto:

Nessa diretriz, dispõe o artigo 740 do Código Civil que o passageiro tem direito a rescindir o contrato de transporte antes de iniciada a viagem, sendo-lhe devida a restituição do valor da passagem, desde que feita a comunicação ao transportador em tempo de ser renegociada. Ato contínuo, estabelece parágrafo terceiro do supracitado dispositivo que o *transportador terá direito de reter até cinco por cento da importância a ser restituída ao passageiro, a título de multa compensatória.*

Conclui, nessa linha, que, diante da imposição genérica de *justiça contratual* prevista no Código Civil e da *vedação às cláusulas abusivas* no âmbito das relações de consumo, o valor da multa contratual estabelecido em, no mínimo, $\frac{1}{4}$ (um quarto) sobre o montante pago pelo pacote de turismo é flagrantemente abusivo.

Sustentou o *Parquet* que:

1) seja limitada a multa compensatória nos contratos de viagem firmados pela recorrente, consubstanciados tão somente na venda de bilhetes, ao disposto no artigo 740, § 3º do Código Civil, referente ao *percentual de 5% sobre o valor do bilhete comercializado*;

2) a limitação da cláusula penal nos contratos de pacote de turismo ao montante de *20% sobre o valor do contrato*.

8. Cabe salientar, como reforço de argumentação, que a Terceira Turma deste Sodalício, em julgamento ocorrido em agosto de 2018, decidiu, no rumo das ideias expostas no voto proferido por este relator, que a cobrança da multa penitencial, tal qual a prevista no recurso sob análise, aliás, em caso de veras semelhante, deveria ter como patamar máximo 20% (vinte por cento) dos valores pagos pelo pacote turístico *desistido*, quando do exercício da desistência, com a possibilidade da cobrança de valores superiores, quando existente prova de efetivos gastos irrecuperáveis.

Destarte, no voto proferido pela ilustre Ministra Nancy Andrighi, acompanhado pelos demais membros da Terceira Turma, reconheceu-se como um dos princípios regentes do direito contratual o *princípio da obrigatoriedade*, segundo o qual, uma vez celebrado, o contrato deve ser cumprido nos exatos termos definidos pelo exercício da vontade livre dos contratantes.

No entanto, com a mesma importância, estabeleceu-se, no rumo do que diz a doutrina, que tanto “a rescindibilidade pelo arrependimento, são próprios dos contratos” e que “nenhum contrato pode ser considerado irrevocável”.

Seguindo por esse raciocínio, o voto condutor pontuou a possibilidade de *mitigação* dos princípios da força obrigatória e da intangibilidade dos contratos, pela lei ou pelo próprio exercício da autonomia da vontade dos contratantes, tendo em vista o **direito de rescisão**, *que como regra, não é gratuita, atribui-se-lhe uma contraprestação, “um preço ao exercício desse direito de arrependimento, correspondente à previsão de uma compensação pecuniária”*.

Nessa linha, o julgamento aqui comentado concluiu, conforme penso, aliás, que o valor correspondente ao exercício do direito à rescisão unilateral do contrato fica sim submetido à autonomia da vontade dos contratantes, *mas o exercício dessa liberdade contratual não é ilimitado, estando balizado pela boa-fé objetiva e a função social do contrato a ser resiliado.*

Confira-se trecho elucidativo do voto, a merecer transcrição:

Esses limites da boa-fé objetiva e da função social do contrato são disciplinados de modo expresso no art. 473, parágrafo único, do CC/02, o qual versa sobre o direito de rescisão unilateral decorrente de expressa ou implícita permissão legal, relacionado, via de regra, aos contratos de execução continuada firmados por tempo indeterminado.

(...)

Tendo esses aspectos em vista, os prejuízos a serem considerados para a fixação do referido prazo mínimo para exercício temporâneo da rescisão unilateral são apenas *aqueles que excedam a normalidade da natureza do negócio estabelecido, de modo algum alcançando o lucro esperado pelo contratante ou mesmo o risco inerente a qualquer negócio jurídico.*

Com efeito, o ordenamento não tutela as concretas expectativas de lucro que cada operador coloca na troca contratual, pois:

[...] a simples constatação de que a operação da qual o contraente esperava lucros lhe causou, ao invés, perdas, não basta certamente, de *per si*, para suscitar uma reação do direito em sua tutela, visto que se orienta pelo princípio de que um certo grau de risco é indissociável de qualquer contrato, como de qualquer iniciativa econômica, e que todo contraente o deve assumir. Assegurando o respeito pelas regras do jogo de mercado, o ordenamento garante, sobretudo aos operadores, a abstracta possibilidade do lucro; garante, genericamente, as premissas e as condições formais de obtenção do mesmo. (ROPPO, Enzo. O contrato. Coimbra: Almedina, 2009, p. 225, sem destaque no original)

Ademais, “os investimentos, para servirem de causa à eficácia do parágrafo único do art. 473, CC, devem ser irrecuperáveis, já que a possibilidade de reversão de seu uso para outra atividade, ou o fato da parte possuir outros parceiros comerciais cuja atividade possa ser desenvolvida em função dos investimentos realizados, ou, ainda, sua fácil alienação e conversão em dinheiro, não permitiram a extensão do vínculo contratual” (BONINI, Paulo Rogério. Rescisão contratual: relações civis-empresariais: interpretação do art. 473, parágrafo único, CC: consequências do exercício da rescisão unilateral: indenização x prolongamento do contrato. Escola Paulista da Magistratura (EPM). Cadernos Jurídicos, São Paulo, v. 16, n. 39, p. 191-199, jan./mar. 2015, sem destaque no original).

O parágrafo único do art. 473 do CC/02 oferece, portanto, subsídios para a definição analógica, por meio da aplicação da boa-fé objetiva e da função social do contrato, dos limites ao exercício da autonomia da vontade dos contratantes de preverem a multa penitencial para a previsão contratual de rescisão unilateral.

Esses limites devem, assim, corresponder: a) aos investimentos irrecuperáveis – assim entendidos aqueles que não possam ser reavidos pela cessão do objeto do contrato a terceiros – realizados pelo contratante inocente; b) aos prejuízos extraordinários, que não alcançam a expectativa de lucro e não envolvem a assunção dos riscos do negócio pelo contratante desistente, pois perdas financeiras fazem parte da própria álea negocial; e c) ao prazo do exercício do direito potestativo – que deve ser hábil à recuperação dos citados valores pelo contratante subsistente.

A preclara julgadora ressaltou, ademais, a possibilidade, dita inclusive pela jurisprudência desta Corte, de *redução equitativa da multa contratual, quando seu valor for manifestamente excessivo*, “com vistas a reestabelecer o equilíbrio contratual entre as partes, evitando-se o enriquecimento sem causa do credor da quantia”, dada a aplicação “por analogia, o disposto no art. 413 do Código Civil, que determina ao juiz, à luz dos princípios da função social do contrato, da boa-fé objetiva e da dignidade da pessoa humana, a redução da penalidade nitidamente abusiva (REsp n. 1.669.002/RJ, Terceira Turma, DJe 02/10/2017)”.

Por fim, destacou aquele colegiado a possibilidade de verificação da iniquidade das cláusulas contratuais questionadas, de imediato, no âmbito coletivo, devendo apenas a delimitação dos valores correspondentes a cada situação específica, no entanto, ser realizada nas ações individuais de cumprimento da sentença coletiva genérica.

Assim sendo, a Terceira Turma, no julgamento referido, de forma acertada, a meu ver, reconheceu a abusividade da citada multa penitencial, restabelecendo o equilíbrio contratual, por meio da fixação de patamares mais adequados à boa-fé objetiva e à função social do contrato em questão.

Confira-se a ementa do acórdão:

Recurso especial. Ação coletiva de consumo. Contrato. Turismo. Rescisão unilateral. Previsão expressa. Multa penitencial. Valor. Parâmetros. Arts. 413 e 473, parágrafo único, do CC/02. Aplicação analógica. Equilíbrio contratual. Restauração. Arts. 6º V, 39, V, 51, IV e XV, do CDC. Abusividade. Reconhecimento.

1. Cuida-se de ação coletiva de consumo por meio da qual se questiona a abusividade de cláusula contratual que impõe aos consumidores a cobrança de multa de 25 a 100% nos casos de cancelamento da viagem, pacote ou do serviço turístico contratado.

2. Recurso especial interposto em: 12/09/2014. Conclusos ao gabinete em: 25/08/2016. Aplicação do CPC/73.

3. O propósito recursal é determinar se a multa penitencial, relativa ao exercício do direito de rescisão unilateral previsto contratualmente em favor do consumidor, pode ser revista por aplicação das normas do CDC e se seu valor, fixado entre 25% a 100% do valor contratado, é abusivo.

4. Segundo o princípio da obrigatoriedade ou da força obrigatória dos contratos, o contrato deve ser cumprido nos exatos termos definidos pelo exercício da vontade livre dos contratantes, razão pela qual, pela regra da intangibilidade, não se permite a revogação unilateral ou a alteração das cláusulas contratuais, o que somente pode ocorrer mediante novo concurso de vontades.

5. No entanto, os contratantes podem, no exercício da autonomia da vontade, prever expressamente o direito à rescisão unilateral, ou arrependimento, o qual constitui direito potestativo - um poder a ser exercido por qualquer dos contratantes independentemente do consentimento da outra parte - que não acarreta o descumprimento do contrato.

6. Como contraprestação ao exercício do direito de rescisão, as partes estipulam, em regra, uma multa penitencial, a qual confere ao devedor o direito de optar entre cumprir a obrigação assumida ou desvincular-se dela, mediante o pagamento do valor da multa pactuada.

7. O valor correspondente ao exercício do direito à rescisão unilateral do contrato fica submetido à autonomia da vontade dos contratantes, mas o exercício dessa liberdade contratual não é ilimitado, pois balizado pela boa-fé objetiva e a função social do contrato a ser resiliado. 8. Os limites ao exercício da autonomia da vontade dos contratantes podem ser inferidos, por analogia, do parágrafo único do art. 473 do CC/02, ficando o valor da multa penitencial vinculado a: a) os investimentos irrecuperáveis - assim entendidos aqueles que não possam ser reavidos pela cessão do objeto do contrato a terceiros - realizados pelo contratante inocente; b) os prejuízos extraordinários, que não alcançam a expectativa de lucro e não envolvem a assunção dos riscos do negócio pelo contratante desistente, pois perdas financeiras fazem parte da própria álea negocial; e c) o prazo do exercício do direito potestativo - que deve ser hábil à recuperação dos citados valores pelo contratante subsistente.

8. O valor da multa contratual pode ser revisto em juízo, com vistas a reestabelecer o equilíbrio contratual entre as partes, evitando-se o enriquecimento sem causa do credor da quantia, por aplicação analógica do art. 413 do CC/02. Precedentes.

9. Além da proteção do CC/02, é direito básico do consumidor a proteção contra práticas e cláusulas abusivas, que consubstanciem prestações desproporcionais, cuja adequação deve ser realizada pelo Judiciário, a fim de evitar a lesão, o abuso do direito, as iniquidades e o lucro arbitrário.

10. Na hipótese em exame, o valor da multa penitencial, de 25 a 100% do montante contratado, transfere ao consumidor os riscos da atividade empresarial desenvolvida pelo fornecedor e se mostra excessivamente onerosa para a parte menos favorecida, prejudicando o equilíbrio contratual.

11. É equitativo reduzir o valor da multa aos patamares previstos na Deliberação Normativa n. 161 de 09/08/1985 da EMBRATUR, que fixa o limite de 20% do valor do contrato às desistências, condicionando a cobrança de valores superiores à efetiva prova de gastos irrecuperáveis pela agência de turismo.

12. Na hipótese em tela, o contrato estabelece o início da cobrança da multa penitencial no 29º dia anterior ao início da viagem, devendo, assim, ser reduzido a 20% o percentual máximo de referida multa pelo exercício da desistência a partir do referido marco temporal, com o condicionamento da cobrança de valores superiores à prova de efetivos gastos irrecuperáveis.

13. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1.580.278/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 21/08/2018, DJe 03/09/2018)

9. Ante todo o exposto, dou parcial provimento ao recurso especial para fixar em 20% (vinte por cento) o percentual máximo a ser estabelecido em cláusula penal nos contratos de prestação de serviços de turismo oferecidos pela recorrida, sob pena de multa devida ao consumidor, equivalente ao dobro do que for cobrado indevidamente. Ônus de sucumbência pela requerida, e, levando-se em consideração os parâmetros previstos nos §§ 3º e 4º do art. 20 do CPC, fixo os honorários advocatícios em R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.647.452-RO (2017/0004605-8)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Recorrente: Banco do Brasil SA

Advogados: Servio Tulio de Barcelos - RO006673

Jose Arnaldo Janssen Nogueira - RO006676

Recorrido: Maycon Jhonatan Sales Vieira

Advogados: Dilney Eduardo B Alves - RO000301B

Eurianne de Souza Passos Barrionuevo Alves - RO003894

EMENTA

Recurso especial. Responsabilidade civil objetiva. Limite de tempo de espera em fila de banco estabelecido por lei local. Relação de consumo. Obrigação de indenizar. Exurgimento. Constatação de dano. Necessidade. Sentido vulgar e sentido jurídico. Confusão. Descabimento. Fato *contra legem* ou *contra jus*. Circunstâncias não decisivas. Uso do instituto da responsabilidade civil com o fito de punição e/ou melhoria do serviço. Ilegalidade. Dano moral. Lesão a direito da personalidade. Imprescindibilidade. Aborrecimento, contratempo e mágoa. Consequência, e não causa. Implantação da política nacional das relações de consumo. Ação governamental.

1. Os arts. 186 e 927 do CC estabelecem que aquele que, por ação ou omissão, causar efetivamente dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, ficará obrigado a repará-lo. Para caracterização da obrigação de indenizar o consumidor não é decisiva a questão da ilicitude da conduta ou de o serviço prestado ser ou não de qualidade, mas sim a constatação efetiva do dano a bem jurídico tutelado, não sendo suficiente tão somente a prática de um fato *contra legem* ou *contra jus* ou que contrarie o padrão jurídico das condutas.

2. Como bem adverte a doutrina especializada, constitui equívoco tomar o dano moral em seu sentido natural, e não no jurídico, associando-o a qualquer prejuízo economicamente incalculável, como figura receptora de todos os anseios, dotada de uma vastidão tecnicamente insustentável, e mais comumente correlacionando-o à dor, ao sofrimento e à frustração. Essas circunstâncias não correspondem ao seu sentido jurídico, a par de essa configuração ter o nefasto efeito de torná-lo sujeito a amplo subjetivismo do magistrado.

3. Com efeito, não é adequado ao sentido técnico-jurídico de dano a sua associação a qualquer prejuízo economicamente incalculável, como caráter de mera punição, ou com o fito de imposição de melhoria de qualidade do serviço oferecido pelo suposto ofensor, visto que o art. 944 do CC proclama que a indenização mede-se pela extensão do dano efetivamente verificado.

4. O art. 12 do CC estabelece que se pode reclamar perdas e danos por ameaça ou lesão a direito da personalidade, sem prejuízo de

outras sanções previstas em lei. Dessarte, o direito à reparação de dano moral exsurge de condutas que ofendam direitos da personalidade, bens tutelados que não têm, *per se*, conteúdo patrimonial, mas extrema relevância conferida pelo ordenamento jurídico.

5. A espera em fila de banco, supermercado, farmácia, e em repartições públicas, dentre outros setores, em regra, é mero desconforto que não tem o condão de afetar direito da personalidade, isto é, interferir intensamente no equilíbrio psicológico do consumidor do serviço (saúde mental).

6. O art. 4º, II, do CDC estabelece que a Política Nacional das Relações de Consumo implica ação governamental para proteção ao consumidor, sendo que, presumivelmente, as normas municipais que estabelecem tempo máximo de espera em fila têm efeito de coerção, prevendo a respectiva sanção (multa), que caberá ser aplicada pelo órgão de proteção ao consumidor competente, à luz de critérios do regime jurídico de Direito Administrativo.

7. Recurso especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira (Presidente) e Marco Buzzi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 26 de fevereiro de 2019 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

DJe 28.3.2019

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Maycon Jhonatan Sales Vieira ajuizou ação em face de Banco do Brasil S.A., afirmando que é advogado e que, em 12/3/2015, teve que abandonar seus afazeres para recadastrar seu celular na

agência bancária do réu a fim de poder realizar movimentações financeiras em sua conta. Assevera que chegou às 12h20, mas só veio a ser atendido às 14h32, após 2 horas e 12 minutos de espera.

Argumenta que a Lei Municipal de Ji-Paraná n. 1.493/2006 e a Lei Estadual de Rondônia n. 1.399/2014 estabelecem o prazo máximo de 30 minutos para atendimento e que, mesmo com as condenações, o demandado não tem melhorado a qualidade do seu atendimento, deixando de abrir mais agências, pois as condenações estão baixas.

Requer compensação por danos morais no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

O Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Ji-Paraná julgou improcedente o pedido formulado na inicial.

Interpôs o autor apelação para o Tribunal de Justiça de Rondônia, que deu provimento ao recurso e fixou a indenização de R\$ 1.000,00 por dano moral.

A decisão tem a seguinte ementa:

Fila de banco. Tempo de espera. Excesso. Lei municipal.

Dano moral.

A espera por atendimento em fila de banco, quando ultrapassa o período de duas horas, é reconhecida faticamente como provocadora de sofrimento moral e enseja condenação por dano moral, cuja indenização será fixada consoante os critérios da razoabilidade e proporcionalidade.

Sobreveio recurso especial da ré, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea *a*, da Constituição Federal, sustentando violação aos arts. 186, 188 e 927 do CC e 6º do CDC.

Afirma o recorrente ser instituição financeira séria, idônea, com nome e marca diretamente ligados à história do país, agindo nos estritos limites da normatização pertinente às suas atividades.

Pondera que sua conduta pauta-se no exercício regular de um direito reconhecido e que não houve nenhum dano moral ocasionado ao recorrido, pois não há ofensa a uma norma preexistente, erro de conduta, dano ou nexo de causalidade.

Assinala que, mesmo que o autor da ação tivesse aguardado atendimento na fila pelo tempo que afirma, isso jamais seria suscetível de ocasionar dano moral.

Obtempera que não há falar em inversão do ônus da prova, pois o recorrente poderia ter produzido prova do atraso no atendimento, e que o suposto fato de ter permanecido na fila de banco aguardando atendimento não passa de aborrecimento, constituindo mera irregularidade administrativa.

Acena que se trata da “nascente indústria das indenizações por danos morais”, com finalidade de enriquecimento sem causa, pois mero dissabor não ocasiona dano moral. Além disso, não houve desdobramento capaz lesar a dignidade da pessoa humana, e o simples descumprimento de dever legal ou contratual, por caracterizar mero aborrecimento, em princípio, não configura dano moral.

Alega que a fixação de tempo máximo é de difícil execução pelos bancos, pois não se pode antever o dia em que clientes apresentarão inúmeros documentos para depósito ou pagarão conta se valendo de moedas, sendo que até mesmo um cliente solitário e carente de atenção pode demandar mais tempo de atendimento que o usual.

Assevera que a regulamentação imposta pelo Estado e por entidades de defesa do consumidor nem sequer é isonômica, pois dirige-se discriminatoriamente apenas às atividades bancárias, excluindo-se de regramento similar às atividades de supermercados, concessionárias de serviços públicos, cartórios judiciais, aeroportos, casas de espetáculos, postos de saúde, hospitais.

Sustenta que o *quantum* indenizatório - que aponta ter sido arbitrado em R\$ 25.000,00 - é excessivo.

Não houve oferecimento de contrarrazões.

O recurso especial foi admitido.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 2. Anoto, inicialmente, que não consta nas decisões proferidas pelas instâncias ordinárias que tenha havido inversão do ônus da prova.

Está expresso na sentença que houve juntada de senha de atendimento para demonstração do tempo de espera e impugnação a esse documento.

Outrossim, embora um dos Desembargadores da Corte local tenha mesmo arbitrado a reparação por danos morais no montante de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), é bem de ver que, quanto ao ponto, prevaleceu o arbitramento em R\$ 1.000,00 (mil reais).

Com efeito, são incompreensíveis essas teses recursais, circunstância que atrai a incidência da Súmula n. 284/STF.

3. No entanto, ressalvada a competência privativa da União para legislar sobre direito civil (responsabilidade civil), consoante precedentes do STF, os municípios têm competência para legislar sobre tema de direito do consumidor relacionado ao tempo máximo de espera em fila, razão pela qual é inadequada a presente via para impugnação de dispositivo de lei local que, segundo o recorrente, confere tratamento discriminatório contra suas atividades bancárias, excluindo-se todas as demais atividades albergadas pelo CDC da mesma obrigação.

Note-se:

Agravo regimental em recurso extraordinário. Competência de município para legislar sobre atividade bancária. Interesse local. Possibilidade. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o RE 610.221, da relatoria da ministra Ellen Gracie, reconheceu a repercussão geral da controvérsia sobre a competência dos Municípios para legislar sobre o tempo máximo de espera de clientes em filas de instituições bancárias. Na oportunidade, esta nossa Casa de Justiça reafirmou a jurisprudência, no sentido de que os Municípios possuem competência para legislar sobre assuntos de interesse local, tais como medidas que propiciem segurança, conforto e rapidez aos usuários de serviços bancários. 2. Agravo regimental desprovido. (RE 254.172 AgR, Relator(a): Min. Ayres Britto, Segunda Turma, julgado em 17/05/2011, DJe-183 divulg 22/09/2011 public 23/09/2011 Ement vol-02593-01 pp-00063)

4. A principal e única questão controvertida a ser dirimida no presente recurso consiste em saber se a demora em fila para atendimento bancário tem o condão de lesar interesse existencial juridicamente tutelado a ensejar reparação por dano moral.

Para melhor compreensão da controvérsia, a sentença anotou:

Dispões o artigo 186 do Código Civil, sobre o pedido de indenização por danos morais, que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

O contido no citado dispositivo leva-nos a conclusão de que não basta praticar um ato ilícito para decorrer imediatamente a consequência do dever de indenizar. Com efeito, deve ficar devidamente comprovado a existência e extensão de um dano, para se sustentar a pretensão condenatória.

Um pleito indenizatório, quando de sua apreciação, está sujeito a verificação dos elementos necessários à constituição do dever de indenizar, quais sejam, a ação ou omissão, o resultado e o nexo causal, a fim de se comprovar a ocorrência de um ato ilícito, posto que se cuida de responsabilidade objetiva a presente ação.

Destarte, para fazer jus à indenização por danos morais, deve o requerente supostamente lesado comprovar que a ofensa moral atingiu sua auto-estima, sua dignidade e sua integridade pessoal pois, nos termos do artigo 333, I, Código de Processo Civil, incumbe ao autor o ônus da prova constitutiva de seu direito, que é regra de julgamento.

Assim, analisando as provas juntadas aos autos, denota-se que o requerente não sofreu ofensa moral que tenha abalado a sua auto-estima, dignidade ou integridade pessoal, pois, nos termos do artigo 333, I, do Código de Processo Civil, incumbe ao autor o ônus da prova constitutiva de seu direito, que é regra de julgamento.

Assim, analisando as provas juntadas aos autos, denota-se que o requerente não sofreu ofensa moral que tenha abalado a sua auto-estima, dignidade ou integridade pessoal, tratando-se as consequências dos fatos expostos mero dissabor, pois não atendido pelo requerido de pronto, uma vez que haviam pessoa em sua frente que, de igual forma, aguardavam o atendimento.

O fato de o consumidor aguardarem fila de instituição bancárias por período superior ao previsto em lei municipal ou estadual, por si só, não acarreta dano moral.

O acórdão recorrido, por seu turno, dispôs:

Em suas razões, narra ter permanecido por duas horas e doze minutos aguardando atendimento por um dos atendentes do banco apelado, dada a necessidade de atendimento pessoal, e que tal situação consiste em violação ao Código de Defesa do Consumidor e ao disposto na Lei Municipal 1.493/2006 e a Lei Estadual n. 1.399/2014, as quais estabelecem o tempo máximo de espera de 30 minutos, o que caracteriza o dever de indenizar, diante do abalo moral sofrido em decorrência da má prestação do serviço.

[...]

Consta dos autos que, em 12/03/2015, às 12h20min, o apelante compareceu a uma das agências do banco apelado para realizar transações bancárias, permanecendo na fila de atendimento até as 14h32min, ou seja, aguardou mais de duas horas para ser atendido.

Pontuo, de início, que meu entendimento quanto à matéria apresentada, é de que a simples infringência da Lei Municipal ou Estadual, por si, não é capaz de gerar dano moral. Isso porque considero que a espera para atendimento bancário, além do prazo estipulado legalmente, não implica constrangimento que viole a esfera pessoal da parte de forma presumida, sendo necessário, a meu ver, provar que o tempo excessivo causou dissabores além do contratempo cotidiano da vida comum.

Destaco que esse entendimento está em consonância com o Superior Tribunal de Justiça, conforme precedentes que cito:

[...]

No entanto, em busca de preservar a segurança jurídica e manter a uniformização da jurisprudência deste Tribunal, consoante preceitua o novo Código de Processo Civil, tenho acompanhado os relatores que entendem de forma contrária, porém nas circunstâncias temporais preestabelecidas, a saber: espera superior a 2 horas para atendimento não preferencial e 1 hora para consumidores com necessidades especiais ou idosos.

Esses critérios foram discutidos por ocasião do julgamento, dentre outras, da Apelação n. 0001700-34.2014.8.22.0001, de relatoria do e. desembargador Rowilson Teixeira.

Na hipótese, o tempo de espera do apelante, que não se enquadra no perfil para atendimento especial (portador de necessidades especiais/idoso), ultrapassou duas horas, o que enseja o direito de ser indenizado pelo prejuízo experimentado.

Ante o exposto, dou provimento a este recurso para declarar procedente o pedido inicial e, assim, condeno o banco apelado ao pagamento de indenização por danos morais em favor do apelante no valor de R\$ 1.000,00, além das custas processuais e honorários advocatícios, os quais fixo em R\$ 880,00.

A questão não vem recebendo tratamento uniforme no âmbito desta Corte Superior, com a conseqüente dispersão da jurisprudência.

De fato, observo que, na mesma linha do entendimento sufragado pelas instâncias ordinárias, consoante julgados da Terceira Turma representando mudança da jurisprudência daquele Colegiado, admitiu-se, com base na denominada “teoria do desvio produtivo do consumidor”, a possibilidade de se impor reparação de danos morais.

Refiro-me aos acórdãos proferidos no REsp n. 1.634.851/RJ e, notadamente, no REsp n. 1.737.412/SE, ambos relatados pela eminente Ministra Nancy Andrighi. Com efeito, embora examinando questão diversa referente a dano moral coletivo, vem à baila o segundo precedente referido da Terceira Turma, cuja ementa está transcrita:

Recurso especial. Consumidor. *Tempo de atendimento presencial em agências bancárias*. Dever de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho. Art. 4º, II, "d", do CDC. Função social da atividade produtiva. Máximo aproveitamento dos recursos produtivos. *Teoria do desvio produtivo do consumidor*. *Dano moral coletivo*. Ofensa injusta e intolerável. Valores essenciais da sociedade. Funções. Punitiva, repressiva e redistributiva.

1. Cuida-se de coletiva de consumo, por meio da qual a recorrente requereu a condenação do recorrido ao cumprimento das regras de atendimento presencial em suas agências bancárias relacionadas ao tempo máximo de espera em filas, à disponibilização de sanitários e ao oferecimento de assentos a pessoas com dificuldades de locomoção, além da compensação dos danos morais coletivos causados pelo não cumprimento de referidas obrigações.

2. Recurso especial interposto em: 23/03/2016; conclusos ao gabinete em: 11/04/2017; julgamento: CPC/73.

3. O propósito recursal é determinar se o descumprimento de normas municipais e federais que estabelecem parâmetros para a adequada prestação do serviço de atendimento presencial em agências bancárias é capaz de configurar dano moral de natureza coletiva.

4. O dano moral coletivo é espécie autônoma de dano que está relacionada à integridade psico-física da coletividade, bem de natureza estritamente transindividual e que, portanto, não se identifica com aqueles tradicionais atributos da pessoa humana (dor, sofrimento ou abalo psíquico), amparados pelos danos morais individuais.

5. O dano moral coletivo não se confunde com o somatório das lesões extrapatrimoniais singulares, por isso não se submete ao princípio da reparação integral (art. 944, *caput*, do CC/02), cumprindo, ademais, funções específicas.

6. No dano moral coletivo, a função punitiva - sancionamento exemplar ao ofensor - é, aliada ao caráter preventivo - de inibição da reiteração da prática ilícita - e ao princípio da vedação do enriquecimento ilícito do agente, a fim de que o eventual proveito patrimonial obtido com a prática do ato irregular seja revertido em favor da sociedade.

7. O dever de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho que é atribuído aos fornecedores de produtos e serviços pelo art. 4º, II, d, do CDC, tem um conteúdo coletivo implícito, uma função social, relacionada à otimização e ao máximo aproveitamento dos recursos produtivos disponíveis na sociedade, entre eles, o tempo.

8. O desrespeito voluntário das garantias legais, com o nítido intuito de otimizar o lucro em prejuízo da qualidade do serviço, revela ofensa aos deveres anexos ao princípio boa-fé objetiva e configura lesão injusta e intolerável à função social da atividade produtiva e à proteção do tempo útil do consumidor.

9. Na hipótese concreta, a instituição financeira recorrida optou por não adequar seu serviço aos padrões de qualidade previstos em lei municipal e federal, impondo à sociedade o desperdício de tempo útil e acarretando violação injusta e intolerável ao interesse social de máximo aproveitamento dos recursos produtivos, o que é suficiente para a configuração do dano moral coletivo.

10. Recurso especial provido.

(REsp 1.737.412/SE, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 05/02/2019, DJe 08/02/2019)

Registro ainda que, no âmbito da Primeira Turma, apreciando a questão também pelo enfoque do dano moral coletivo, por ocasião do julgamento do REsp n. 1.402.475/SE, relator Ministro Herman Benjamin, foi reconhecido dano moral coletivo por descumprimento de norma local acerca do tempo máximo de espera em fila. Assentou-se que “a intranquilidade social decorrente da excessiva demora no atendimento ao consumidor dos serviços bancários é evidente, relevante e intolerável no Município afetado. Conquanto incontroversa a insatisfação da população local, a parte recorrida permaneceu - e quiçá ainda permanece - recalcitrante. Reverbera, por conseguinte, a violação ao art. 6º, VI, da Lei Consumerista, devendo a parte recorrida ser condenada por dano moral coletivo” (REsp n. 1.402.475/SE, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, *Segunda Turma*, julgado em 9/5/2017, DJe 28/6/2017).

Especificamente acerca do tema a ser apreciado no presente recurso, em pesquisa à jurisprudência desta Corte, não foi localizado nenhum precedente deste Colegiado que tenha acolhido a tese de danos morais, seja pelo desconforto e dissabor do tempo de espera em fila superior ao permitido em lei municipal, seja pelo nominado desvio produtivo do consumidor.

Nessa linha, mencionam-se os seguintes precedentes das duas Turmas de direito privado:

Agravo regimental no agravo (art. 544 do CPC/73). *Ação condenatória. Espera em fila bancária. Decisão monocrática que negou provimento ao reclamo. Irresignação do autor.*

1. A mera invocação de legislação municipal que estabelece tempo máximo de espera em fila de banco não é suficiente para ensejar o direito à indenização. Precedentes.

2. Conforme entendimento jurisprudencial desta Corte a demora no atendimento em fila de banco, por si só, não é capaz de ensejar a reparação por danos morais, uma vez que, no caso dos autos, não ficou comprovada nenhuma

intercorrência que pudesse abalar a honra do autor ou causar-lhe situação de dor, sofrimento ou humilhação.

Incidência do óbice da súmula 7/STJ no ponto.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 357.188/MG, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 03/05/2018, DJe 09/05/2018)

Ação de indenização. Espera em fila de banco por mais de uma hora. Tempo superior ao fixado por legislação local. Insuficiência da só invocação legislativa aludida. Padecimento moral, contudo, expressamente assinalado pela sentença e pelo acórdão, constituindo fundamento fático inalterável por esta Corte (Súmula 7/STJ). Indenização de R\$ 3.000,00, corrigida desde a data do ato danoso (Súmula 54/STJ).

1.- A espera por atendimento em fila de banco quando excessiva ou associada a outros constrangimentos, e reconhecida faticamente como provocadora de sofrimento moral, enseja condenação por dano moral.

2.- A só invocação de legislação municipal ou estadual que estabelece tempo máximo de espera em fila de banco não é suficiente para desejar o direito à indenização, pois dirige a sanções administrativas, que podem ser provocadas pelo usuário.

3.- Reconhecidas, pela sentença e pelo Acórdão, as circunstâncias fáticas do padecimento moral, prevalece o julgamento da origem (Súmula 7/STJ).

4.- Mantém-se, por razoável, o valor de 3.000,00, para desestímulo à conduta, corrigido monetariamente desde a data do evento danoso (Súmula 54/STJ), ante as forças econômicas do banco responsável e, inclusive, para desestímulo à recorribilidade, de menor monta, ante aludidas forças econômicas.

5.- Recurso Especial improvido.

(REsp 1.218.497/MT, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 11/09/2012, DJe 17/09/2012)

Agravo regimental. Agravo de instrumento. Ação de indenização. Pouco tempo de espera em fila de banco. Mero dissabor. Dano moral. Não caracterizado.

1. O pouco tempo de espera em fila de banco não tem o condão de expor a pessoa a vexame ou constrangimento perante terceiros, não havendo que se falar em intenso abalo psicológico capaz de causar aflições ou angústias extremas.

2. Situação de mero aborrecimento ou dissabor não suscetível de indenização por danos morais.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no Ag 1.422.960/SC, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 27/03/2012, DJe 09/04/2012)

Penso, portanto, que é importante a uniformização e pacificação do tema, notadamente quando se trata de consumidor individual pleiteando indenização por dano moral decorrente da espera em fila de banco.

5. Por um lado, o CDC exige de todos os fornecedores de serviços - incluindo órgãos públicos por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento - a prestação de serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Por outro lado, o art. 186 do CC estabelece que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito, enquanto o art. 927, parágrafo único, do mesmo Diploma dispõe que aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo.

Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Assim, para caracterizar obrigação de indenizar, não é decisiva a questão da ilicitude da conduta ou de o serviço prestado ser ou não de qualidade, mas sim a constatação efetiva do dano a bem jurídico tutelado, não sendo suficiente tão somente a prática de um fato *contra legem* ou *contra jus*, ou que contrarie o padrão jurídico das condutas (RIZZARDO, Arnaldo. Responsabilidade Civil. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 68).

Nesse passo, como bem adverte a doutrina especializada, é recorrente o equívoco de se tomar o dano moral em seu sentido natural, e não jurídico, associando-o a qualquer prejuízo incalculável, como figura receptora de todos os anseios, dotada de uma vastidão tecnicamente insustentável, e mais comumente correlacionando-o à dor, ao sofrimento e à frustração. Essas circunstâncias todas não correspondem ao seu sentido jurídico, a par de essa configuração ter o nefasto efeito de torná-lo sujeito ao subjetivismo de cada um (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 107).

Aliás, a questão de culpa ou dolo do suposto ofensor, ou mesmo de licitude, nem sequer é determinante para caracterizar responsabilidade civil objetiva. Tanto é assim que Sergio Cavalieri Filho, com remissão ao escólio de Anderson Schreiber, pondera argutamente que o advento da responsabilidade objetiva veio a exigir redobrada atenção no exame do nexa causal, cuja interrupção consiste no único meio para excluir o dever de indenizar. É que toda a discussão, nas ações

de responsabilidade objetiva, passou a gravitar em torno da noção jurídica do dano e do nexo causal. Chega-se, hoje, a afirmar que o juízo de responsabilidade, nos casos de responsabilidade objetiva, acaba por traduzir-se no juízo sobre a existência de nexo de causalidade entre o fato e o dano (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 69-73).

Nessa esteira, penso que não cabe ao Judiciário se substituir ao legislador, efetuando juízos morais e éticos, visto que princípios, conforme os abalizados escólios de Ronald Dworkin, John Rawls e Jürgen Habermas, são deontológicos (capazes de lidar com a pluralidade de concepções de bem presentes na sociedade), e não axiológicos, não cabendo a imposição dos próprios valores de modo a submeter o cidadão a amplo subjetivismo do magistrado. Confira-se:

Não existe um critério superior justamente porque qualquer critério só seria justificável axiologicamente: um utilitarista poderia dizer que “prefere” o princípio da utilidade como critério de resolução dos conflitos axiológicos, ao passo que [...] poderia dizer que “prefere” o princípio da proporcionalidade, mas escolher entre um critério ou outro necessitaria da própria aceitação apriorística daquele princípio, ou seja, dependeria, em última instância, dos valores que o agente moral já aceita. Assumir essa postura, principalmente no contexto de tomada de uma decisão judicial, na qual o juiz precisa decidir qual das pretensões morais é justificada à luz dos princípios jurídicos, implica escolher arbitrariamente entre os princípios em conflito em conflito a partir das preferências pessoais do juiz.

[...]

É importante não confundir essas duas ordens de questões. Quando se diz que o direito manifesta os valores de uma sociedade concreta, precisamos deixar de lado a idéia de que a ética é o fundamento último do direito.

[...]

A idéia de que o direito deve sua legitimidade a valores éticos precisar ser abandonada, na medida em que depende de uma fundamentação metafísica abandonada historicamente, fundada na subordinação do direito positivo perante o direito natural.

Essa relação de dependência precisa ser abandonada, o que não significa dizer que não existe uma ligação íntima entre direito e moral. De acordo com Habermas, essa relação é de complementariedade (Habermas, 1197, p. 142).

[...]

O direito, ao contrário da moral, é obrigatório institucionalmente, ao passo que a moral é apenas um sistema simbólico que, contudo [...] se torna possível avaliar se o direito positivo está conferindo um *igual tratamento* às diferentes perspectivas éticas, ou se está sendo utilizado de modo a promover determinados valores em detrimento de outros.

[...]

O risco primordial da leitura da constituição como ordem concreta de valores é a imposição dos valores morais de uma doutrina abrangente a toda a sociedade, excluindo a possibilidade de diálogo racional acerca dos princípios constitucionais que regem uma sociedade marcada pelo fato do pluralismo razoável. (ALMEIDA, Fábio Portela Lopes. os princípios constitucionais entre deontologia e axiologia: pressupostos para uma teoria hermenêutica democrática. Revista Direito GV, jul-dez 2008, p. 493-516)

Deveras, não parece adequado ao sentido jurídico a associação do dano moral a qualquer prejuízo economicamente incalculável ou com um caráter de mera punição.

Aliás, proclama o art. 944 do CC que a indenização mede-se pela extensão do dano.

Nesse sentido, é lapidar a lição de Sérgio Luiz Junkes:

3. O Critério Punitivo não Pode ser Utilizado na Fixação da Indenização Decorrente de Dano Moral

A valoração do dano moral é obtida, em nosso ordenamento, pelo arbitramento judicial. A par do amplo raio de discricionariedade que proporciona, é ainda o melhor método, pois possibilita a medição mais precisa da repercussão do dano. Afinal, ninguém mais do que o juiz tem a possibilidade, em cada caso concreto, de manter contato direto com a vítima, com os fatos, e enfim, de inteirar-se, com uma proximidade privilegiada, de todas as suas circunstâncias e peculiaridades.

Como verificado no capítulo anterior, a indenização por dano moral apresenta nítido caráter compensatório. Contudo, muitos defendem que a valoração do dano moral seja pautada pela punição do agente causador do dano injusto. Para tanto, se valem do instituto norte-americano dos danos punitivos (*punitive damages*) que por sua vez se baseia na "teoria do valor do desestímulo", por força da qual, na fixação da indenização pelos danos morais sofridos, deve o juiz estabelecer um "*quantum*" capaz de impedir e dissuadir práticas semelhantes, assumindo forma de verdadeira punição criminal no âmbito cível. Em outros termos, além da fixação necessária à reparação do dano, agrega-se um valor à indenização de modo a penalizar o ofensor de forma proporcional à sua culpa e a desestimular a reprodução de atitudes semelhantes.

A importação de tal instituto é totalmente equivocada em face das profundas diferenças entre o sistema de responsabilidade civil norte-americano e o brasileiro. De maneira inversa ao norte-americano, o sistema brasileiro centra-se na supremacia do direito legislado, segundo o qual "*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*" (Constituição

Federal, art. 5º, II)." Os danos punitivos do direito norte-americano distinguem-se totalmente dos danos materiais e morais sofridos. Os "*punitives damages*" (também conhecidos como *exemplary damages* ou *vindictive damages*), não são estipulados com o fim de promover o ressarcimento de um dano. Este cabe aos chamados danos compensatórios que, nos Estados Unidos, englobam os chamados "danos econômicos" e os "danos não econômicos", que, no Brasil, têm como correspondentes, respectivamente, os danos materiais e os danos morais.

[...]

(JUNKES, Sérgio Luiz; SLAIBI FILHO, Nagib; COUTO, Sergio (coords.). *Responsabilidade civil: estudos e depoimentos no centenário do nascimento de José de Aguiar Dias*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 416-420)

6. Embora se encontrem julgados, inclusive do STF, anteriores à promulgação da Constituição Federal de 1988 reconhecendo a possibilidade de reparação dos danos morais, foi por expressa previsão da Carta Magna que se passou a acolher essas demandas reparatórias.

Na verdade, os incisos V e X do artigo 5º da Constituição Federal consagram o direito à compensação por danos morais, correlacionando-os à violação dos direitos da personalidade:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Essa é a expressa disposição do art. 12 do CC, que estabelece que se podem reclamar perdas e danos por ameaça ou lesão a direito da personalidade, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Dessarte, o direito à reparação de dano moral exsurge de condutas que ofendam direitos da personalidade (como os que se extraem, em *numerus apertus*, dos arts. 11 a 21 do CC), bens tutelados que não têm, *per se*, conteúdo patrimonial, mas extrema relevância conferida pelo ordenamento jurídico, quais sejam: higidez física e psicológica, vida, liberdade (física e de pensamento), privacidade, honra, imagem, nome, direitos morais do autor de obra intelectual.

Os interesses existenciais é que são juridicamente tutelados (apenas aquelas situações de monta a afetar efetivamente direito da personalidade), e não a eventual consequência econômica ou emocional da lesão.

Convém distinguir o dano do mero fato lesivo que não se transforma em fato jurídico danoso. “No sentido vulgar de prejuízo material ou moral sofrido por alguém, o fato lesivo é um fenômeno físico, psíquico ou social que pode ou não ser valorado pela ordem jurídica: pode transformar-se em hipótese normativa ou não ultrapassar o chamado mundo fático. Quando passa a integrar o suporte fático hipotético da norma qualifica-se como ‘fenômeno’ jurídico, com a denominação de dano ou fato jurídico danoso” (BAPTISTA, Silvio Neves. *Teoria geral do dano*: de acordo com o novo Código Civil Brasileiro. São Paulo: Atlas, 2003, p. 45).

Na realidade, a abalizada doutrina registra que o conceito estritamente jurídico de dano deve partir da noção de interesse jurídico na reparação, pois a norma seleciona apenas uma fração do fato social para transformá-lo em uma situação jurídica.

Deve-se apartar a reparação de danos de um pretense direito subjetivo da vítima ou de situação jurídica subjetiva que lhe ampare, pois a realização do valor do ser humano se opera mediante a tutela de interesses legítimos (ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 241-253).

Por todos, registre-se o escólio de Nelson Rosenthal, Felipe Braga Netto e Christiano Chaves de Farias:

Paradoxalmente, esse novo perfil qualitativo e quantitativo do dano e de sua reparação remete a um desenfreado apetite doutrinário e jurisprudencial pela criação de novos espécimes de lesões ressarcíveis, que muitas vezes banalizam e amesquinham o próprio significado da responsabilidade civil, fazendo com que os danos verdadeiramente merecedores de tutela sejam lançados na injusta denominação da “indústria de danos”.

nessa passagem dos “8 aos 80”, cogita-se de uma infinidade de exemplares de novos danos: [...].

[...] Contudo, devemos separar “o joio do trigo” [...]. Cabe, destarte, averiguar os critérios que a doutrina adotará para definir o conceito do dano reparável em limites capazes de compatibilizar a segurança jurídica com a necessária ductibilidade da lei à aceleração da vida e aos desenfreados riscos da sociedade tecnológica.

[...]

*Então, para alcançarmos um conceito estritamente jurídico de dano devemos partir da noção de "interesse". É necessário examinar se há interesse jurídico na reparação. A importância da conceituação de "interesse" é que ela determina a extensão do dano que alguém esteja obrigado a indenizar. Como sucede muitas vezes, a norma jurídica seleciona uma fração do fato social para transformá-lo em uma situação jurídica. Alude-se a esse propósito a noção de **interesse violado**.*

Estabelece o art. 186 do Código Civil: [...]. Vê-se da letra do dispositivo que o significado de dano é sinalizado por um conceito vago, de confins imprecisos, que será preenchido pela doutrina e jurisprudência e construído conforme a juridicidade dos interesses postos em conflito na concretude de cada litígio.

Tratam-se as cláusulas gerais de normas descritivas de valores. Não impõem comportamentos, nem tampouco estipulam consequências jurídicas determinadas.

[...]

Mas como estabelecer um conceito do dano sem nos tornarmos reféns de definições rígidas ou extremamente fluidas?

Talvez o primeiro passo seja o de apartar a reparação de danos de um pretensão subjetivo da vítima ou de uma situação jurídica subjetiva que lhe ampare, pois a responsabilidade civil se estende a todas as violações dos comportamentos subjetivos nos quais pode se realizar a pessoa. Com efeito, a realização do valor do ser humano não opera exclusivamente pela atribuição de direitos subjetivos através da técnica regulamentar, mas também mediante a tutela de interesses legítimos.

[...]

Qualquer narrativa só será persuasiva se permitir a atuação de uma jurisprudência de valores comprometida com as opções valorativas da sociedade.

Essa é a única maneira de assegurar a própria efetividade da Constituição e a partir dela, de todas as normas do ordenamento jurídico, para que a realidade social seja aferida segundo padrões de normalidade jurídica. [...] nada se coaduna menos com a ideia do Estado de Direito do que a figura de um oráculo despótico ou iluminado, que esteja acima dos critérios de interpretação.

[...]

Com uma teoria da decisão, deveríamos ter uma previsibilidade acerca do que será decidido.

[...]

Portanto, a sentença ou acórdão não deve ser, em uma democracia, produto da vontade individual, do sentimento pessoal do decisor. Diminuir ao máximo a discricionariedade nas decisões é dever de quem decide. Os direitos dos cidadãos não podem ficar reféns da intuição (ou dos humores) do julgador (ou Tribunal).

[...]

Atualmente, vê-se em cores nítidas a incongruência da tese que superpõe ilícito e dano, como se fossem o verso e o reverso.

[...]

Com efeito, o prejuízo econômico, como consequência de uma lesão, nem sempre se converte em um dano reparável.

[...]

Afinal, a esfera jurídica dos sujeitos não é protegida protegida tout court contra a ocorrência de qualquer lesão que não se submeta a um juízo de controle de merecimento. A injustiça do dano provocado se prende a uma cláusula geral de responsabilidade civil, cuja especificação e conversão a uma precisa fattispecie terá lugar no momento em que se concretize o juízo de responsabilidade pela ruptura das regras de coexistência.

[...]

A norma do art. 927 do Código Civil de 2002 [...]. Nada obstante, por força do princípio da proporcionalidade, será insuficiente a alegação de mera perda patrimonial e/ou lucro cessante, afirmando-se a necessidade de que o dano injusto, portador de relevância no confronto intersubjetivo, entre ofensor e ofendido, legitimando-se todas as situações jurídicas em que o balanceamento de direitos aponte violações de princípios. (ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 241-253)

Nessa linha de intelecção, embora o direito não deva ser tomado como um sistema fechado, por evidente, isso não implica soluções solipsistas alheias à codificação, sob pena de total insegurança jurídica e violação ao princípio da tripartição de poderes.

Como bem adverte Anderson Schreiber, antes invocado, a “avalanche de ‘novos danos’, se, por um lado, revela maior sensibilidade dos tribunais à tutela de aspectos existenciais da personalidade, por outro faz nascer, em toda parte, um certo temor - antevisto por Stefano Rodotà - de que ‘a multiplicação de novas figuras de dano venha a ter como únicos limites a criatividade do intérprete e a flexibilidade da jurisprudência’. Com efeito, as últimas décadas têm demonstrado que a criatividade do intérprete e a flexibilidade da jurisprudência podem ir bem longe” (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 961).

Confira-se, ainda:

O foco no sujeito, no entanto, não quer significar um sentimentalismo conceitual. Há uma estrutura do pensamento, uma articulação própria, de modo que a ideia de sistema aparecerá no direito como uma proposta de organização e coerência visando justamente afastar incertezas.

[...]

Judith Martins-Costa identifica nas cláusulas gerais uma das técnicas de abertura do sistema, um dos fatores de sua mobilidade.

[...]

Além disso, o Código garante a racionalidade do discurso jurídico, senão mais como um a priori, ao menos como um ponto de referência sólido no discurso argumentativo. Há uma estruturação mínima de pontos de partida para serem discutidos, o que permite um certo controle da legalidade e da justiça das decisões.

Por outro lado, ainda possui um papel central de modo que ao hermenêuta cabe a tarefa de ordenar as leis aos Códigos. Por fim, o Código pode desempenhar um papel decisivo na harmonização dos direitos internos nos processos de integração econômica e política, como de fato se tem observado nos Códigos-tipo na América Latina e na busca de soluções semelhantes, ao menos do ponto de vista prático, nas diretivas da União Européia.

[...]

O dever geral dimanante da presença da dignidade em uma pessoa é de respeito, ou seja, de abstenção na intromissão na esfera jurídica, especialmente em seu núcleo essencial, em que se encontram o direito geral de personalidade e os direitos da personalidade. Há um princípio que tutela esta situação jurídica, que é o da incolumidade das esferas jurídicas. Havendo ofensa, surge dever reparatório fundado no ilícito (art. 186 e 187, do CC/2002).

[...]

A ênfase na promoção à dignidade não pode ser um mandado de seguir o que o Estado defende como digno, tendência própria de regimes totalitários.

[...]

Acerta C. I. Massini ao dizer que o conteúdo do direito à vida se resume em grande parte ao *direito à inviolabilidade da vida*. Por metonímia, acabamos nos referindo a esse direito de um modo sintético, mas direito à vida é, sobretudo direito a não ser morto injustamente, porque a vida é um valor fundado na dignidade [...].

[...]

As cláusulas gerais são maneiras de conceber o texto legislativo de modo que seja amplo o suficiente para abranger uma generalidade de casos, podendo ter nelas inscrito um conceito jurídico indeterminado. Diferem deles porque apresentam um modo peculiar de conjugar a hipótese e a estatuição,

possibilitando a formação progressiva da norma pela jurisprudência. São elas que permitem ao sistema aberto a penetração de elementos externos do sistema e que podem se apresentar como metanormas.

[...]

Há também cláusulas gerais regulativas que orientam com base em um princípio algumas hipóteses de fato não previstas na lei de modo casuístico, de que é exemplo o clássico art. 186 do CC/2002. Através dele se regula toda a noção de ato ilícito indenizativo que enseja reparação do dano sofrido. (PENTEADO, Luciano de Camargo. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Orgs.). Doutrinas essenciais: responsabilidade civil. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 44)

Desse modo, no tocante aos danos morais, o direito tutela a personalidade, impondo sanção ao causador do dano e compensação ao lesado, visto que, como bem observam Mazeaud e Mazeaud, de regra, não há possibilidade de se “apagarem os efeitos da lesão”.

Destarte, é em vista da fluidez da noção de dignidade humana que a necessidade de seleção se faz tão imperativa, pois o risco reside exatamente em que a força ética e jurídica de que é portadora a ideia de dignidade, identificada com a própria condição de pessoa, impeça uma seleção criteriosa dos interesses merecedores de tutela, declarando-se ressarcível qualquer prejuízo ou desfavor que, na falta da possibilidade de aferição precisa, afete alegadamente a personalidade do ofendido. “As demandas absurdas ou bagatelares, quase sempre, ostentam uma eloquente argumentação em favor da defesa da dignidade e dos interesses da pessoa” (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 126-127).

A doutrina alerta para o risco de se considerarem aborrecimentos triviais e comuns como se fossem hábeis a provocar a reparação moral, visto que, a par dos evidentes reflexos de ordem econômico-social deletérios, isso tornaria a convivência social insuportável e poderia ser usado contra ambos os polos da relação contratual.

Segundo entendo, a teoria da responsabilidade civil pelo desvio produtivo do consumidor, que expressamente embasa os julgados mais recentes da Terceira Turma, reporta-se a danos que, em princípio, não são reparáveis nem calculáveis, muitos ostentando, ademais, feições de caráter patrimonial.

Além disso, está assentada em princípios constitucionais para incidência direta na relação de direito privado, caráter punitivo da reparação, e na questão

de ilicitude (abusividade) e culpa - que, como visto acima, em regra, são impertinentes, pois não são elementos necessários à responsabilidade civil objetiva. Portanto, evidentemente, se acolhida pela jurisprudência, por questão de mínima coerência - ressalvado, é claro, hipóteses em que se pudesse conferir tratamento diferenciado em vista da vulnerabilidade do consumidor -, teria de incidir para ambos os polos da relação contratual e também em todas as relações albergadas pelo CDC.

Mutatis mutandis, cumpre trazer à baila o entendimento sufragado pela Segunda Turma do STF, por ocasião do julgamento do multicitado RE n. 201.819, de que é necessário cautela por parte do magistrado, já que, em 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”.

Logo, a espera em fila de banco, supermercado, farmácia, como também para atendimento por profissionais liberais (médico, advogado, dentista, manicure), bem assim em repartições públicas, entre outros setores, em regra, é mero desconforto que, segundo entendo, a toda evidência não tem o condão de afetar direito da personalidade, tampouco de interferir intensamente no bem-estar do consumidor (equilíbrio psicológico, isto é, saúde mental).

É que “... casos dessa natureza são normalmente designados mero dissabor, transtorno, aborrecimento como [...] tempo de espera em razão de longas filas no fornecimento de serviços; o mero descumprimento contratual, o envio de mensagens eletrônicas em massa (SPAM), entre outras tantas hipóteses”. Todavia, essas mesmas situações podem, em ocorrências pontuais, ensejar uma violação aos direitos da personalidade e resultar em uma indenização por dano extrapatrimonial se levarem a uma perda de tempo insana e efetivamente prejudicial àqueles direitos (DONNINI, Rogério. *Responsabilidade civil na pós-modernidade: felicidade, proteção, enriquecimento com causa e tempo perdido*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015, p. 142)

É claro que há situações-limite, a exemplo da demora para atendimento médico emergencial de paciente em estado grave, com exposição de direito da personalidade a risco (saúde, incolumidade física, ou mesmo a vida), em que se poderia cogitar em dano moral indenizável. Ainda assim, na verdade, essa indenização não seria para reparação pelo tempo desarrazoado decorrido até o atendimento médico, mas, sim, como visto, pela lesão a direito da personalidade.

Nessa toada, Rogério Donnini menciona o caso específico de alguém que tivesse de suportar “constantes filas de muitas horas, todos os dias da semana” (DONNINI, Rogério. Op. Cit., p. 142). Com efeito, é possível vislumbrar a hipótese de dano moral a um profissional despachante que se deparasse, por período prolongado, com diárias filas de muitas horas na única agência bancária do município, visto que, na hipótese, seria, em princípio, circunstância hábil a afetar o núcleo essencial de direitos da personalidade referentes ao trabalho e, até mesmo, ao livre exercício de qualquer profissão, insculpido no art. 5º, XIII, da CF - circunstância a atrair a incidência do art. 12 do CC.

A propósito, mesmo que o tempo possa ter uma expressão econômica, jamais se concebeu, por exemplo, em caso de colisões a envolver automóveis, que se pudesse legitimamente vindicar indenização (dano indenizável) pelos usualmente consideráveis transtornos e tempo despendido a envolverem a obtenção de orçamentos, peças, reparo e eventual locomoção, nesse período, por meio de transporte menos confortável e/ou mais moroso para o lesado.

Nessa esteira, consoante vem advertindo a doutrina e a jurisprudência, mero dissabor, aborrecimento, contratempo, mágoa - inerentes à vida em sociedade - ou excesso de sensibilidade por aquele que afirma a ocorrência de dano moral são insuficientes à caracterização do abalo moral, tendo em vista que este depende da constatação, por meio de exame objetivo e prudente arbítrio do magistrado, da real lesão a direito da personalidade daquele que se diz ofendido:

O dano moral não é a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois esses estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano.

[...]

O direito não repara qualquer padecimento, dor ou aflição, mas aqueles que forem decorrentes da privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse reconhecido juridicamente. Por exemplo: se vemos alguém atropelar outrem, não estamos legitimados para reclamar indenização, mesmo quando esse fato nos provoque grande dor. Mas, se houver relação de parentesco próximo entre nós e a vítima, seremos lesados indiretos. Logo, os lesados indiretos e a vítima poderão reclamar a reparação pecuniária em razão de dano moral, embora não peçam um preço para a dor que sentem ou sentiram, mas tão somente, que se lhes outorgue um meio de atenuar, em parte, as consequências da lesão jurídica por eles sofrida (Eduardo Zannoni, *El dano en la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1982, p. 234 e 235).

[...]

Para evitar excessos e abusos, recomenda Sérgio Cavalieri, com razão, que só se deve reputar como dano moral “a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. *Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são tão intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo*” (Programa, cit., p. 78).

[...]

Exemplar o art. 496 do Código Civil português, *verbis*: “Na fixação da indenização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam tutela do direito”. Assim, somente o dano moral razoavelmente grave deve ser indenizado. “O que se há de exigir como pressuposto comum da reparabilidade do dano não patrimonial, incluído, pois, o moral, é a gravidade, além da ilicitude. Se não teve gravidade o dano, não se há pensar em indenização. *De minimis non curat praetor*” (Pontes de Miranda, *Tratado*, cit., t. 26, p. 34-5, § 3.108, n. 2).

A propósito, decidiu o Superior Tribunal de Justiça que incômodos ou dissabores limitados à indignação da pessoa e sem qualquer repercussão no mundo exterior não configuram dano moral. (GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, ps. 650-652)

O que configura e o que não configura o dano moral? Na falta de critérios objetivos, essa questão vem se tornando tormentosa na doutrina e na jurisprudência, levando o julgador a situação de perplexidade. Ultrapassadas as fases da irreparabilidade do dano moral e da sua inacumulabilidade com o dano material, corremos, agora, o risco de ingressar na fase da sua industrialização, onde o aborrecimento banal ou mera sensibilidade são apresentados como dano moral, em busca de indenizações milionárias.

*Este é um dos domínios onde mais necessárias se tornam as regras da boa prudência, do bom-senso prático, da justa medida das coisas, da criteriosa ponderação das realidades da vida. Tenho entendido que, na solução dessa questão, cumpre ao juiz seguir a trilha da **lógica do razoável**, em busca da concepção ético-jurídica dominante na sociedade. Deve tomar por paradigma o cidadão que se coloca a igual distância do homem frio, insensível, e o homem de extrema sensibilidade.*

“A gravidade do dano - pondera Antunes Varela - há de medir-se por um padrão *objetivo* (conquanto a apreciação deva ter em linha de conta as circunstâncias de cada caso), e não a luz de fatores subjetivos (de uma sensibilidade particularmente embotada ou especialmente requintada). Por outro lado, a gravidade apreciar-se-á *em função da tutela do direito*: o dano deve ser de tal modo grave que justifique a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária do lesado” (*Das obrigações em geral*, 8ª ed., Almedina, p. 617).

Dissemos linhas atrás que *dano moral*, à luz da Constituição vigente, nada mais é do que agressão à dignidade humana. Que consequências podem ser extraídas daí? A primeira diz respeito à própria configuração do dano moral. Se dano moral é agressão à dignidade humana, não basta para configurá-lo qualquer contrariedade.

Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral, a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos.

Dor, vexame, sofrimento e humilhação são consequência e não causa. Assim como a febre é o efeito de uma agressão orgânica, dor, vexame e sofrimento só poderão ser considerados dano moral quando tiverem por uma causa *uma agressão à dignidade de alguém*.

Como julgador, há mais de 35 anos, tenho utilizado como critério aferidor do dano moral se, no caso concreto, houve alguma agressão à dignidade daquele que se diz ofendido (dano moral em sentido estrito e, por isso, o mais grave) ou, pelo menos, se houve alguma agressão, mínima que seja, a um bem integrante da sua personalidade (nome, honra, imagem, reputação etc). Sem que isso tenha ocorrido, não haverá que se falar em dano moral, por mais triste e aborrecido que alega estar aquele que pleiteia a indenização. (CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2010, ps. 86-87)

No mesmo sentido é a jurisprudência da Casa:

Responsabilidade civil e Direito do Consumidor. Recurso especial. Concessionária prestadora de serviço de telefonia. Envio de cobranças para o endereço de homônima, em virtude de a verdadeira cliente ter fornecido comprovação de residência inverídica. Danos morais. Inexistência. Revisão do entendimento do Tribunal de origem. Reexame de provas. Inviabilidade.

1. É tranquila a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que mero aborrecimento, mágoa ou excesso de sensibilidade por parte de quem afirma dano moral, por serem inerentes à vida em sociedade, são insuficientes à caracterização do abalo, visto que tal *depende da constatação, por meio de exame objetivo e prudente arbítrio, da real lesão à personalidade daquele que se diz ofendido*.

[...]

5. Recurso especial não provido.

(REsp 944.308/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 06/03/2012, DJe 19/03/2012)

Recurso especial. Responsabilidade civil. Indenização por danos morais. Imóvel. Defeito de construção. Infiltrações em apartamento. Possibilidade de utilização. Constatação, pelas instâncias ordinárias. Lamentável dissabor. Dano moral. Não caracterizado. Recurso especial improvido.

I - As recentes orientações desta Corte Superior, a qual alinha-se esta Relatoria, caminham no sentido de se afastar indenizações por danos morais nas hipóteses em que há, na realidade, aborrecimento, a que todos estão sujeitos.

II - Na verdade, a vida em sociedade traduz, infelizmente, em certas ocasiões, dissabores que, embora lamentáveis, não podem justificar a reparação civil, por dano moral. *Assim, não é possível se considerar meros incômodos como ensejadores de danos morais, sendo certo que só se deve reputar como dano moral a dor, o vexame, o sofrimento ou mesmo a humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, chegando a causar-lhe aflição, angústia e desequilíbrio em seu bem estar.*

III - No caso, a infiltração ocorrida no apartamento dos ora recorrentes, embora tenha causado, é certo, frustração em sua utilização, não justifica, por si só, indenização por danos morais.

Isso porque, embora os defeitos na construção do bem imóvel tenham sido constatados pelas Instâncias ordinárias, tais circunstâncias, não tornaram o imóvel impróprio para o uso.

IV - Recurso especial improvido.

(REsp 1.234.549/SP, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 01/12/2011, DJe 10/02/2012)

Responsabilidade civil. Dano moral. Notificação feita pelo estabelecimento bancário a correntista, comunicando-lhe o intento de não mais renovar o contrato de abertura de crédito. Exercício regular de um direito. Mero aborrecimento insuscetível de embasar o pleito de reparação por dano moral.

[...]

- *Mero aborrecimento, dissabor, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral.*

Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 303.396/PB, Rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 05/11/2002, DJ 24/02/2003, p. 238)

7. Em outro giro, é “necessário muito cuidado com a preservação da liberdade de iniciativa dos agentes econômicos, que não pode ser tolhida de

forma desproporcional. A condenação por dano moral em casos que não afetem interesses existenciais merecedores de tutela sanciona o exercício e o custo da atividade econômica, onerando o próprio consumidor, em última instância” (ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe; FARIAS; Cristiano Chaves de. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 310).

É notório o surgimento de bancos exclusivamente digitais e, nos últimos anos, visível a movimentação dos bancos tradicionais no sentido de reduzirem sensivelmente o número de agências que prestam atendimentos presenciais.

Nesse passo, Konrad Hesse observa que, ordinariamente, é o legislador democrático que está devidamente aparelhado para a apreciação das limitações necessárias à autonomia privada em face dos outros valores e direitos constitucionais (HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998, p. 285).

De fato, o art. 4º, II, do CDC estabelece que a Política Nacional das Relações de Consumo implica ação governamental para proteção ao consumidor, sendo que as normas municipais que estabelecem tempo máximo de espera em fila têm coerção, prevendo a respectiva sanção (multa), que caberá ser aplicada pelo órgão de proteção ao consumidor competente, à luz de critérios do regime jurídico de Direito Administrativo.

Em vista disso, o uso da reparação dos danos morais como instrumento para compelir o banco a fornecer serviço de qualidade, como expresso na causa de pedir da presente ação, desborda do fim do instituto, a par de ocasionar enriquecimento sem causa.

Além do mais, por não estar o Judiciário legitimado e aparelhado para estabelecer limitações que se façam necessárias à autonomia privada, pode haver consequências imprevisíveis no âmbito do mercado, em prejuízo da própria generalidade dos consumidores, notadamente daqueles mais vulneráveis.

É sempre oportuno ponderar que, pela análise econômica do direito, a intervenção judicial pode ser fonte de externalidades negativas ao eventualmente elevar os custos de transação, podendo simplesmente retirar ou restringir algumas práticas negociais do mercado ou, em alguns casos, aumentar o preço de bens e serviços sem que haja, em contrapartida, um benefício proporcional em termos de satisfação social, gerando externalidades em cadeia (TIMM, Luciano Benetti. *Ainda sobre a função social do direito contratual no Código Civil*

brasileiro: Justiça Distributiva *versus* Eficiência Econômica. Revista da AMDE, v. 2, 2009, p. 31).

Com efeito, no exame de causas que compõem o fenômeno processual da denominada litigância frívola, o magistrado deve levar em consideração que, assim como o Direito, o próprio Judiciário pode afetar de forma clara os custos das atividades econômicas ao não apreciar detidamente todas as razões e os fatos da causa; muito embora seja certo que há, é claro, uma vinculação de todas as relações contratuais à função social, “não se pode confundir a função social do contrato com a justiça social a ser implementada pelo Estado através de políticas públicas” (TIMM, Luciano Benetti. *O novo direito civil*: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 113-125).

8. Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso especial para julgar improcedente o pedido formulado na inicial, estabelecendo custas e honorários advocatícios sucumbenciais, arbitrados em R\$ 3.000,00 (três mil reais), que serão integralmente arcados pelo autor, observada a eventual gratuidade de justiça.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.769.201-SP (2018/0033038-2)

Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti

Recorrente: Gustavo Angeli Piva

Recorrente: Pedro Vinicius Baptista Gervatoski Lourenco

Advogados: Pedro Vinicius Baptista Gervatoski Lourenço (em causa própria) e outros - SP330340

Gustavo Angeli Piva - SP349646

Recorrido: Bradesco BCN Leasing S/A - Arrendamento Mercantil

Advogado: João Orlando Pavão e outro(s) - SP043218

Interes.: Pedro Jose Possato Fi

Interes.: Pedro Jose Possato

Interes.: Maria das Gracias de Toledo Possato

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Execução. Prescrição intercorrente. Honorários em favor do executado. Descabimento. Causalidade. Ausência de sucumbência do exequente.

1. Declarada a prescrição intercorrente por ausência de localização de bens, incabível a fixação de verba honorária em favor do executado, eis que, diante dos princípios da efetividade do processo, da boa-fé processual e da cooperação, não pode o devedor se beneficiar do não-cumprimento de sua obrigação.

2. A prescrição intercorrente por ausência de localização de bens não retira o princípio da causalidade em desfavor do devedor, nem atrai a sucumbência para o exequente.

3. Recurso especial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Ministro Antonio Carlos Ferreira acompanhando a relatora, a Quarta Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto da relatora. Os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira (Presidente), Marco Buzzi, Luis Felipe Salomão e Raul Araújo votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 12 de março de 2019 (data do julgamento).

Ministra Maria Isabel Gallotti, Relatora

DJe 20.3.2019

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Trata-se de recurso especial interposto de acórdão que recebeu a seguinte ementa:

Arrendamento mercantil. Ação de reintegração de posse cc. perdas e danos. Prescrição intercorrente. Honorários Advocatícios. Verba indevida.

Sentença mantida. Recurso não provido.

Os recorrentes apontam ofensa aos arts. 85 do Código de Processo Civil e 23 da Lei 8.906/04.

Alegam que o proveito econômico se confunde com o valor atualizado da causa.

Argumentam que mesmo nos casos em que a prescrição intercorrente ocorra *ex officio*, ainda assim, serão devidos honorários advocatícios pela aplicação do princípio da causalidade, visto que a parte teria movimentado o Judiciário e teria dado causa à própria derrota. Afirmam:

No caso em tela, não houve declaração de ofício da prescrição, mas sim petição clara, precisa e fundamentada destes recorrentes, que após analisar o processo, antigo e complexo, formular o requerimento, que foi aberto para vistas do banco recorrido, que mesmo assim não se manifestou.

Houve, portanto, atuação direta, analítica e adequada destes patronos, em uma causa que já perdurava há 20 anos e que foi vencida pelos clientes dos recorrentes, graças aos recorrentes.

Portanto, seja pelo princípio da causalidade, seja pela atuação direta e exitosa dos recorrentes, deve ser reformado o venerável acórdão proferido, condenando a recorrida no pagamento das verbas sucumbenciais.

Postulam reforma do acórdão para que haja condenação em verba honorária à base de 10% a 20% do valor atualizado da causa.

Contrarrazões não apresentadas (certidão à e-STJ fl. 598).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti (Relatora): A questão envolve interpretação do art. 85 do Código de Processo Civil em processo no qual houve extinção por prescrição intercorrente.

Extraio da sentença:

A 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao qual incumbe uniformizar a interpretação da lei federal, alterou sua interpretação sob o tema da prescrição intercorrente em execuções cíveis.

Até então considerava que pressuposto para que se iniciasse o prazo respectivo era a inércia do credor, deixando de promover atos para localização de bens etc. A simples falta de bens penhoráveis, após esgotados os meios para

sua localização, não bastava para início do prazo prescricional. O que resultava na imprescritibilidade das execuções quando, após esgotados meios para localização de bens, eram suspensas, nos termos do art. 791, III, do CPC. Poderiam ser desarquivadas anos, décadas depois, para retomada de seu curso.

Pela nova orientação da 3ª Turma - a qual, juntamente com a 4ª Turma, são as duas às quais cabe a apreciação da matéria no âmbito do STJ -, não é preciso inércia do credor. Basta o decurso do tempo sem localização de bens penhoráveis.”

(...)

Por essas razões, reconhece-se a consumação da prescrição intercorrente, pois a presente execução foi suspensa em 09/01/2009, o prazo de um ano decorreu em 09/01/2010 e, a partir de então, iniciou-se o prazo de prescrição quinquenal, de cinco anos (arts. 206, § 5º, I, do Código Civil), consumado em 09/01/2015, com a inércia do exequente.

Observe, por fim, não se justificar condenação da parte exequente em sucumbência, pois não deu causa à extinção pela prescrição, uma vez que não se trata de inércia, mas do simples fato objetivo do decurso do tempo.

Houve apelação apenas dos advogados da devedora, em nome próprio, postulando a condenação do credor em honorários de sucumbência.

O Tribunal de origem negou provimento à apelação, com os seguintes fundamentos:

No caso concreto, no que tange à condenação ao pagamento de honorários advocatícios, tem-se que foram os executados que deram causa à propositura da ação e não parece razoável que além de não receber o crédito que lhe cabe, seja a exequente ainda obrigada a pagar os honorários de sucumbência em razão da extinção da execução atingida pela prescrição intercorrente.

Em remate, as razões recursais não se mostram aptas a infirmar as conclusões da respeitável sentença, que deve ser confirmada na esteira de seus próprios e jurídicos fundamentos.

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso.

Incensurável, ao meu sentir, o acórdão recorrido.

A alteração de jurisprudência à qual se referiu a sentença foi consolidada no julgamento do Incidente de Assunção de Competência, no REsp 1.604.412-SC, julgado pela 2ª Seção, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, assim ementado:

Recurso especial. Incidente de Assunção de Competência. Ação de execução de título extrajudicial. Prescrição intercorrente da pretensão executória. Cabimento.

Termo inicial. Necessidade de prévia intimação do credor-exequente. Oitiva do credor. Inexistência. Contraditório desrespeitado. Recurso especial provido.

1. As teses a serem firmadas, para efeito do art. 947 do CPC/2015 são as seguintes:

1.1 Incide a prescrição intercorrente, *nas causas regidas pelo CPC/73*, quando o exequente permanece inerte por prazo superior ao de prescrição do direito material vindicado, conforme interpretação extraída do art. 202, parágrafo único, do Código Civil de 2002.

1.2 O termo inicial do prazo prescricional, na vigência do CPC/1973, conta-se do fim do prazo judicial de suspensão do processo ou, inexistindo prazo fixado, do transcurso de um ano (aplicação analógica do art. 40, § 2º, da Lei 6.830/1980).

1.3 O termo inicial do art. 1.056 do CPC/2015 tem incidência apenas nas hipóteses em que o processo se encontrava suspenso na data da entrada em vigor da novel lei processual, uma vez que não se pode extrair interpretação que viabilize o reinício ou a reabertura de prazo prescricional ocorridos na vigência do revogado CPC/1973 (aplicação irretroativa da norma processual).

1.4. O contraditório é princípio que deve ser respeitado em todas as manifestações do Poder Judiciário, que deve zelar pela sua observância, inclusive nas hipóteses de declaração de ofício da prescrição intercorrente, devendo o credor ser previamente intimado para opor algum fato impeditivo à incidência da prescrição.

2. No caso concreto, a despeito de transcorrido mais de uma década após o arquivamento administrativo do processo, não houve a intimação da recorrente a assegurar o exercício oportuno do contraditório.

3. Recurso especial provido. (Incidente de Assunção de Competência no REsp 1.604.412-SC, rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 13.2.2017)

A consumação da prescrição intercorrente, segundo o entendimento hoje estabelecido na 2ª Seção, não mais depende da inércia do devedor em dar andamento à execução processo, após para tanto intimado. A prescrição intercorrente decorre de fato objetivo, o mero decurso do tempo sem a localização de bens penhoráveis.

O sistema jurídico tem como escopo a harmonia, a segurança e a paz social. A submissão a suas regras e o dever de cumprimento das obrigações que delas se extrai é pressuposto da higidez do sistema. Na impossibilidade de exercício arbitrário das próprias razões, o recurso ao Poder Judiciário é a via adequada para obter o adimplemento de obrigações não cumpridas espontaneamente.

O credor de título executivo - judicial ou extrajudicial - tem o direito de receber do devedor, no prazo avençado, a obrigação expressa no título. O não

adimplemento da obrigação líquida e certa é conduta antijurídica, e dá causa ao ajuizamento de medida executória.

O credor que promove a execução teve seu patrimônio desfalcado e promove a execução devido à falta de cumprimento da obrigação pelo devedor. Se não logra localizar bens penhoráveis durante o prazo de prescrição aplicável à relação jurídica, a consequência inevitável será a prescrição, a perpetuação do desfalque patrimonial, em prol de valor maior, a paz social. Não se pode, todavia, ao meu sentir, considerar que foi o credor insatisfeito o causador do ajuizamento da execução, penalizando-o não apenas com a perda irremediável de seu patrimônio, mas também com o pagamento de honorários ao advogado do devedor.

Nos casos de execução extinta pela prescrição intercorrente, o princípio da causalidade incide, portanto, em desfavor do executado, eis que ele dá causa ao pedido executório ao não efetuar o pagamento ou não cumprir a obrigação de forma espontânea.

Tal entendimento tem por base a jurisprudência desta Corte, segundo a qual a responsabilidade pelo pagamento de honorários e custas deve ser fixada com base no princípio da causalidade, segundo o qual a parte que deu causa à instauração do processo deve suportar as despesas dele decorrentes. Confirmam-se os seguintes exemplos:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Processual Civil. Juros. Rubrica acessória. Prescrição. Incidência do prazo da obrigação principal. Fixação dos honorários. Sucumbência e princípio da causalidade. Modificação. Decorrência lógica do julgado. Ofensa à coisa julgada. Não ocorrência. Agravo desprovido.

(...)

2. A responsabilidade pelo pagamento de honorários e custas deve ser fixada com base na sucumbência e no princípio da causalidade, segundo o qual a parte que deu causa à instauração do processo deve suportar as despesas dele decorrentes.

(...)

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(Quarta Turma, AgRg no AREsp 38.930/PR, Rel. Ministro Raul Araújo, DJe de 30.3.2015)

Agravo regimental no agravo em recurso especial. 1. Violação do art. 535 do CPC. Não ocorrência. 2. Afronta aos arts. 20 e 26 do Código de Processo Civil

não verificada. Conclusão do Tribunal de origem de que a agravante deu causa à instauração da ação, em que pese a desistência do feito pelo agravado/autor. Princípio da causalidade. Precedentes. Inversão do julgado. Óbice da Súmula 7/STJ. 3. Recurso improvido.

(...)

2. “No processo civil, para se aferir qual das partes litigantes arcará com o pagamento dos honorários advocatícios e custas processuais, deve-se atentar não somente à sucumbência, mas também ao princípio da causalidade, segundo o qual a parte que deu causa à instauração do processo deve suportar as despesas dele decorrentes” (REsp n. 1.223.332/SP, Relator o Ministro Luis Felipe Salomão, DJe de 15/8/2014). Na espécie, entendeu a Corte de origem, motivadamente e após minuciosa análise do caso concreto e das provas contidas nos autos, que a agravante foi quem deu causa à propositura da demanda, o que atrai o princípio da causalidade e impõe a ela o dever de arcar com as despesas do processo e com os honorários advocatícios. Ademais, inverter a conclusão fática alcançada pelo Tribunal de origem no sentido de que a agravante provocou o ajuizamento da ação encontra óbice no enunciado n. 7 da Súmula desta Corte.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(Terceira Turma, AgRg no AREsp 604.325/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe de 25.2.2015)

Recurso especial. Bancário. Busca e apreensão. Pagamento das prestações em atraso. Desistência da ação. Condenação da autora ao pagamento das custas e dos honorários sucumbenciais. Inadmissibilidade.

1. Extinção sem o julgamento do mérito de ação de busca e apreensão em razão de desistência formulada pela instituição financeira autora após o pagamento, pelo réu, das prestações em atraso do contrato de financiamento.

2. Se, em que pese a desistência da parte autora, ficar evidenciada que a instauração do processo decorreu do comportamento do réu (inadimplemento da obrigação), é inviável a condenação da autora ao pagamento das custas e dos honorários de sucumbência.

3. Inteligência da regra do art. 26 do CPC a ser interpretada em conformidade com o princípio da causalidade.

4. *Recurso especial não provido.* (REsp 1.347.368/MG, Relator o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJe de 05/12/2012)

Recurso especial. Direito Falimentar. Crédito trabalhista. Execução trabalhista. Depósito elisivo. Prescrição de título proferido por Justiça Trabalhista. Incompetência da Justiça Comum. Renúncia tácita. Honorários advocatícios devidos mesmo após o pagamento do depósito elisivo nos termos da Súmula 29 do STJ. Princípio da causalidade.

1. Foge à competência da Justiça comum apreciar a legitimidade de crédito trabalhista, a eficácia da sentença trabalhista e seu prazo prescricional, assim como interesse de agir da autora ao desistir de execução no Juízo trabalhista. É contraditória a atitude da parte que efetua o depósito elisivo e pretende discutir a prescrição do título proferido pelo Juízo trabalhista, nos autos da ação de falência em curso na Justiça comum.

2. A partir do depósito elisivo - se completo -, conjugado com a contestação, o requerimento de falência transforma-se em ação de cobrança. O fato é que a sentença denegatória da falência pode ser baseada na improcedência dos argumentos do requerente ou apenas na realização do depósito elisivo. Sendo opção do requerido o depósito elisivo, caso seja feita adicionalmente a contestação, não se pode olvidar que houve uma demanda de análise de seus argumentos de defesa, tanto por parte do Judiciário como por parte dos advogados do autor.

3. São devidos honorários advocatícios mesmo após o efetuado o depósito elisivo nos termos da Súmula 29 do STJ. Isso porque, não pode o juiz declarar elidida a falência e extinguir o processo sem que o credor seja previamente ouvido sobre o depósito realizado.

Transformada a causa em ação de cobrança, esta torna-se sujeita aos princípios legais da sucumbência.

4. No caso concreto, a Corte estadual asseverou que ocorreu resistência a pleito de ação de falência por parte do ora recorrente, ao apresentar defesa em conjunto com o depósito elisivo.

No processo civil, para se aferir qual das partes litigantes arcará com o pagamento dos honorários advocatícios e custas processuais, deve-se atentar não somente à sucumbência, mas também ao princípio da causalidade, segundo o qual a parte que deu causa à instauração do processo deve suportar as despesas dele decorrentes.

5. Recurso especial não provido.

(REsp 1.223.332/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 22/05/2014, DJe 15/08/2014)

Direito Processual Civil. Recurso especial. Aplicação do CPC/1973. Embargos de terceiro. Averbação da existência de execução no registro de veículo pertencente a terceiro. Justo receio de indevida turbação na posse. Interesse de agir verificado. Honorários advocatícios. Princípio da causalidade.

1. Embargos de terceiro opostos em 23/08/2013. Recurso especial interposto em 05/08/2015 e atribuído a esta Relatora em 25/08/2016.

Aplicação do CPC/73.

2. O propósito recursal consiste em definir se é possível a oposição de embargos de terceiro preventivos, isto é, antes da efetiva constrição judicial

sobre o bem. Hipótese em que foi averbada a existência de ação de execução no registro de veículo de propriedade e sob a posse de terceiro.

3. Os embargos de terceiro constituem ação de natureza contenciosa que tem por finalidade a defesa de um bem objeto de ameaça ou efetiva constrição judicial em processo alheio.

4. Em que pese a redação do art. 1.046, *caput*, do CPC/73, admite-se a oposição dos embargos de terceiro preventivamente, isto é, quando o ato judicial, apesar de não caracterizar efetiva apreensão do bem, configurar ameaça ao pleno exercício da posse ou do direito de propriedade pelo terceiro.

5. Sendo promessa constitucional a inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF/88), o direito processual reconhece a viabilidade da tutela preventiva, tradicionalmente chamada de inibitória, para impedir a prática de um ato ilícito, não se condicionando a prestação jurisdicional à verificação de um dano.

6. A averbação da existência de uma demanda executiva, na forma do art. 615-A do CPC/73, implica ao terceiro inegável e justo receio de apreensão judicial do bem, pois não é realizada gratuitamente pelo credor; pelo contrário, visa assegurar que o bem possa responder à execução, mediante a futura penhora e expropriação, ainda que seja alienado ou onerado pelo devedor, hipótese em que se presume a fraude à execução.

7. Assim, havendo ameaça de lesão ao direito de propriedade do terceiro pela averbação da execução, se reconhece o interesse de agir na oposição dos embargos.

8. “Em embargos de terceiro, quem deu causa à constrição indevida deve arcar com os honorários advocatícios” (Súmula 303/STJ).

9. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 1.726.186/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 08/05/2018, DJe 11/05/2018)

Processual Civil. Embargos de declaração no agravo interno no agravo em recurso especial. Servidor público. Enunciado Administrativo n. 3/STJ. Omissões caracterizadas. Ofensa ao art. 535, II, CPC/1973. Inocorrência. Violação ao art. 20 do CPC/1973. Condenação da Fazenda em honorários. Acórdão que afasta a prescrição e determina a continuação da execução. Inversão da sucumbência. Honorários devidos. Precedentes. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para se conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, negar-lhe provimento.

1. A atribuição de efeitos infringentes, em sede de embargos de declaração, somente é admitida em casos excepcionais, os quais exigem, necessariamente, a ocorrência de qualquer dos vícios previstos no art. 1.022 do CPC/2015. Restando configurada as omissões apontadas, necessário o acolhimento dos embargos, com efeitos infringentes, para se conhecer parcialmente do recurso especial.

2. Não há que se falar em omissão do Tribunal de origem quando a matéria foi expressamente apreciada naquela Corte, bem como quando a questão supostamente omissa, relacionada à tese defensiva apresentada em exceção de pré-executividade, não foi sequer enfrentada pelo juízo de primeiro grau, tendo em vista o reconhecimento da prescrição da pretensão executória e extinção da execução.

3. A jurisprudência deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de que a condenação em honorários advocatícios pauta-se pelo princípio da causalidade, ou seja, somente aquele que deu causa à demanda ou ao incidente processual é quem deve arcar com as despesas deles decorrentes.

4. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para se conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, negar-lhe provimento.

(EDcl no AgInt no AREsp 961.343/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 24/04/2018, DJe 03/05/2018)

Esse princípio inspirou o entendimento compendiado no enunciado 303 da Súmula deste Tribunal: “Em embargos de terceiro, quem deu causa à constrição indevida deve arcar com os honorários advocatícios.”

Com efeito, o fato de o exequente não localizar bens do devedor não pode significar mais uma penalidade em desfavor daquele que, embora tenha decisão meritória favorável, não vem a obter êxito prático com o processo.

Do contrário, o devedor que não apresentou bens suficientes ao cumprimento da obrigação ainda sairia vitorioso na lide, fazendo jus à verba honorária em prol de sua defesa, o que se revelaria teratológico, absurdo, aberrante.

Não fosse o suficiente, tem-se que o sistema processual civil consagra os princípios da efetividade (art. 4º), da boa-fé processual (art. 5º) e da cooperação (art. 6º), tudo no intento de que a prestação jurisdicional seja não somente rápida e correta, mas também eficaz, efetiva.

A parte move a execução no intento de que haja a satisfação da obrigação e de que a seu título seja dada eficácia.

Se não houve satisfação por impossibilidade material, por ausência de cooperação por parte do devedor, não há de se fazer com que o exequente arque com os ônus, eis que não deu causa ao processo.

Deve-se acrescentar, por fim, que a alegação da parte recorrente quanto à suposta inércia do exequente na movimentação do processo não foi referendada

pelos julgados na origem, sendo tema circunscrito à análise de matéria fática da lide, inviável de apreciação nesta sede, nos termos do verbete n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Assim, seja pela ausência de causalidade, seja pela ausência de amparo do sistema processual ou mesmo pela ausência de sucumbência do exequente, não há de se dar guarida ao recurso, devendo ser mantidos os provimentos jurisdicionais ordinários nos seus corretos termos.

Em face do exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão do TJSP assim ementado (e-STJ, fl. 567):

Arrendamento mercantil. Ação de reintegração de posse cc. perdas e danos. Prescrição intercorrente. Honorários Advocatícios. Verba indevida. Sentença mantida. Recurso não provido.

As razões recursais (e-STJ, fls. 586/593) apontam violação dos arts. 85, § 1º, do CPC/2015 e 23 da Lei Federal n. 8.906/1994. Argumentam os recorrentes, outrossim, ofensa ao princípio da causalidade. Em síntese, a irrisignação volta-se contra o comando da sentença (e-STJ, fls. 531/534), confirmado pelo TJSP (e-STJ, fls. 564/568), que embora tenha decretado a prescrição intercorrente da pretensão do credor-recorrido, deixou de arbitrar honorários advocatícios sucumbenciais em favor do patrono dos recorrentes.

A em. Relatora, Ministra *Maria Isabel Gallotti*, em voto que apresentou na sessão de 9/10 p.p., negou provimento ao recurso especial. Ressaltou S. Exa. que, ante o entendimento firmado em julgamento da Segunda Seção desta Corte (IAC no REsp 1.604.412/SC, Rel. Ministro *Marco Aurélio Bellizze*, Segunda Seção, julgado em 27/06/2018, DJe 22/08/2018), o reconhecimento da prescrição intercorrente não mais depende da inércia do devedor, bastando o fato objetivo do decurso do tempo sem a localização de bens penhoráveis.

Ponderou, ademais, que o credor do título executivo tem o direito de reivindicar o cumprimento da obrigação no prazo avençado, e que a causa do ajuizamento da execução é o inadimplemento do devedor. Desse modo, o

exequente – que teve seu patrimônio reduzido e viu-se forçado ao ajuizamento da demanda executiva – suportará a perpetuação do desfalque patrimonial se acaso não localizar bens penhoráveis do devedor durante o curso do prazo prescricional, consequência que não pode ser atribuída a sua atuação.

Em tais circunstâncias, concluiu que “[n]ão se pode (...) considerar que foi o credor insatisfeito o causador do ajuizamento da execução, penalizando-o não apenas com a perda irremediável de seu patrimônio, mas também com o pagamento de honorários advocatícios ao advogado do devedor”. Sob essa perspectiva, assentou que a causalidade milita em desfavor do executado, que portanto deve ser o responsável pelo custeio da verba sucumbencial, na forma da jurisprudência assente deste Tribunal Superior.

Pedi vista.

Acompanho o entendimento expresso no voto da em. Relatora.

A propositura da execução, a rigor, é fato cuja causa somente pode ser atribuída ao devedor, que não cumpriu sua obrigação no tempo e modo oportunos. Ora, diante de um inescusável inadimplemento, a demanda executiva é a única forma de o credor obter a satisfação de seu crédito, haja vista que, como bem pontuado pela em. Relatora, ele não pode fazer uso arbitrário de suas próprias razões. Com efeito, é pressuposto para a propositura da demanda executiva que a obrigação seja certa, líquida e, sobretudo, exigível (CPC/2015, art. 783, parte final). A exigibilidade, naturalmente, resulta da injustificada impontualidade do devedor.

Sob os influxos da doutrina de Chiovenda, a legislação processual civil preconiza, como regra para a distribuição da responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios, o princípio da sucumbência. Nesse sentido é inequívoco o texto do art. 85 do Código de Processo Civil em vigor:

Art. 85. A sentença condenará **o vencido** a pagar honorários ao advogado do vencedor.

Na vigência da lei processual anterior, que igualmente previa a responsabilidade do vencido pelo pagamento dos honorários e demais despesas (CPC/1973, art. 20, *caput*, primeira parte), a jurisprudência desta Corte, consciente de que apenas a sucumbência não se afigura bastante para solucionar todas as hipóteses processuais, consagrou o princípio da causalidade como critério complementar e subsidiário para a distribuição dos encargos sucumbenciais. Cito, a propósito, os seguintes julgados:

Processual Civil. Embargos à execução fiscal. Pedido julgado parcialmente procedente. Honorários advocatícios. Princípio da sucumbência.

(...)

4. O arbitramento da verba honorária não toma por base a situação acima, mas sim a sucumbência (quem é o vencido e em que proporção ficou vencido). O princípio da causalidade é utilizado para evitar distorções na identificação abstrata da parte vencida na demanda - típico exemplo é o dos Embargos de Terceiro, ajuizados para anular penhora realizada indevidamente sobre imóvel regularmente alienado mas não registrado no respectivo Cartório competente, sem que tenha havido resistência da parte exequente ao tomar ciência de tal fato.

(...)

(REsp 1.673.519/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 19/09/2017, DJe 09/10/2017)

Agravo regimental no recurso especial. Ação de prestação de contas. Segunda fase. Violação do art. 535 do CPC. Inexistência. Ilegitimidade passiva. Revisão. Impossibilidade. Súmula 7/STJ. Encargos sucumbenciais. Princípio da causalidade. Súmula 303/STJ.

(...)

3. O princípio da sucumbência, insculpido no art. 20 do CPC, está umbilicalmente ligado ao princípio da causalidade, segundo o qual aquele que deu causa à instauração do processo deve arcar com as despesas dele decorrentes.

(...)

(AgRg no REsp 1.280.289/MG, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 05/06/2014, DJe 17/06/2014)

Agravo interno no recurso especial. Processual Civil. Art. 535, II, do CPC/1973. Omissão. Inexistência. Ação anulatória de ato jurídico. Arrematação de imóvel. Erro do avaliador e preço vil. Reconhecimento pelo Tribunal de origem. Ausência de impugnação anterior. Cabimento da ação. Art. 486 do CPC/1973. Preponderância da prova documental. Art. 364 do CPC/1973. Reexame de prova. Súmula 7/STJ. Honorários advocatícios. Fixação com base da sucumbência. Princípio da causalidade. Não incidência. Recurso improvido.

(...)

5. Nos termos do art. 20 do CPC/1973, "a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios", devendo a verba honorária, em princípio, ser considerada com base na sucumbência apenas, uma vez que o princípio da causalidade somente se justifica em circunstâncias peculiares, nas quais não se mostra possível falar em vencedor e vencido, como nos casos de extinção do processo sem resolução de mérito, ou outras situações excepcionais.

(...)

(AgInt no REsp 1.198.524/PR, Rel. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região), Quarta Turma, julgado em 20/02/2018, DJe 26/02/2018)

Recurso especial. Processual Civil. Violação ao art. 20 do CPC/73. Não ocorrência. Denúnciação à lide. Inexistência. Intervenção *iussu iudicis*. Excepcionalidade não configurada. Princípio da sucumbência e princípio da causalidade. (CPC, art. 47, parágrafo único). Recurso desprovido.

(...)

3. Em se tratando de hipótese em que não houve, tecnicamente, vencido nem vencedor, tendo em vista que o feito foi extinto sem resolução do mérito e que também não se trata de hipótese de perda superveniente de objeto, na qual caberia apurar quem, na origem, deu causa ao ajuizamento da ação, cumpre definir quem motivou o ingresso do terceiro na lide e a quem sua intervenção, ainda que não requerida, favoreceu.

(...)

(REsp 1.170.028/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 15/08/2017, DJe 29/08/2017)

Processual Civil. Medida cautelar. Autonomia em relação à ação principal. Inexistência de ofensa ao art. 535 do CPC. Perda superveniente do objeto da cautelar. Honorários advocatícios. Princípios da sucumbência e da causalidade. Cabimento da verba honorária.

(...)

2. As medidas cautelares são autônomas e contenciosas, submetendo-se aos princípios comuns da sucumbência e da causalidade, cabendo ao sucumbente, desde logo, os ônus das custas processuais e dos honorários advocatícios, por serem as cautelares individualizadas em face da ação principal.

3. Ainda que se esvazie o objeto da apelação por superveniente perda do objeto da cautelar, desaparece o interesse da parte apelante na medida pleiteada, mas remanescem os consectários da sucumbência, inclusive os honorários advocatícios, contra a parte que deu causa à demanda.

4. Os honorários advocatícios serão devidos nos casos de extinção do feito pela perda superveniente do objeto, como apregoa o princípio da causalidade, pois a *ratio* desse entendimento está em desencadear um processo sem justo motivo e mesmo que de boa-fé.

5. São devidos os honorários advocatícios quando extinto o processo sem resolução de mérito, devendo as custas e a verba honorária ser suportadas pela parte que deu causa à instauração do processo, em observância ao princípio da causalidade.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1.458.304/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 18/11/2014, DJe 03/12/2014)

Processual Civil e Administrativo. Ação que tinha por pretensão garantir a participação em licitação. Homologação, adjudicação e cumprimento do objeto do contrato pela autora. Perda superveniente do interesse processual declarada pela Corte de origem (art. 267, VI, do CPC). Condenação da autora em honorários advocatícios. Não aplicação dos princípios da sucumbência e da causalidade. Impossibilidade de se aferir a existência de vencido e de vencedor ou de quem deu injusta causa à instauração da demanda.

(...)

2. O princípio da sucumbência tem por pressuposto lógico, dentro da relação jurídico-processual, a observância clara e precisa de quem sagrou-se vencedor e quem foi vencido na demanda posta sob o exame do Poder Judiciário, o que denota um caráter objetivo - a derrota de uma das partes; todavia, ao ser aplicado pelo magistrado, não deixa de apresentar também um viés subjetivo, máxime quando há sucumbência recíproca. Tem-se, aqui, a incidência do axioma latino *victus victori expensas condenatur*, o que engloba, além das custas processuais, a obrigação do vencido de saldar o valor relativo aos honorários advocatícios do patrono do vencedor.

3. No caso dos autos, a Corte de origem extinguiu o feito sob o fundamento de que ocorrera a ausência de interesse processual do autor ante a perda superveniente do objeto da ação, caso que o princípio da sucumbência não abarca, pois não é possível observar quem foi o vencedor ou o vencido.

4. A exposição do interesse processual pelo autor na inicial pode não explicar a ocorrência de uma justa causa preexistente a respaldar o direito de ação. Sob esse aspecto, não se pode imputar ao réu a obrigação de saldar os honorários advocatícios do patrono daquele se, na declaração de perda superveniente do interesse na lide, não ficar evidenciado que o demandado ocasionou a relação jurídica processual de forma indevida, notadamente como no caso dos autos, em que a sentença julgou improcedente a ação. Diz-se isso porque o réu poderia ter razão em continuar resistindo, mas, por uma situação processual a qual ele não deu causa, acabou por não ter a chance de comprovar, ao final, que a pretensão era incabível ou improcedente.

5. Não se pode aferir do acórdão recorrido que o autor teria razão ao final ou, pelo menos, uma justa razão inicial para litigar; da mesma forma que ao réu não foi imputada a responsabilidade inicial de evitar a lide ou mesmo que dele decorreu algum comportamento voluntário que resultou na perda superveniente do interesse pela finalização do processo, com o julgamento do mérito.

6. A declaração da perda superveniente do interesse processual ou do objeto da ação desacompanhada de um critério empírico que avalie quem deu injusta

causa à demanda não deixa margem à aplicação do princípio da causalidade porque a hipótese se afasta da observância do critério da evitabilidade da lide e do princípio da justiça distributiva.

7. Recurso especial parcialmente provido para afastar a condenação das partes em honorários advocatícios, divergindo do Sr. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima.

(REsp 1.134.249/MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Rel. p/ Acórdão Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 01/12/2011, DJe 02/02/2012)

Processual Civil. Agravo regimental Tributário. Recurso especial. Anulatória de débito fiscal. Lei superveniente mais benéfica. PTA e CDA. Cancelamento. Extinção. Condenação do Estado em honorários e custas. Embargos de declaração. Inexistência de violação do art. 535, II, do CPC. Art. 460 do CPC. Fundamentação deficiente. Súmula n. 284/STF. Sucumbência. Princípio da causalidade. Causa superveniente.

(...)

6. A imposição dos ônus processuais, no Direito Brasileiro, pauta-se pelo princípio da sucumbência, norteador pelo princípio da causalidade, segundo o qual aquele que deu causa à instauração do processo deve arcar com as despesas dele decorrentes. (Precedentes: AgRg no REsp 552.723/CE, Rel. Ministro *Arnaldo Esteves Lima*, Quinta Turma, julgado em 06/10/2009, DJe 03/11/2009; AgRg no REsp 379.894/SP, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, Quarta Turma, julgado em 19/05/2009, DJe 01/06/2009; REsp 1.019.316/RS, Rel. Ministro *Luiz Fux*, Primeira Turma, julgado em 17/03/2009, DJe 30/03/2009; AgRg no Ag 798.313/PE, Rel. Ministro *Teori Albino Zavascki*, Primeira Turma, julgado em 15/03/2007, DJ 12/04/2007; EREsp 490.605/SC, Rel. Ministro *Antônio de Pádua Ribeiro*, Corte Especial, julgado em 04/08/2004, DJ 20/09/2004; REsp 557.045/SC, Ministro *José Delgado*, DJ 13.10.2003)

7. Em razão do princípio da causalidade, as custas e honorários advocatícios devem ser suportados pela parte que deu causa à extinção do processo sem julgamento do mérito ou pela parte que viesse a ser a perdedora caso o magistrado julgasse o mérito da causa. (AgRg no REsp 552.723/CE, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe 03/11/2009)

(...)

(AgRg no REsp 1.116.836/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 05/10/2010, DJe 18/10/2010)

Esse entendimento apoiou-se na doutrina especializada, colhendo-se das lições de Yussef Said Cahali, em conhecida e aprofundada obra sobre o tema, o seguinte histórico e relevantes ponderações a propósito da aplicação

inter-relacionada de ambos os critérios, afirmando-se a maior amplitude da causalidade, na qual estaria contido o princípio da sucumbência:

Chiovenda fixara conclusivamente como principal característica do princípio moderno de condenação nas despesas processuais exatamente o ser esta condicionada *alla soccombenza pura e semplice*, e não à intenção ou ao comportamento do sucumbente (má-fé ou culpa).

Empenhado em atender rigorosamente à exigência natural de seu pensamento, pretendeu Chiovenda ter encontrado o princípio capaz de abranger em todos os seus aspectos o fundamento da responsabilidade pelos encargos do processo. Construindo o sistema da sucumbência, o seu caráter estritamente objetivo e a sua natureza processual assegurariam a melhor garantia de generalidade e de abstração. *Todavia, ele próprio acabou encontrando pela frente graves dificuldades, que não puderam ser superadas através de um critério unitário. Daí ter a sua colocação primeira se degenerado em uma série de fragmentações casuísticas, na solução das quais o princípio da sucumbência mostra-se absolutamente inidôneo e de todo insuficiente.*

Igualmente, diante de outras situações insuperáveis em termos de sucumbência, buscou-se válida solução para os casos através do critério da evitabilidade da lide. Assim, o reconhecimento do pedido não salva o réu da sucumbência, se não é efetivo e oportuno, de tal modo que tivesse tornado evitável a lide; pois, nesse caso, prevalece a relação de causalidade entre o réu e a lide, a determinar a condenação nas despesas. **O direito do titular deve remanescer incólume à demanda, e a obrigação de indenizar deve recair sobre aquele que deu causa à lide por um fato especial, ou sem um interesse próprio contrário ao interesse do vencedor, seja pelo simples fato de que o vencido é sujeito de um interesse oposto àquele do vencedor.** O que é necessário, em todo caso, é que a lide 'fosse evitável' da parte do sucumbente (o que sempre se subentende, sem qualquer consideração à culpa). E esta evitabilidade poderá consistir seja no abster-se do ato a que a lide é dirigida, seja no adaptar-se efetivamente à demanda, seja em não ingressar na demanda mesma. Sob esse aspecto, vemos que a lide é sempre evitável para o autor, não se podendo dizer o mesmo em relação ao réu. Daí não dizer-se sucumbente o adversário, em todos os casos em que o outro, para obter a declaração de seu direito, tenha a necessidade de obter a sentença do juiz.

(...)

O princípio da causalidade, demonstra Pajardi, oferece a vantagem de um sistema racional, e, assim, de emprego mais seguro, com a vantagem de não encontrar exceção ou limite, e, ao mesmo tempo, de não se prestar a contradições e equívocos.

Deve-se ter presente, contudo, que a idéia da causalidade não se dissocia necessariamente da idéia de sucumbência. Quando se responde à indagação singela

a respeito de qual das partes terá dado causa ao processo, o bom-senso sugere, imediatamente, a resposta: a parte que estava errada (la parte che ha torto); “ciò vuol dire nel processo di cognizione, il soccombente; e nel processo di esecuzione, il debitore, contro il quale sta la prova costituita del titolo esecutivo”.

O que se explica pelo próprio Carnelutti: o pressuposto da obrigação de reembolso das despesas consiste em que tenha dado causa às mesmas uma pessoa diversa daquela que as antecipou. Em outras palavras, la spesa è definitivamente supportata da chi la ha cagionato”, o que quer dizer que a responsabilidade da parte pelas despesas é uma responsabilidade objetiva, estando seu fundamento na “relazione causale tra il danno e la attività di un uomo”.

*Esta relação causal é denunciada segundo alguns indícios, entre os quais o primeiro é a sucumbência. Não há, por isso, nenhuma antítese entre o princípio da causalidade e o princípio da sucumbência, como fundamento da responsabilidade pelas despesas do processo; se o sucumbente as deve suportar, isto acontece porque a sucumbência demonstra que o processo foi causado por ele. Mas **o princípio da causalidade é mais amplo que o da sucumbência, no sentido de que esta é apenas um dos indícios da causalidade**; outros indícios seriam a contumácia, a renúncia ao processo, e, conforme o caso, a nulidade do ato a que a despesa se refere.*

*Também Pajardi ressalta que entre a sucumbência e a causalidade não existe contraste, mas harmonia; trata-se de dois conceitos, do qual o primeiro é o conteúdo, o segundo o continente. **O círculo do princípio da causalidade tem em seu interior vários círculos reveladores da existência do princípio; o mais importante é constituído pelo subcírculo, por assim dizer, da sucumbência. A sucumbência será, sob um plano conceitual e estatístico, ao mesmo tempo, o elemento normalmente revelador mais expressivo da causalidade, pois, normalmente, aquele que sucumbe é exatamente o sujeito que havia provocado o processo, fazendo surgir a necessidade da utilização do instrumento do processo, para que o titular do direito obtivesse coativamente aquilo que espontaneamente não havia obtido.** E, em ordem de disposição, este elemento estatístico constitui a base da construção tradicional do princípio da sucumbência.*

(CAHALI, Youseff Said. *Honorários advocatícios*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. p. 38/44).

Cândido Rangel Dinamarco leciona na mesma linha:

Só por comodidade de exposição alude-se à sucumbência como critério para atribuir o custo final do processo a uma das partes, sabendo-se no entanto que essa é apenas uma regra aproximativa, ou mero indicador do verdadeiro critério a prevalecer, que é o da causalidade: deve responder pelo custo do processo, sempre, aquele que houver dado causa a ele ao propor uma demanda improcedente ou sem necessidade, ou ao resistir a ela sem ter razão.

(DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 92).

Adotando o entendimento consolidado, a nova lei processual previu, de modo expresso, a aplicação do princípio da causalidade nos casos em que houver perda do objeto da demanda, hipótese na qual, em princípio, não se faz possível identificar a parte vencida da relação jurídica processual:

Art. 85. ...

§ 10. Nos casos de perda do objeto, os honorários serão devidos por quem deu causa ao processo.

Penso que as circunstâncias verificadas no caso presente, uma vez declarada a prescrição intercorrente da obrigação exigida, autorizam a aplicação do referido dispositivo, haja vista a perda do objeto da demanda pela extinção da pretensão executiva do ora recorrido. Isso, notadamente, quando observado que o credor só não insistiu na persecução de seu crédito em razão da inexistência de bens do devedor, que fossem suficientes para satisfazer a obrigação. A prescrição foi reconhecida, vale ressaltar, à luz da novel orientação jurisprudencial do STJ a respeito do assunto, consolidada no julgamento do IAC no REsp 1.604.412/SC, relatado pelo em. Ministro *Marco Aurélio Bellizze*.

Deveras, se o feito executivo objetiva o cumprimento de uma obrigação que, por força da prescrição, não mais pode ser exigida pela via judicial, o corolário desse fato jurídico é a conclusão de que a demanda perdeu seu objeto. Daí que o julgamento para distribuir os encargos sucumbenciais deve observar o critério da causalidade, e no caso presente resta evidenciada a responsabilidade do devedor, que com sua impontualidade ensejou o ajuizamento da ação executiva. Foi ele quem, concretamente, deu causa ao processo, cuja extinção resulta de fato objetivo não imputável ao credor, sobretudo ante a referida alteração jurisprudencial. Cito, a propósito:

Afirma-se na doutrina que, sobrevindo fato ou direito dos quais decorra eficácia jurídica superveniente, para a identificação do responsável pelos honorários advocatícios, o juiz deverá apreciar o mérito abstraindo tal eficácia, de modo a responsabilizar quem perderia caso ela não sobreviesse. Na linha dessa orientação a jurisprudência responsabiliza por honorários (i) o réu que cumpre a obrigação após a propositura da demanda, se ele estiver em mora, e (ii) a parte que perderia a demanda caso (a) fato alheio à vontade das partes ou direito superveniente provoque a perda do interesse de agir ou (b) esteja em discussão no processo um direito personalíssimo e uma das partes venha a falecer.

No entanto, caracterizada a sucumbência como mero indício da relação de causalidade entre uma conduta e a necessidade do processo (...), não parece imprescindível um julgamento de mérito tão-somente para a identificação do indício para depois verificar se, na situação concreta, ele terá alguma relevância na apuração do nexa causal. A análise do julgador deve voltar-se diretamente para a causa do processo, à situação do mundo da vida que fez necessária a sua instauração, e, em tal juízo, o mérito será delibado na medida necessária, junto a outros elementos eventualmente relevantes para identificar os contornos da relação de causalidade.

(LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Honorários advocatícios no processo civil [Coleção Theotônio Negrão]*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 100/102)

É o princípio da causalidade que impõe seja o executado responsável pelo ônus da sucumbência no processo de execução, haja ou não embargos. Com efeito, não efetuado o pagamento do crédito constante de título executivo, o devedor mantém atividade de resistência à satisfação do crédito, causando a necessidade da propositura da ação de execução. Não é sem razão, aliás, que um dos requisitos do processo de execução, a par do título executivo, é o inadimplemento do devedor. Eis por que, quando da determinação de citação do executado, já deve o juiz fixar os honorários a serem pagos pelo executado.

(CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Honorários de sucumbência e princípio da causalidade*. Revista dialética de direito processual, n. 23, fev. de 2005. p. 90/91)

Situação diversa seria aquela na qual o credor propõe a execução quando já consumada a prescrição, hipótese em que a responsabilidade pelo indevido ajuizamento da demanda natimorta não pode, em princípio, ser atribuída ao devedor.

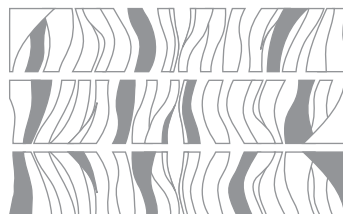
Por outro lado, não cabe afirmar, sob o prisma do direito material, que a extinção da pretensão do credor-recorrido, por fato sucedido durante o trâmite processual, enseja reconhecê-lo como “vencido”, para o fim de se lhe atribuir o ônus previsto no art. 85, *caput*, do CPC/2015, que o recorrente aponta como violado nas razões de seu recurso especial.

A prescrição, vale dizer, nem mesmo importa na extinção da obrigação, senão exclusivamente a impossibilidade de seguir a demanda executiva, sem embargo de o interessado opor o crédito como defesa em eventual demanda proposta pelo aqui recorrente. Isso porque “[a] prescrição pode ser definida como a perda, pelo titular do direito violado, da pretensão à sua reparação. Inviável se admitir, portanto, o reconhecimento de inexistência da dívida e quitação do saldo devedor, uma vez que *a prescrição não atinge o direito subjetivo*

em si mesmo” (REsp 1.694.322/SP, Rel. Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, julgado em 07/11/2017, DJe 13/11/2017).

Por todo o exposto, adiro aos fundamentos contidos no voto da em. Ministra Relatora para *negar provimento* ao recurso especial.

É como voto.



Quinta Turma

**AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS N. 488.320-PR
(2019/0003128-4)**

Relator: Ministro Felix Fischer

Agravante: Delúbio Soares de Castro (Preso)

Advogado: Pedro Paulo Guerra de Medeiros - GO018111

Agravado: Tribunal Regional Federal da 4ª Região

EMENTA

Processo Penal. Agravo regimental da decisão que não conheceu do *habeas corpus*. Incompetência da Justiça Federal. Transferência de preso. Inocorrência. Cumprimento da pena em local próximo à residência familiar. Impossibilidade. Progressão de pena condicionada ao recolhimento da multa imposta. Viabilidade. Agravo regimental desprovido.

I - O agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada por seus próprios fundamentos.

II - 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 c. Supremo Tribunal Federal ou do c. Superior Tribunal de Justiça a respeito da matéria debatida no recurso, como no caso dos autos, não importando essa decisão em cerceamento de defesa ou violação ao princípio da colegialidade.

III - No presente *mandamus*, pretende o paciente que seja reconhecida a incompetência da Justiça Federal para apreciação de pedido relacionado à transferência do agravante, bem como lhe seja permitido cumprir a reprimenda em local mais próximo de sua família, postulando, ainda, a desvinculação do pagamento da multa que lhe foi imposta, aos benefícios da progressão de regime.

IV - In casu, verifica-se que a decisão contra a qual se insurge a defesa do paciente, em sede de agravo em execução foi proferida pelo Juízo da 12ª Vara Federal de Curitiba, quando o apenado ainda estava custodiado na carceragem da Polícia Federal, de modo que, naquela ocasião, era ele o juízo competente para decidir o pedido deduzido pela defesa, não havendo que se falar, portanto, em ofensa ao verbete sumular 192 deste Tribunal Superior, pois a competência ali fixada restringe-se à hipótese na qual a decisão é proferida quando o preso já está recolhido em estabelecimento sujeito à administração estadual, o que não foi o caso dos autos.

V - No caso vertente, se o agravo tem por objeto o presente *decisum*, incidiria à hipótese, a norma constitucional prevista no art. 108, II, da Constituição Federal, no sentido de que compete aos Tribunais Regionais Federais “*julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juizes federais e pelos juizes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição*”, não havendo que se falar, portanto, em incompetência da e. Corte de origem para conhecimento do agravo em execução.

VI - No que se refere à transferência do apenado para onde reside sua família, observa-se que o e. Tribunal de origem apreciou a pretensão de forma escoreita, não se vislumbrando qualquer ilegalidade na decisão, sendo firme a jurisprudência desta Corte, no sentido de não se tratar tal flexibilização de direito absoluto, podendo o Juízo competente indeferir pleito nesse sentido se houver fundadas razões para tanto, eis que deve sopesar os interesses do preso com os da Administração da Justiça, tal qual realizado pelo Colegiado *a quo*.

VII - Já no que se refere à progressão de regime, depreende-se dos autos que o paciente foi condenando em razão do cometimento do delito de lavagem de capitais, à pena de 6 (seis) anos de reclusão, no regime inicial fechado e 150 dias-multa, no valor individual de 02 (dois) salários mínimos, além da obrigação de reparar os danos causados, no montante de R\$ 6.000.000,00 (seis milhões de reais).

VIII - No presente caso, a progressão de regime de pena restou obstada, em função do não pagamento da pena de multa, sendo que a decisão objurgada encontra amparo na orientação firmada pelo c. Supremo Tribunal Federal, consoante retrata o Informativo n.

780 daquela Corte (EP 12 ProgReg-AgR/DF, de relatoria do Min. Roberto Barroso - DJe de 8.4.2015).

IX - A vinculação, portanto, da progressão de regime ao pagamento da multa, não representa incompatibilidade com as normas constitucionais e convencionais, cuja medida foi, inclusive, aplicada pelo próprio c. Supremo Tribunal Federal.

X - É firme o posicionamento desta Corte Superior no sentido de ser inviável, em sede de *habeas corpus*, desconstituir a conclusão a que chegaram as instâncias ordinárias sobre a ausência de prova cabal da hipossuficiência do paciente para o recolhimento da multa, uma vez que tal providência implica reexame do conjunto fático-probatório, procedimento incompatível com os estreitos limites da via eleita

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), 12 de março de 2019 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJe 1º.4.2019

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão de minha relatoria, a qual não conheceu do *habeas corpus* impetrado por **Delúbio Soares de Castro**, tendo como fulcro o que aduz o artigo 34, XX, do RISTJ (fls. 899-916).

Ressai das alegações aventadas pelo agravante a pretensão de que seja efetivado o juízo de retratação, insistindo nas teses já defendidas no *habeas corpus*.

De início, *em sede preliminar*, argumenta que o mérito do *mandamus* sequer teria sido conhecido, a pretexto de se exigir o manejo do Recurso Especial contra o acórdão do c. Tribunal de origem, ponderando, ao contrário do entendimento esposado no *decisum* guerreado, serem patentes os constrangimentos ilegais que vem sofrendo o Paciente, merecendo ser a matéria, nesse turno, analisada e conhecida pelo Colegiado.

Obtempera que deve ser oportunizada a sustentação oral pelo agravante, o que ainda não foi facultado a este signatário em qualquer dos *Habeas Corpus* impetrados em favor do recorrente nos processos da nominada operação Lava-Jato, sendo todos os pleitos decididos monocraticamente, a revelar, assim, verdadeiro tratamento desigual.

Defende, no compasso, o reconhecimento da incompetência da Justiça Federal para processar os pedidos de transferência relacionados ao cumprimento de pena, uma vez que o agravante se encontra sob custódia do Estado do Paraná e submetido, portanto, ao Juízo Estadual, naquilo que toca às questões relativas à respectiva Execução Penal, nos termos do verbete 192 desta Corte de Justiça.

Argumenta que o constrangimento ilegal se consubstancia quando da negativa de seu pedido, para que o cumprimento da pena se efetivasse no local onde reside a família do agravante, afirmando que “*Formulados pelo Paciente, pedidos de transferência aos dois Juízos (Estadual e Federal) que ‘dividem’ a competência para a Execução Provisória da Pena que lhe fora imposta pelo Juízo Federal, foram os pedidos negados, reconhecendo-se em conclusão a competência do Juízo Federal para apreciar o pleito da transferência, após o que esse Juízo Federal indeferiu a transferência, tendo sido a negativa confirmada pela unanimidade da 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ao improver Agravo em Execução pelo Paciente manejado*” (fl. 920).

Assevera que “*O writ não investe contra qualquer entendimento judicante que demande revolver a interpretação das provas com os quais se construiu o édito condenatório, mas sim contra a flagrante ilegalidade que exsurge da interpretação que lhe sonega o direito de cumprir pena próximo de sua família*” (fl. 920).

Salienta que “*não há justificativa plausível para se exigir que o condenado fique perto do Juiz que o condenou, em Curitiba-PR, como um troféu, se a família do condenado reside no Planalto Central*” (fl. 921).

Noutro giro, insurge quanto à multa aplicada pelo juízo da condenação, correspondente a 200 (duzentos) salários mínimos atualizados desde 2004, como condição indispensável para progressão de regime de cumprimento de

pena ou obtenção de benefícios de ressocialização, previstos tanto na Carta Maior, quanto na Lei de Execuções Penais.

Pontua que correlacionar o pagamento de pena pecuniária à obtenção de benefícios seria o mesmo que atrelar o instituto da ressocialização ao pagamento em dinheiro para a respectiva obtenção, equiparando-se a idéia da prisão por dívida.

Relata a desproporcionalidade em se colocar no mesmo patamar a liberdade e o patrimônio, destacando, demais, que desde o início do cumprimento de sua pena no regime fechado em 24.05.2018, o Paciente não está mais trabalhando, portanto não tem sequer mais a referida renda mensal, fruto de seu trabalho.

Por fim, pugna pela reconsideração da decisão agravada, ou a submissão do feito a julgamento pelo Colegiado, a quem requer o conhecimento e a concessão da ordem, na sua integralidade, para:

“01 - acolhendo a preliminar aviada, reconhecer a incompetência da Justiça Federal para processar os pedidos de transferência.

02 - Subsidiariamente, caso desacolhida a preliminar;

02.1 - permita ao Paciente que cumpra pena na cidade de Brasília-DF (ou na vizinha Goiânia-GO), e;

02.2 - que as progressões de pena e os demais pedidos da execução penal não sejam condicionados aos pagamentos de multa, seja em razão da incompatibilidade formal com a Constituição e com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos de que o Brasil é signatário, seja em razão da absoluta incapacidade financeira do Paciente” (fl. 932).

Por manter a decisão ora agravada, trago o feito ao colegiado.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): O presente Agravo Regimental não merece provimento.

Sustenta o Agravante, em apertada síntese, a necessidade de reforma do decism *guerreado*, sob o argumento, primeiro, de ofensa ao princípio da colegialidade, ademais da necessidade de se reconhecer a incompetência da

Justiça Federal para apreciar pedidos de transferência, além da desvinculação do recolhimento da multa imposta aos benefícios de progressão de regime.

Pois bem. O agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada por seus próprios fundamentos.

Nesse compasso, não obstante o teor das razões suscitadas no presente recurso, não vislumbro elementos hábeis a alterar a decisão de fls. 899-916, ao contrário, os argumentos ali externados por esta Relatoria merecem ser ratificados pelo Colegiado, senão vejamos.

Vale consignar, preliminarmente, que o art. 932, III, do Código de Processo Civil, aplicável por força do art. 3º do Código de Processo Penal, estabelece como incumbência do Relator “*não conhecer do recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida.*”

Na mesma linha, o Regimento Interno deste Superior Tribunal de Justiça, nos artigos 34, inciso VII, e 255, § 4º, 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 há entendimento firmado em precedente vinculante, súmula ou jurisprudência consolidada do c. Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, a respeito da matéria debatida no recurso.

Não por outro motivo, a Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça, em 16/3/2016, editou a Súmula n. 568, segundo a qual “*o relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema.*”

Observa-se, nesse turno, que a regra transcrita tem por finalidade, dentre outras, a de autorizar o Relator a apreciar monocraticamente matéria já julgada pelo Tribunal, ou que não venha a ultrapassar o juízo de admissibilidade, a fim de se remeter ao exame do colegiado somente temas com tamanha carga de complexidade, à qual, diga-se, segue diretamente atrelada à natureza da proposta apresentada, *in casu*, eventual contradição, ou negativa de vigência, a tratado ou lei federal, que ainda demandam certo amadurecimento hermenêutico por parte do colegiado.

Desse modo, não há falar em excesso na decisão monocrática ora atacada, eis que não afronta, de nenhuma forma, o princípio da colegialidade e tampouco

configura cerceamento de defesa, quando todas as questões são vastamente apresentadas, sendo certo que a possibilidade de interposição do presente recurso, permite, ainda, que a matéria seja apreciada pelo colegiado, o que afasta, absolutamente, eventual mácula inserida pelo agravante.

Sobre o tema, cito os seguintes precedentes:

Penal. Agravo regimental no recurso especial. Crime contra a ordem tributária. Princípio da colegialidade. Ausência de ofensa. Decisão proferida com observância do RISTJ e do CPC. Princípio da insignificância. ICMS. Impossibilidade. Tributo de competência estadual. Inovação recursal. Reconhecimento. Continuidade delitiva. Impossibilidade. Ausência de requisitos. Reexame de fatos e provas. Inadmissibilidade. Súmula 7/STJ.

1 - A prolação de decisão monocrática pelo ministro relator está autorizada não apenas pelo RISTJ, mas também pelo CPC. Nada obstante, como é cediço, os temas decididos monocraticamente sempre poderão ser levados ao colegiado, por meio do controle recursal, o qual foi efetivamente utilizado no caso dos autos, com a interposição do presente agravo regimental.

[...]

Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp n. 1.768.191/SP, Quinta Turma, de *minha Relatoria*, DJe de 14/11/2018, grifei).

Agravo regimental em *habeas corpus*. Princípio da colegialidade. Ausência de ofensa. Decisão proferida com observância do RISTJ e do CPC. *Writ* substitutivo de recurso ordinário. Organização criminosa. Prisão preventiva. Excesso de prazo. Não ocorrência. Ausência de constrangimento ilegal. Agravo desprovido.

1. A prolação de decisão monocrática pelo ministro relator está autorizada não apenas pelo RISTJ, mas também pelo CPC. Nada obstante, como é cediço, os temas decididos monocraticamente sempre poderão ser levados ao colegiado, por meio do controle recursal, o qual foi efetivamente utilizado no caso dos autos, com a interposição do presente agravo regimental.

[...]

5. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no HC n. 445.378/RN, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 29/8/2018, grifei).

Processual Penal. Agravo regimental no *habeas corpus*. Revolvimento fático-probatório. Ausência de novos fundamentos para afastar a decisão agravada. Manutenção. Ofensa ao princípio da colegialidade. Agravo não provido.

1. Se os argumentos trazidos pelo agravante em nada inovaram, não sendo suficientes para alterar o entendimento adotado, deve ele ser mantido por seus jurídicos e próprios fundamentos.

2. Não viola o princípio da colegialidade a decisão monocrática do relator, tendo em vista a possibilidade de submissão do julgado ao exame do órgão colegiado, mediante a interposição de agravo regimental.

3. Agravo regimental improvido (AgRg no HC n. 388.589/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 15/02/2018, grifei).

Noutro compasso, já no que diz respeito ao pedido de *inclusão do agravo na pauta de julgamento, intimando-se a defesa da data de realização do ato judicial e permitindo a realização de sustentação oral*, de igual modo, não merece acolhimento, eis que, em assim agindo, estar-se-ia maculando o Regimento Interno desta Corte, pois o julgamento dos recursos em *matéria criminal*, independe de prévia publicação da pauta para a intimação das partes, conforme dispõe o art. 258 do RISTJ, podendo o feito ser apresentado em mesa, levando-se em conta os critérios elencados por cada relator.

Tal disposição, registra-se, está em plena consonância com a previsão de não comportar o agravo regimental a possibilidade de sustentação oral (art. 159, IV, do Regimento Interno do STJ).

Sobre o tema, colaciono o entendimento da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, *qual seja*:

Embargos de declaração em agravo regimental em embargos de divergência em recurso especial. Inexistência de nulidade da sessão de julgamento do regimental devido à pouca antecedência com que foi noticiada, no *site* do STJ, a data em que ocorreria o julgamento. Recurso que não aponta nenhum dos vícios listados no art. 619 do CPP. Prequestionamento de matéria constitucional. Impossibilidade. Pretensão de reexame da matéria. Impossibilidade. Embargos rejeitados.

1. O Regimento Interno desta Corte prevê, expressamente, em seu art. 258, que trata do Agravo Regimental em Matéria Penal, que o feito será apresentado em mesa, dispensando, assim, prévia inclusão em pauta. A disposição está em harmonia com a previsão de que o agravo não prevê a possibilidade de sustentação oral (art. 159, IV, do Regimento Interno do STJ). A jurisprudência pacífica do STJ, que remanesce válida na seara penal mesmo após o advento da Lei n. 13.105/2015, se orienta no sentido de que, havendo previsão de julgamento do recurso em mesa, sem direito das partes de efetuar sustentação oral, é desnecessária a prévia notificação da defesa sobre a data em que ocorrerá tal julgamento. Precedentes: EDcl nos EDcl no AgRg no AREsp 532.041/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 14/10/2014, DJe 06/11/2014; HC 229.593/PE; EDcl no AgRg no HC 282.091/RJ, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Quinta Turma, julgado em 18/03/2014, DJe 21/03/2014; HC 223.344/MG, Rel. Ministro Rogerio Schiatti Cruz, Sexta Turma,

julgado em 04/08/2015, DJe 18/08/2015; Rel. Ministra *Maria Thereza de Assis Moura*, Sexta Turma, julgado em 05/09/2013, DJe 24/09/2013. Situação em que a informação sobre o julgamento do Agravo Regimental da defesa somente foi divulgada no *site* do STJ, como ocorre com os dois Agravos Regimentais em matéria penal.

2. Não há como se aplicar analogicamente, ao agravo regimental, o disposto no art. 1.024, § 1º, do novo CPC, que determina que os embargos de declaração não julgados na sessão subsequente deverão ser incluídos em pauta automaticamente. A aplicação analógica somente tem lugar na lacuna da lei, o que não ocorre no caso concreto, seja porque o novo CPC dispôs expressamente sobre o agravo interno em seu art. 1.021, seja porque esta Corte já decidiu que, no tocante ao agravo de decisão monocrática de Relator, na seara penal a matéria não acompanha as deliberações do CPC de 2015, posto que há legislação específica sobre o tema no art. 39 da Lei 8.038/90 e no art. 798 do Código de Processo Penal.

3. Se a defesa já havia obtido um prévio adiamento do julgamento do regimental, o que lhe deu a oportunidade de elaborar e distribuir memoriais antes da sessão em que ocorreu seu julgamento, e não se revelaram necessários outros esclarecimentos além dos postos no relatório e voto do Relator do recurso, não há como se identificar prejuízo que possa ter advindo da ausência do advogado da defesa na sessão de julgamento, sendo de se aplicar à questão o brocardo *pas de nullité sans grief* (art. 563 do CPP).

[...]

7. Embargos de declaração rejeitados (EDcl no AgRg nos REsp n. 1.533.480/RR, *Terceira Seção*, Rel. Min. *Reynaldo Soares da Fonseca*, DJe de 31/05/2017, grifei).

Cito ainda os seguintes precedentes:

Agravo regimental no recurso especial. *Sustentação oral pelo advogado. Impossibilidade*. Cerceamento de defesa. Não ocorrência. *A ausência de previsão normativa para sustentação oral no julgamento do agravo regimental, nos termos do art. 159 do RISTJ, não viola do princípio da ampla defesa.*

[...]

3. Agravo regimental desprovido (AgRg nos REsp n. 1.486.971/RJ, *Quinta Turma*, Rel. Min. *Jorge Mussi*, DJe de 23/5/2018, grifei).

Embargos de declaração no agravo regimental no agravo em recurso especial. Tráfico internacional de entorpecentes. Preliminar de nulidade. **Realização de sustentação no agravo regimental em matéria penal. Art. 159 do RISTJ. Impossibilidade.** Ausência de impugnação específica dos fundamentos da decisão que inadmitiu o recurso especial. Decisão mantida. Agravo regimental desprovido. Alegação de omissão no acórdão embargado. Inocorrência. Embargos rejeitados.

I - Não se há falar em nulidade ou cerceamento de defesa por eventual supressão ao direito de realização de sustentação oral, sobretudo quando tal pedido é realizado em sede de agravo regimental, tendo em vista o comando contido no art. 159 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, que não prevê tal hipótese.

[...]

Embargos de declaração rejeitados (EDcl no AgRg no AREsp n. 1.181.808/MG, **Quinta Turma**, de **minha relatoria**, DJe de 21/5/2018, **grifei**).

Ultrapassada a seara preambular, não obstante as premissas traçadas em sede recursal, denota-se que a insurgência não merece prosperar.

Busca-se a concessão da ordem consistente no reconhecimento da incompetência da Justiça Federal para processar o pedido de transferência de estabelecimento prisional ou que seja permitido ao paciente cumprir a pena em Brasília ou em Goiânia, e, por fim, que as progressões de pena e os demais pedidos da execução penal não sejam condicionados ao pagamento de multa.

Conforme demonstrado na decisão recorrida, no que se refere à *competência da Justiça Federal*, vale transcrever excerto do v. acórdão do eg. Tribunal *a quo*, que assim analisou a questão:

“Não merece prosperar a alegação da defesa de incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o presente recurso.

Não se desconhece o teor da Súmula n. 192 do STJ que determina que ‘Compete ao Juízo das Execuções Penais do Estado a execução das penas impostas a sentenciados pela Justiça Federal, Militar ou Eleitoral, quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos à administração estadual’. No entanto, tal competência tem início apenas com a remessa da guia de recolhimento do preso, depois da efetivação da prisão do apenado.

No caso específico dos autos, a decisão ora atacada foi expedida pelo juízo federal antes da expedição da guia de recolhimento do apenado ou seja, antes de iniciada a competência do juízo estadual.

De qualquer sorte, a competência do juízo estadual não afasta a competência do juízo federal para a execução da pena de multa, também questionada pelo apenado.

Assim, tendo o pedido sido direcionado ao juízo da 12ª Vara Federal de Curitiba (evento 17) e por esse decidido (evento 20), antes mesmo da expedição da guia de recolhimento (evento 37), não se há de questionar a competência recursal deste TRF, a quem compete julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juízes federais (artigo 108, II, da CF/88)” (fl. 113).

Em verdade, o Superior Tribunal de Justiça firmou orientação no sentido de que *“compete ao Juízo das Execuções Penais do Estado a execução das penas impostas a sentenciados pela Justiça Federal, Militar ou Eleitoral, quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos à administração estadual”* (Súmula 192/STJ).

A par de tal premissa, verifica-se que, no caso em tela, a decisão contra a qual se insurge a defesa do paciente em sede de agravo em execução foi proferida pelo Juízo da 12ª Vara Federal de Curitiba, quando o apenado ainda estava custodiado na carceragem da Polícia Federal, de modo que, naquela ocasião, era ele o juízo competente para decidir o pedido deduzido pela defesa.

Nesse contexto, não há qualquer ofensa ao verbete sumular acima transcrito, pois a competência ali fixada restringe-se à hipótese na qual a decisão é proferida quando o preso já está recolhido em estabelecimento sujeito à administração estadual, o que não foi o caso dos autos.

Aliado a tal realidade, se o presente agravo tem por objeto o presente *decisum*, incidiria à hipótese a norma constitucional prevista no art. 108, II, da Constituição Federal, no sentido de que compete aos Tribunais Regionais Federais *“julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juízes federais e pelos juízes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição”*.

Esta a razão pela qual, diversamente do alegado pela defesa, não há falar em incompetência do e. Tribunal de origem para conhecimento do agravo em execução.

Nesse sentido:

Processual Penal. Conflito de competência. Execução penal. Condenação em âmbito da Justiça Federal. Progressão de regime. Fiscalização da pena em regime aberto. Manutenção do Juízo Estadual. Incidência da Súmula 192 do STJ. Conflito de competência conhecido. Declaração de competência do Juízo Estadual, ora suscitado.

1. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento consolidado no sentido de que compete ao Juízo das execuções penais do Estado a execução de pena imposta a sentenciado pela Justiça Federal, quando recolhido em estabelecimentos sujeitos à administração estadual.

2. A competência para a execução penal não fica atrelada à natureza do delito praticado, tampouco ao Juízo processante, e sim à jurisdição a que se encontra subordinado o estabelecimento penal do sentenciado.

3. *“Compete ao Juízo das Execuções Penais do Estado a execução das penas impostas a sentenciados pela Justiça Federal, Militar ou Eleitoral, quando*

recolhidos a estabelecimentos sujeitos à administração estadual” (Súmula 192/STJ).

4. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da Vara de Execução de Penas e Medidas Alternativas de Foz do Iguaçu - PR, ora suscitado (CC n. 147.591/PR, *Terceira Seção*, Rel. Min. *Ribeiro Dantas*, DJe de 22/08/2016).

Noutro giro, quanto à *transferência do apenado*, a defesa requer a concessão da ordem, “*para permitir a imediata transferência do Paciente para onde reside sua família (os mais próximos são os presídios de Goiânia-GO e Brasília-DF)*” (fl. 15).

Para tanto, sustenta que o paciente está preso há mais de 7 (sete) meses, cumprindo pena em Curitiba, por responder a uma segunda ação penal naquele mesmo Juízo, o que facilita a persecução penal ali em trâmite. Insurge-se contra esse argumento, aduzindo que nunca houve audiência de instrução na referida ação penal, além da possibilidade de realização de atos judiciais por videoconferência, inexistindo justificativa plausível para se manter o condenado perto do juiz sentenciante, mormente quando sua família reside em outra Unidade da Federação.

O e. Tribunal de origem, ao apreciar a questão, assinalou, *in verbis*:

“Inicialmente, insta salientar que, a despeito do disposto no artigo 103 da Lei de Execuções Penais, o preso provisório não possui o direito subjetivo a escolher o local em que irá cumprir a pena.

Por certo que, sendo possível, manter-se-á o apenado em local próximo a sua residência, a fim de resguardar o seu vínculo social e familiar. Todavia, as condições pessoais do réu não são as únicas a influir em tal decisão, devendo o juiz analisar também as necessidades da administração prisional.

[...]

No caso dos autos, são diversos os fundamentos a justificar o indeferimento do pedido.

Depreende-se das informações juntadas aos autos que o apenado não logrou êxito em demonstrar que o seu vínculo social e familiar está em Brasília. Pelo contrário, os documentos trazidos apontam que (i) o agravante residia em São Paulo (evento 17, ANEXO2), inclusive sendo esse o local em que se entregara para o cumprimento da ordem de prisão (evento 4) e (ii) a maior parte de seus familiares vive no estado de Goiás, sendo um filho, um irmão e uma irmã em Goiânia e o pai em Buriti Alegre. Apenas uma filha do agravante reside na capital federal (evento 25, EMBDECL1).

*Destaca-se, ainda, que a manutenção do agravante em Curitiba mostra-se a solução que mais se adéqua às necessidades da administração pública. Além da conveniência para a instrução da outra ação penal em andamento a qual **Delúbio** responde na capital paranaense, a juíza de execuções penais do Distrito Federal manifestou-se contrariamente à transferência, afirmando a inexistência de vagas nos presídios locais (evento 53):*

‘Contudo, em que pese as circunstâncias pessoais, não há direito subjetivo do apenado à escolha do local onde cumprirá a reprimenda, pois, consoante entendimento remansoso do colendo Superior Tribunal de Justiça, compete ao Juízo de Execuções Penais avaliar a conveniência da referida medida, visto que o acolhimento do pedido de transferência do preso para presídio próximo de onde residem seus familiares está condicionado à existência de vagas e estabelecimentos adequados. [...]

Nessa linha de raciocínio, registro que o sistema prisional do Distrito Federal não dispõe vagas para acolher o interno, pois está superlotado, em proporção maior que o dobro da sua capacidade.

Conforme informado pela Subsecretaria do Sistema Penitenciário - SESIPE, em ofício acostado a fl. 26, o sistema penitenciário do Distrito Federal possui 7.383 vagas nos regimes fechado e semiaberto, contudo, atualmente abriga mais de 16.000 encarcerados.

Como se vê, a atual indisponibilidade de vagas no estabelecimento prisional do Distrito Federal faz com que se imponha o indeferimento da transferência da execução para este Juízo, de forma a atender o interesse da segurança da sociedade, que deve se sobrepor ao interesse individual do apenado de escolher o local que lhe é mais conveniente para o cumprimento da pena imposta.

Acresça-se o fato de que, pelos documentos juntados, um filho, um casal de irmãos e o pai do apenado são residentes em outro Estado da Federação, qual seja, Goiás, onde há sistema penitenciário. Assim, independente de referido Estado ser mais próximo do DF que aquele onde atualmente está preso, não há razão plausível para declaração de vaga aqui, notadamente pelo fato de que, aliado à superlotação do sistema local, verifica-se pela certidão de fls. 22, que Delúbio não possui execução em curso neste Juízo, não está preso no DF, não responde a nenhuma ação penal no DF tampouco há mandado de prisão originário do DF pendente de cumprimento’.

Sendo assim, considerando-se a conveniência da instrução aliada à superlotação do sistema prisional de Brasília e à ausência de demonstração de ser a capital federal o núcleo social e familiar do preso, é de ser mantido o indeferimento de transferência requerido” (fls. 113-115).

Depreende-se do *decisum* acima transcrito que o c. Tribunal de origem apreciou de forma escoreita a pretensão do apenado, não havendo qualquer ilegalidade a coartar na presente impetração.

Com efeito, quanto ao direito do agravante de cumprir pena em estabelecimento penal próximo ao seu meio social e familiar, observo que a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que não se trata de um direito absoluto, podendo o d. Juízo competente indeferir pleito nesse sentido se houver fundadas razões para tanto, eis que deve sopesar os interesses do preso com os da Administração da Justiça, tal qual realizado pelo Colegiado *a quo*.

Sobre o tema:

Agravo regimental no conflito de competência. Penal e Processual Penal. Mudança voluntária de domicílio do apenado. Competência que se mantém no juízo da execução. Pedido de transferência do preso. Recusa fundamentada. Possibilidade.

1. A mudança de residência do apenado, por vontade própria, não constitui causa legal de transferência de preso. Precedentes.

2. O direito que o preso tem de cumprir pena em local próximo à residência, onde possa ser assistido pela família, é relativo, pois a transferência pode ser negada desde que a recusa esteja fundamentada.

3. Agravo Regimental improvido (AgRg no CC n. 137.281/MT, Terceira Seção, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 02/10/2015, grifei).

Execução penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Deferido pleito de transferência do recorrente para estabelecimento penal próximo de seu meio social e familiar. Transferência condicionada ao surgimento de vagas no estabelecimento de destino. Possibilidade. Conveniência da Administração da Justiça. Recurso ordinário desprovido.

I - O recorrente se encontra cumprindo pena em estabelecimento penal compatível com o regime semiaberto, para o qual fora progredido. Não há que se falar, portanto, em imposição de regime de cumprimento mais grave do que o fixado em decisão judicial.

II - O direito do recorrente de cumprir pena em estabelecimento penal próximo ao seu meio social e familiar não é absoluto, devendo o magistrado competente sopesar os interesses do preso com os da Administração da Justiça.

Recurso ordinário desprovido (RHC n. 68.131/PA, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe de 25/05/2016, grifei).

Habeas corpus. Substitutivo de recurso ordinário. Descabimento. Execução da pena. Transferência para estabelecimento próximo da família. Estabelecimento inadequado fundamentação suficiente.

[...]

2. *Muito embora a Lei de Execução Penal assegure ao preso o direito de cumprir sua reprimenda em local que permita contato com familiares e amigos, tal garantia não é absoluta, podendo o Juízo das Execuções, de maneira fundamentada, indeferir o pleito ao constatar que não há condições de acolhimento no estabelecimento prisional para o qual o paciente pretende ser transferido.*

3. *Na hipótese dos autos, a transferência foi motivada pela ausência de estabelecimento prisional adequado na localidade de residência dos familiares do condenado, o que é insuficiente para caracterizar constrangimento ilegal passível de ser sanado pela via do habeas corpus.*

3. *Habeas corpus* não conhecido (HC n. 267.169/MT, Quinta Turma, Rel. Min. Moura Ribeiro, DJe de 21/2/2014, grifei).

Processual Penal. Agravo regimental. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Execução da pena. Transferência para estabelecimento em comarca diversa do distrito da culpa próximo da família. Local inadequado. Conveniência da Administração Pública. Fundamentação suficiente. Pretensão de simples reforma. Decisão mantida por seus próprios fundamentos. Agravo desprovido.

1. *Em que pese a orientação, constante da Lei de Execução Penal, no sentido de que a execução deve proporcionar a reintegração do sentenciado, sendo possível o cumprimento da reprimenda próximo à família, o juízo competente, ao avaliar um pedido de transferência, deverá sopesar não apenas as conveniências pessoais e familiares do preso, mas as da Administração Pública, a fim de garantir o efetivo cumprimento da pena.*

2. *No caso em apreço, o Juízo das Execuções decidiu fundamentadamente que, além de não haver vaga em estabelecimento adequado para que o sentenciado permaneça em comarca distinta da do distrito da culpa, a pretensão tem caráter interesse pessoal, sem correspondência com os princípios da finalidade, impessoalidade e segurança pública. [...]*

4. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no RHC n. 58.706/RJ, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 18/6/2015).

Por fim, já naquilo que tange à *progressão de regime*, pretende a defesa, neste particular, “*que as progressões de pena e os demais pedidos da execução penal não sejam condicionados aos pagamentos de multa, seja em razão da incompatibilidade formal com a Constituição e com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos de que o Brasil é signatário, seja em razão da absoluta incapacidade financeira do Paciente*” (fl. 16).

Para tanto, insurge-se contra a vinculação da progressão de regime ao pagamento da pena pecuniária, em virtude do altíssimo valor e da absoluta incapacidade do paciente em suportar o pagamento devido. Sustenta que, restando demonstrada a impossibilidade econômica do apenado em quitar a multa, deve lhe ser permitido o pagamento de forma parcelada e, se ainda assim lhe for impossível o recolhimento, deve ser permitida a progressão de regime, independentemente de pagamento. Assevera que a vinculação da progressão de regime ao pagamento de sanção pecuniária afigura-se inconveniente e inconstitucional.

Pois bem. Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado em razão do cometimento do delito de lavagem de capitais, à pena de 6 (seis) anos de reclusão, no regime inicial fechado, e 150 dias-multa, no valor individual de 02 salários mínimos, além da obrigação de reparar os danos causados, no montante de R\$ 6.000.000,00 (seis milhões de reais) (fls. 497-498).

Na execução da pena, a progressão de regime de pena restou obstada, em função do não pagamento da pena de multa, consoante se verifica da decisão de fls. 788-791. Instado a se manifestar, o Tribunal de origem apreciou a insurgência da defesa, deduzindo os seguintes fundamentos:

*“4.1. A condenação à reparação de dano não constituiu óbice, na ação penal, à progressão de regime de **Delúbio**, na medida em que o condicionamento previsto no artigo 33, § 4º, do Código Penal restringe-se às condenações por crimes contra a Administração Pública. Considerando-se que o agravante fora condenado, na Ação Penal n. 5022182-33.2016.4.04.7000/PR, somente pelo delito de lavagem de capitais, tal regra não lhe fora aplicada.*

De qualquer sorte, o Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Habeas Corpus n. 454.132/PR, concedeu a ordem para afastar a reparação civil fixada no acórdão condenatório, afirmando que (evento 64, DECSTJSTF1, pág. 35, da execução penal):

(...) no que se refere à fixação de valor mínimo a título de reparação de danos, esta Corte adotou o entendimento de que a regra do art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal é norma híbrida, de direito processual e material, razão pela qual não se aplica a delitos praticados antes da entrada em vigor da Lei n. 11.719/2008, que deu nova redação ao dispositivo. Na hipótese, em se considerando que os atos de lavagem de dinheiro ocorreram entre 14/10/2004 e 10/11/2004, consoante acima fundamentado, conclui-se pela efetiva violação ao artigo 387, IV, do Código de Processo Penal e, portanto, pela necessidade de afastamento da condenação do paciente ao pagamento de

indenização a título de valor mínimo de reparação de danos supostamente causados pela conduta típica, uma vez que os crimes ocorreram anteriormente à vigência da Lei n. 11.719/2008.

[...]

Assim, resta apenas o questionamento quanto à possibilidade de condicionar a progressão de regime ao pagamento da pena de multa.

4.2. No ponto, não merece prosperar a alegação defensiva.

O condicionamento da progressão de regime ao pagamento da multa aplicada concomitantemente à pena privativa de liberdade está amparado no entendimento jurisprudencial da Corte Suprema:

[...]

A alteração do Código Penal no que toca à pena de multa, retirando-lhe a hipótese de conversão em detenção quando do inadimplemento deliberado, não alterou o seu caráter penal. Ainda que atualmente tal pena constitua uma dívida de valor, sua natureza sancionatória resta mantida, sendo parte integrante da pena firmada em condenação penal.

Dessa forma, a concessão de benefícios durante a execução penal, como a progressão de regime, independentemente do pagamento da multa, acabaria por esvaziar a sua índole penal.

Como bem ressaltado pelo Exmo. Ministro Roberto Barroso, a progressão de regime prisional é uma conquista do condenado e não deve ser balizada exclusivamente pelo disposto no artigo 112 da LEP, mas no ordenamento jurídico como um todo, 'tendo como objetivo, sobretudo, o exame do merecimento do sentenciado'.

O descumprimento deliberado de parte da condenação vai de encontro a tal escopo. Não comprovada a absoluta incapacidade financeira do apenado, o não pagamento intencional da pena de multa demonstra o seu descaso com a sanção que lhe fora imposta, não sendo merecedor da benesse.

Esse posicionamento também foi adotado pelo STJ que asseverou que 'o não recolhimento da multa por condenado que tenha condições econômicas de pagá-la, sem sacrifício dos recursos indispensáveis ao sustento próprio e de sua família, constitui deliberado descumprimento de decisão judicial e deve impedir a progressão de regime' (Therese de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 04/10/2016, DJe 17/10/2016).

No presente caso, não demonstrada a impossibilidade do apenado em arcar com a pena de multa que lhe fora imposta, cabível o condicionamento de seu adimplemento para a progressão de regime" (fls. 115-121).

Nesse particular, verifica-se que a decisão adotada pelo Colegiado de origem, encontra amparo na orientação firmada pelo c. Supremo Tribunal Federal, consoante retrata o Informativo n. 780 daquela Corte. Trata-se do julgamento do EP 12 ProgReg-AgR/DF, de relatoria do Min. Roberto Barroso, (DJe de 8.4.2015), o qual, na ocasião, consignou, *in verbis*:

“O inadimplemento deliberado da pena de multa cumulativamente aplicada ao sentenciado impede a progressão no regime prisional. Essa regra somente é excepcionada pela comprovação da absoluta impossibilidade econômica do apenado em pagar o valor, ainda que parceladamente. Essa a conclusão do Plenário que, por maioria, negou provimento a agravo regimental interposto em face de decisão monocrática que indeferira o pedido de progressão de regime prisional – tendo em vista o inadimplemento da multa imposta – de condenado, nos autos da AP 470/MG (DJe de 22.4.2013), à pena de seis anos e seis meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, bem assim à sanção pecuniária de 330 dias-multa, pela prática de corrupção passiva e lavagem de dinheiro” (Informativo 780 STF).

Acrescente-se que tal entendimento vem sendo adotado por esta Casa, que registra o seguinte precedente:

Execução. *Habeas corpus* substitutivo. Inadequação da via. Progressão de regime. Prévio pagamento da pena pecuniária. Possibilidade. Entendimento do Supremo Tribunal Federal. Excepcionalidade. Incapacidade econômica do réu. *Writ* não conhecido. Ordem concedida de ofício.

1. Por se tratar de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento, devendo ser analisada, entretanto, a existência de ilegalidade patente.

2. O acórdão impugnado, alinhando-se ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, asseverou que “o não recolhimento da multa por condenado que tenha condições econômicas de pagá-la, sem sacrifício dos recursos indispensáveis ao sustento próprio e de sua família, constitui deliberado descumprimento de decisão judicial e deve impedir a progressão de regime”. Entretanto, no caso em apreço, o paciente goza da presunção de hipossuficiência e não existem elementos nos autos capazes de ilidi-la.

3. *Writ* não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que seja reexaminado o pedido de progressão de regime em favor do ora paciente, observando-se o disposto neste voto (HC n. 362.648/RJ, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 17/10/2016, grifei).

A vinculação, portanto, da progressão de regime ao pagamento da multa não representa incompatibilidade com as normas constitucionais e

convencionais, cuja medida foi, inclusive, aplicada pelo próprio c. Supremo Tribunal Federal.

Noutro compasso, é firme o posicionamento desta Corte Superior no sentido de ser inviável, em sede de *habeas corpus*, desconstituir a conclusão a que chegaram as instâncias ordinárias sobre a ausência de prova cabal da hipossuficiência do paciente para o recolhimento da multa, uma vez que tal providência implica reexame do conjunto fático-probatório, procedimento incompatível com os estreitos limites da via eleita. Nesse sentido:

Penal e Processo Penal. Agravo regimental no recurso especial. Operação Curação. Crime de evasão de divisas. Art. 22 da Lei n. 7.492/1986. (i) Ofensa ao princípio da colegialidade. Cerceamento de defesa. Inocorrência. (ii) Incompetência do juízo sentenciante. Matéria decidida em sede de *habeas corpus* anteriormente impetrado no eg. Tribunal *a quo*. Razões dissociadas. Súmula 284/STF. (iii) 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. Comprometimento da cadeia de custódia das provas. Razões recursais que não impugnam os fundamentos do acórdão da origem. Súmula 283/STF. Pretensão de comprovar a ausência de preservação das provas. Impossibilidade. Súmula 7/STJ. (iv) Tipicidade da conduta. 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. (v) Dosimetria. Exasperação da pena-base. Valoração negativa das circunstâncias do delito e consequências do crime. Fundamentação idônea. Valor da multa. Aferição da capacidade econômica. Necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório. Impossibilidade. Súmula 7/STJ. (vi) Desentranhamento de documentos apreendidos. Verificação da pertinência do material com os fatos apurados nos autos. Inviabilidade. Súmula 7/STJ.

[...]

XIII - Verificar se os agravantes teriam condições financeiras de arcar com a prestação pecuniária que lhes foi imposta reclama incursão na seara fático-probatório, procedimento vedado pela Súmula n. 7 desta Corte, já que, para se alcançar conclusão diversa daquela a que chegou as instâncias *a quo* acerca da condição econômica dos condenados seria imprescindível reexaminar todo o acervo probatório dos autos, pretensão que não se coaduna com os propósitos atribuídos à via eleita.

XIV - Entender de modo contrário ao estabelecido pelo Tribunal *a quo* e concluir que os arquivos ao exercício de seu ofício, como insiste a agravante,

demandaria o revolvimento, no presente recurso, do material fático-probatório dos autos, inviável nesta instância (Súmula 7/STJ).

Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp n. 1.610.124/PR, *Quinta Turma*, de *minha relatoria*, DJe de 21/05/2018, grifei).

Processual Penal e Penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Art. 306 da Lei 9.503/97. *Sursis* processual. Prestação pecuniária. Possibilidade. *Quantum* estipulado. Adequação. Proporcionalidade. Ilegalidade. Ausência. Recurso desprovido.

[...]

2. A quantia imposta de 5 salários mínimos, a título de prestação pecuniária, não se mostra inadequada ou desproporcional a justificar a revisão do acordo nesta instância de sobreposição. *Debruçar-se sobre a capacidade econômica do réu, à míngua de prova pré-constituída, é providência incabível no seio de habeas corpus e do recurso que dele se origina*. De mais a mais, sem que sequer fosse narrada a superveniência de modificação na situação financeira do recorrente ou qualquer outra circunstância relevante, inviável a desconstituição do pacto livremente firmado entre o recorrente e o titular da ação penal em Juízo; tal pretensão, na forma como se apresenta, incorre em *venire contra factum proprium*.

3. Recurso ordinário desprovido (RHC n. 84.350/MG, *Sexta Turma*, Rel. Min. *Maria Thereza de Assis Moura*, DJe de 24/08/2017, grifei).

Ante o exposto, por não vislumbrar a existência de argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente exposto, *nego provimento* ao agravo regimental, mantendo, por seus próprios fundamentos, o ato decisório objurgado.

É o voto.

—

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 1.765.139-PR
(2018/0234274-3)**

Relator: Ministro Felix Fischer

Agravante: Luiz Inácio Lula da Silva

Advogados: Luís Carlos Sigmaringa Seixas - DF000814

José Roberto Batochio - SP020685

Manoel Caetano Ferreira Filho - PR008749

José Paulo Sepulveda Pertence - DF000578

José Gerardo Grossi - DF000586

Evandro Luís Castello Branco Pertence - DF011841

Valeska Teixeira Zanin Martins - SP153720

Cristiano Zanin Martins - SP172730

Agravado: Ministério Público Federal

EMENTA

Processo Penal. Agravo regimental da decisão que conheceu em parte e, nessa extensão, negou provimento ao recurso especial. Decisão monocrática. Sustentação oral. Inadmissibilidade. Súmula 7 do STJ, 283 e 284 do c. STF. Aplicabilidade. Dosimetria de pena. Circunstâncias judiciais. Artigo 59 CP. Circunstâncias legais. Artigo 65, I, CP. Readequação. Necessidade. Pena de multa. Dias-multa. Critério trifásico. Proporcionalidade. Reparação do dano. Remodulação. Agravo regimental parcialmente provido.

I - O c. Supremo Tribunal Federal negou seguimento ao habeas corpus naquela e. Corte impetrado contra a decisão monocrática ora guerrada, eis que não demonstrada causa de ilegalidade flagrante ou teratologia a legitimar a excepcional concessão da ordem de ofício (STF - HC n. 165.973/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, DJe de 21/02/2019).

II - O agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada por seus próprios fundamentos.

III - O art. 932, III, do CPC, aplicável por força do art. 3º do CPP, estabelece como incumbência do Relator “não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida”.

IV - Na mesma linha, o RISTJ, no art. 34, XVIII, “b”, dispõe que o Relator pode decidir monocraticamente para “negar provimento ao recurso ou pedido que for contrário a tese fixada em julgamento de recurso repetitivo ou de repercussão geral, a entendimento firmado em incidente de assunção de competência, a súmula do Supremo Tribunal Federal ou do

Superior Tribunal de Justiça ou, ainda, a jurisprudência dominante sobre o tema”.

V - Não por outro motivo, a Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula n. 568, segundo a qual “o relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema”.

VI - A decisão monocrática proferida por Relator não afronta, em casos tais, o princípio da colegialidade e tampouco configura cerceamento de defesa, sendo certo que a possibilidade de interposição de agravo regimental contra a respectiva decisão, como ocorre na espécie, permite que a matéria seja apreciada pela Turma, o que afasta absolutamente o vício suscitado pelo agravante.

VII - A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça sedimentou o entendimento de que o julgamento dos recursos em matéria criminal, independe de prévia publicação da pauta para a intimação das partes, conforme dispõe o art. 258 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que o feito é apresentado em mesa.

VIII - No que se refere à preliminar de conversão do feito em diligência, para análise dos fatos alegados como novos pelo agravante, valendo-se do artigo 938 do CPC e artigo 8.2 do Pacto de San José da Costa Rica, c/c artigo 3º do CPP, não merecem prosperar as teses defensivas, pois não se faz possível extrair dos artigos e da narrativa apresentada pelo agravante, qualquer similitude fática ou jurídica com o objeto do recurso, uma vez que a matéria apresentada escapa, em absoluto, a moldura fática estampada no acórdão e não se encontra entre as hipóteses abarcadas pela norma quanto à eventual necessidade de conversão do feito em diligência para posterior julgamento, eis que não há nenhuma necessidade da análise de outros fatos, nem mesmo de outros documentos para que se possa efetivar o desfecho do presente processo, pretendendo a defesa, mais uma vez, a realização de novo julgamento, com nova e indevida reabertura do quadro de instrução probatória e instalação de um novo contraditório no âmbito procedimental do recurso extremo.

IX - Não cabe deferir, da mesma forma, a juntada de documentos relacionados a detalhes sobre outros processos de delação premiada envolvendo ex-executivos da OAS (que nada mais são: Doc. 10 - Inicial

da Reclamação Trabalhista ajuizada por Adriano Santana; Doc. 11 - Documentos comprobatórios juntados à inicial da Reclamação Trabalhista ajuizada por Adriano Santana Quadros de Andrade; Doc. 12 - Razões finais apresentadas pelo Sr. Adriano Santana Quadros de Andrade; Doc. 13 - Ata da audiência realizada em 10/10/2018, referente aos autos da Reclamação Trabalhista n. 1000911-90.2018.5.02.0031; Doc. 14 - Sentença proferida na Reclamação Trabalhista n. 1000911-90.2018.5.02.0031; Doc. 15 - Recurso ordinário interposto contra a sentença proferida na Reclamação Trabalhista n. 1000911-90.2018.5.02.0031 - fls. 77.037), uma vez que, tal qual acima mencionado, o seu conteúdo, ademais de conduzir à uma profunda análise de fatos (*alheios*) que não possuem o condão de obstar a apreciação do recurso especial (que já se encontra maduro para julgamento), ultrapassam os limites de cognição então modulados pela c. Corte Regional, não sendo essa, definitivamente, a exegese dos dispositivos mencionados pelo agravante (artigo 938 do CPC e artigo 8.2 do Pacto de San José da Costa Rica, c/c artigo 3º do CPP), *não cabendo*, nem mesmo, determinar ao Juízo da 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba/PR, que possibilite o acesso ao agravante dos procedimentos descritos às fls. 77.035 (cooperação internacional entre Brasil e Estados Unidos para investigar pessoas físicas e jurídicas que cometeram crimes contra a Petrobrás), uma vez que não demonstrada qualquer pertinência com o objeto de fundo aqui guerreado, não bastando à defesa mencionar que tais “*acordos existem e tramitam perante o juízo que condenou o ex-presidente Lula em primeiro grau*” (fl. 77.023).

X - *Da mesma forma*, inadmissível o perquirido *sobrestamento do feito até o julgamento do Habeas Corpus n. 165.973 (impetrado contra decisão monocrática deste Relator no recurso especial)*, o qual já teve negado seguimento pelo c. Supremo Tribunal Federal, a uma, porque não possui efeito suspensivo em relação à análise da irrisignação por esta Corte, a duas, porque o presente agravo regimental é a via adequada para se discutir eventual macula no *decisum* recorrido.

XI - Quanto à *remessa do feito à Justiça Eleitoral*, razão também não merece ao agravante, quanto mais ao se levar em consideração o fato de que a questão da competência do Juízo Federal da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR já foi amplamente examinada e decidida em todos os graus de jurisdição, cabendo ressaltar as Exceções de

Incompetência Criminal n. 5051562-04.2016.4.04.7000/PR e n. 505365707.2016.4.04.7000/PR, apreciadas pelo Juízo Federal da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR e pela 8ª Turma do e. TRF/4ª Região, RHC n. 62.176/PR, apreciado pela 5ª Turma desta Corte de Justiça, Reclamação n. 17.623, Reclamação n. 20.175/PR e Reclamação n. 25.048/PR, julgada pela 2ª Turma do c. Supremo Tribunal Federal.

XII - Ademais, não há imputação alguma de autoria e materialidade dos crimes eleitorais, alegados pela defesa, valendo ressaltar, *obiter dictum*, que muito embora suscite o agravante um cenário de hipotético crime eleitoral, trazendo à baila a conduta capitulada no *artigo 350 do Código Eleitoral (falsidade ideológica eleitoral)*, a ação de usar dinheiro oriundo de origem criminosa na campanha eleitoral não está prevista como crime eleitoral na respectiva legislação (Lei n. 9.504/97 ou no Código Eleitoral).

XIII - No mesmo compasso, o quadro também narrado pela defesa, de eventual cometimento de crime de *apropriação indébita eleitoral (art. 354-A do Código Eleitoral - Apropriar-se o candidato, o administrador financeiro da campanha, ou quem de fato exerça essa função, de bens, recursos ou valores destinados ao financiamento eleitoral, em proveito próprio ou alheio)*, sequer merece ser considerado, uma vez que *os fatos descritos na denúncia foram cometidos antes da criação do tipo em questão (06/10/2017), não havendo que se aplicar retroativamente a norma, para se firmar competência, eis que modula tipificação absolutamente diversa, quanto mais ao se levar em conta que a verba nesse procedimento narrada como desviada possui origem ilícita, vale dizer, produto de corrupção*. Ainda, qualquer intelecção no sentido de se avaliar possível subsunção fática ao referido tipo escaparia à idéia de mera reavaliação da prova, ao passo em que demandaria profunda análise de circunstâncias alheias à moldura fática estampada no acórdão, indo de encontro ao Verberte 07 do STJ.

XIV - *Noutro compasso*, no que se refere às alegadas violações aos artigos 69, 70, 76 e 77 do CPP, na mesma esteira do c. Tribunal *a quo*, vale registrar que o discurso retórico, *sem o preciso apontamento da violação decorrente do julgado*, não perfaz a imprescindível tecnicidade demandada pelos recursos excepcionais, fazendo incidir o óbice previsto na Súmula 284/STF, segundo a qual “*é inadmissível o recurso*

extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”.

XV - A questão relativa à competência da 13ª Vara Federal de Curitiba para o processamento dos feitos nos casos que envolvem a Operação Lava-Jato, por sua vez, já restou devidamente assentada no âmbito dos Tribunais Superiores, tendo sido amplamente examinada nas Exceções de Incompetência Criminal n. 5051562-04.2016.4.04.7000/PR e 5053657-07.2016.4.04.7000/PR, encontrando-se a decisão agravada, portanto, em consonância com a jurisprudência dominante acerca do tema, o que atrai a Súmula 598 do STJ, no sentido de que “*O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema*”.

XVI - No que tange a alegada suspeição do Magistrado, vale registrar que este Tribunal Superior, por diversas vezes, já se manifestou (podendo-se citar os AREsp's 1.105.620/RS; 1.280.825/PR; 1.093.113/RS; 1.142.926/PR; 1.332.531/PR), no sentido de que, não obstante pretenda o recorrente trazer à baila eventual violação aos ditames legais, ademais de Tratados Internacionais, não há como se estender, seja em termos de cognição horizontal ou vertical, a análise para além da moldura fática estampada por meio do aresto impugnado, o que é vedado pela *Súmula 07 dessa Corte, “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”*.

XVII - No mesmo diapasão, a análise da tese de defesa relativa à suposta atuação abusiva dos Procuradores da República, nos termos em que ventilada, demandaria, necessariamente, revolvimento fático-probatório, inviável na seara especial, tal qual aduz a *Súmula 07 dessa Corte, “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”*.

XVIII - Igualmente, não merece trânsito a pretensão no que concerne à apontada violação aos artigos 383 e 384 do CPP, pela infringência ao princípio da correlação, *uma vez que o decisum emanado pela instância ordinária não transbordou os limites da imputação delineada pelo parquet, cabendo ponderar, ademais, que a utilização de expressões sinônimas para demonstrar que o imóvel recebido como vantagem indevida fora cedido/transmitido de fato ou, na exposição do acórdão, atribuído ao paciente, não representa afronta à estabilidade do*

*objeto do processo, mormente ao se levar em consideração que os fatos que ensejaram a apresentação de denúncia correspondem àqueles reconhecidos em sede condenatória, ao passo em que, entender de modo diverso do proposto pelas instâncias ordinárias, demandaria uma indevida incursão para além do quadro fático estampado no *decisum* guerreado, o que é vedado pela Súmula n. 07 do STJ “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.*

XIX - Conforme a jurisprudência desta Corte Superior, o indeferimento da produção de provas é ato norteado pela discricionariedade regrada do julgador, podendo ele, portanto, indeferir, *desde que motivadamente*, as diligências que considerar protelatórias e/ou desnecessárias, ao passo em que, chegar à conclusão diversa, demandaria a incursão aprofundada acerca da viabilidade ou pertinência da prova, esbarrando no óbice da *Súmula 07 do STJ*, salvo nos casos de patente ilegalidade, o que não se restou verificado no presente procedimento.

XX - **Noutro ponto, o recorrente deixou de infirmar, de maneira adequada e suficiente, qual seria a violação daquilo que predispõe o artigo 7º, inciso X, da Lei n. 8.906/94** (*usar da palavra, pela ordem, em qualquer juízo ou tribunal, mediante intervenção sumária, para esclarecer equívoco ou dúvida surgida em relação a fatos, documentos ou afirmações que influam no julgamento, bem como para replicar acusação ou censura que lhe forem feitas*), ou seja, especificamente, não enfrentou de maneira adequada a não incidência da *Súmula 284 do STF* “*É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia*”.

XXI - No que se refere à alegação de afronta ao disposto no artigo 231 do CPP (*salvo os casos expressos em lei, as partes poderão apresentar documentos em qualquer fase do processo*), pelo não conhecimento de documentos novos pela e. Corte Regional, vale consignar que não é de ser admitida a pretensão recursal, uma vez que o indeferimento da produção de provas é ato norteado pela discricionariedade regrada do julgador, podendo ele, portanto, indeferir, desde que motivadamente, *no presente caso por meio do reconhecimento da preclusão consumativa*, as diligências que considerar protelatórias e/ou desnecessárias, ao passo em que, chegar à conclusão diversa, demandaria a incursão

aprofundada acerca da viabilidade ou pertinência da prova, esbarrando no óbice da *Súmula 07 do STJ, salvo nos casos de patente ilegalidade, o que não se restou verificado no presente procedimento.*

XXII - Não há ofensa ao art. 619 do CPP (aos acórdãos proferidos pelos Tribunais de Apelação, câmaras ou turmas, poderão ser opostos embargos de declaração, no prazo de dois dias contados da sua publicação, quando houver na sentença ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão), eis que a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, tendo os votos condutores do acórdão recorrido e do acórdão proferido em sede de Embargos de Declaração apreciado, de forma fundamentada, coerente e completa, as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida.

*XXIII - Quanto à tese defensiva no sentido de que a condenação teria se fulcrado apenas no depoimento do corréu, e não também em outros elementos de prova, não obstante a pretensão do agravante, alterar as premissas do acórdão, que consignou a existência de diversas provas materiais, a exemplo de mensagens eletrônicas, documentos e laudos, a corroborarem a prova oral produzida e que formam um quadro coerente com aquilo que restou reconhecido na sentença, impõe, de modo profundo, o reexame dos elementos de convicção inserto nos autos, com o indevido revolvimento fático-probatório, o que é vedado pela *Súmula 07 desta Corte de Justiça.**

XXIV - No que tange a alegada afronta ao art. 317 do CP (solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem), alegando-se a ausência de comprovação quanto à relação entre o suposto recebimento da vantagem e a prática de ato de ofício pelo agravante, cumpre registrar que a e. Corte de origem demonstrou claramente todos os contornos a que se submete a idéia daquilo que se pode entender por ato de ofício, delineando, amplamente, por meios de dados empíricos, a atitude perpetrada pelo agravante, atrelando-a com as provas colacionadas ao feito, as quais consideraram que não se exige a demonstração de participação ativa do agravante em cada um dos contratos, sendo ele o garantidor de um esquema maior, que tinha por finalidade incrementar de modo subreptício

o financiamento de partidos, pelo que agia nos bastidores para nomeações e manutenções de agentes públicos em cargos chaves para a empreitada criminosa, de modo que, qualquer solução diversa, inevitavelmente, levaria à indevida incursão no acervo fático-probatório, vedado pela Súmula 07 desta Corte.

XXV - No que pertine a tese de defesa consistente na falta absoluta de provas para a condenação, pode-se observar, por meio das argumentações exaradas pelo recorrente, que se pretende nada mais do que buscar, no mérito, a reanálise probatória, não para se atestar eventual atipicidade normativa, mas para se promover um novo julgamento, com cotejo analítico dos elementos de cognição, vedado pela Súmula 07 desta Corte.

XXVI - Quanto à alegação de ocorrência de bis in idem na condenação pelo delito de lavagem de dinheiro, pode-se observar que, apesar da condução dos argumentos apresentados pelo agravante, no sentido de se discutir qual tese serviria como vetor a nortear a presente insurgência, mais uma vez, busca-se adentrar na matéria fática, a fim de merecer novo julgamento da causa, eis que o e. Tribunal de origem, firmou seu entendimento com base nos elementos de cognição insertos nos autos, para concluir, de forma inequívoca, a autonomia do crime de lavagem de dinheiro frente ao crime antecedente, não se tratando, no caso, de mero exaurimento.

XXVII - Acerca da dosimetria da pena, revendo meu entendimento anterior, primeiro quanto ao crime de corrupção passiva, e no que se refere às circunstâncias descritas no artigo 59 do CP, não verifico ilegalidade ou mesmo arbitrariedade na valoração negativa das quatro circunstâncias judiciais (culpabilidade, circunstâncias, motivos e consequências do crime), consideradas pelo e. Tribunal de origem, todavia, reduzo o patamar estipulado pela c. Corte a quo e exaspero em 9 (nove) meses cada uma das vetoriais, considerando o intervalo de apenamento estabelecido no preceito secundário do tipo incriminador, o qual estabelece a pena de 2 a 12 anos de reclusão, fixando a pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão.

XXVIII - Já na segunda fase de aplicação da pena, deverá ser mantida a atenuante inserta no artigo 65, I, do CP, todavia, com a redução fixada pelo e. Tribunal de origem, no patamar de 1/6 (um sexto), restando a reprimenda concretizada, portanto, em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão.

XXXIX - Quanto à insurgência em relação § 1º, do artigo 317 do CP, avaliar, em meio ao restrito âmbito de cognição dos recursos extremos, *se o ato de ofício perpetrado pelo agravante, a sua atitude em influenciar na nomeação e manutenção de diretores da Petrobrás, além da representação da Estatal nas licitações e contratos, não integraria as atribuições do Presidente da República*, demandaria profunda reanálise do quadro fático probatório, o que é vedado pela *Súmula 07 desta Corte de Justiça*.

XXX - Frente à tais considerações, e levando-se em conta a readequação das circunstâncias judiciais, com a manutenção das 04 (quatro) vetoriais consignadas pela c. Corte de origem e a respectiva exasperação em *09 (nove) meses*, bem como a *redução da atenuante referente à maioria em 1/6 (um sexto)* e a *majoração de 1/3 (um terço)*, inserta na causa de aumento de pena consignada no § 1º, do artigo 317 do Estatuto Repressivo, *fixo a pena do crime de corrupção passiva em 5 (cinco) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão*.

XXXI - Quando ao *crime de lavagem de dinheiro*, no que se refere às circunstâncias descritas no *artigo 59 do CP*, tenho que deverá se manter presente somente aquela atinente à *culpabilidade*, extirpando-se, pela fundamentação inadequada (vaga e sem embasamento fático e jurídico), as *circunstâncias e conseqüências do crime*, oportunidade em que fixo a *pena-base em 4 (quatro) anos de reclusão*.

XXXII - Já na *segunda fase de aplicação da pena*, deverá ser mantida a atenuante inserta no *artigo 65, I, do CP*, todavia, *com a redução fixada pelo e. Tribunal de origem, no patamar de 1/6 (um sexto)*, restando a reprimenda concretizada, portanto, *em 3 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão*.

XXXIII - *Não havendo causas de diminuição ou aumento de pena, a pena do crime de lavagem de dinheiro será, então, fixada em 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão*.

XXXIV - *Pelo concurso material (CP, art. 69)*, devem ser somadas as penas do crime de lavagem de dinheiro (3 anos e 4 meses de reclusão) e aquela correspondente ao crime de corrupção passiva (5 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão), *ficando definida a pena total em 8 (oito) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão*.

XXXV - No tópico relativo à suposta inobservância de parâmetros legais na aplicação da *pena de multa*, em um primeiro momento, tendo conta a *remodulação da pena corporal*, necessário se faz adequar o número de dias-multa, sendo que, *para o crime de corrupção passiva*, fixo o *quantum* de 35 (trinta e cinco) dias-multa e *para o crime de lavagem de dinheiro*, 15 (quinze) dias multa, os quais, *frente ao que dispõe o artigo 72 do Estatuto Repressivo*, uma vez somados, correspondem à 50 (cinquenta) dias-multa.

XXXVI - Quanto ao *valor do dia-multa*, não obstante a argumentação tecida pela defesa, *verifica-se que a favorável condição socioeconômica do agravante foi devidamente explicitada no édito condenatório, sendo posteriormente confirmada pelo e. Tribunal de origem, soberano na análise das circunstâncias fáticas da causa e com base nos dados concretos dos autos, razão pela qual, para desconstituir as decisões ordinárias, concluindo pela desfavorável condição financeira do então recorrente, seria inevitável a reapreciação dos dados fático probatórios do processo-crime*, tarefa que é incompatível com a via do recurso especial, tendo em conta o disposto na *Súmula 07 do STJ*.

XXXVII - No mesmo sentido, quanto à alegada *prescrição da pretensão punitiva*, o recorrente propõe uma *construção intelectual de fatos*, sugerindo, inclusive, a *readequação do tipo penal*, com a *concatenação de ideais*, o que demandaria a *nova e exauriente reanálise da matéria fático-probatória*, quanto mais ao se constatar as *datas corretas dos delitos em que se viu condenado o agravante*, não havendo que se mensurar a *ocorrência de lapso prescricional*, mesmo considerando a *idade superior a 70 anos quando da prolação a sentença*, eis que tal *incursão se faz vedada pela Súmula 07 deste Tribunal Superior*.

XXXVIII - No que toca ao argumento referente à *reparação de danos*, tenho que deverá ser mantida a respectiva condenação, todavia, como *parâmetro indenizatório*, revendo meu anterior entendimento, considerando que o *agravante se encontra condenado pelo recebimento somente de parte da propina atribuída ao Partido dos Trabalhadores*, consistente no valor de R\$ 2.424.991,00, deverá ser o *valor reparatório*, nos moldes em que preconiza o *artigo 384, IV, do CPP*.

XXXIX - Naquilo que toca à *progressão de regime condicionada à reparação do dano*, ao que se pode observar, na esteira do acórdão

objurgado, é que a *c. Suprema Corte* reconheceu como constitucional o art. 33, § 4º, do Código Penal, que condiciona a progressão de regime, no caso de crime contra a Administração Pública, à reparação do dano ou à devolução do produto do ilícito.

XL - Quanto à possibilidade de se executar provisoriamente a reprimenda, após exauridas as instâncias ordinárias, denota-se que a decisão está em consonância com a jurisprudência tanto da *c. Corte Suprema* (HC n. 126.292/SP), quanto desta Corte de Justiça (HC n. 434.766/PR).

Agravo Regimental parcialmente provido.

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 parcial provimento ao agravo regimental, a fim de remodelar as penas referentes aos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro, para 8 (oito) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 50 dias-multa, bem como para reduzir o valor mínimo indenizatório a R\$ 2.424.991,00, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Em relação à multa, vencido, em parte, o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, que dava provimento em maior extensão (41 dias-multa).

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Brasília (DF), 23 de abril de 2019 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJe 8.5.2019

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão de minha relatoria, a qual conheceu em parte e, nessa extensão, negou provimento ao recurso especial interposto por **Luiz Inácio Lula da Silva**, com fundamento no art. 255, § 4º, II, do RISTJ (fls. 76.671-76.759).

Ressai das alegações aventadas pelo agravante, a pretensão de que seja efetivado o juízo de retratação, insistindo nas mesmas teses já esboçadas quando da interposição do recurso especial.

Nesse diapasão, e, *em sede preliminar*, sustenta ser inadequado o julgamento monocrático do apelo extremo, eis que levaria, sob a ótica defensiva, à subtração “*em primeira mão*” (fl. 76.777), da análise pelo colegiado quanto às teses então avocadas pelo agravante, com a conseqüente inviabilização de sustentação oral pelos respectivos procuradores, vulnerando-se as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, bem assim as prerrogativas da advocacia, mormente pelo fato de se restarem as teses ventiladas na irresignação devidamente fundamentadas e de acordo com a jurisprudência das Cortes Superiores.

No mérito, destacando possíveis afrontas ao texto legal, busca demonstrar:

(i) Inobservância das regras de determinação de competência, inclusive de jurisprudência assentada pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema (INQ 4.130 QO), em razão da inexistência de conexão instrumental entre os fatos relativos ao apartamento triplex e os aludidos contratos da Petrobras mencionados na denúncia, violando os arts. 69, 70, 76, 77, e 78, caput e inciso II, ‘a’, do CPP;

(ii) Ausência de imparcialidade do juiz sentenciante, por existência de interesse no desfecho processual e por possuir relação de inimizade capital com o Agravante, o que pode ser aferido a partir do exame subjetivo de sua imparcialidade, como também por meio de exame objetivo (aparência de imparcialidade), pois o magistrado não ofereceu à sociedade garantias de que o Agravante estava sendo processado por um juiz imparcial, em afronta aos arts. 254, I do CPP, e art. 145, IV, do CPC c/c art. 3º do CPP;

(iii) Atuação abusiva e despida da mínima isenção e impessoalidade dos Procuradores da República que atuaram no caso, afrontando os arts. 257 e 258 do CPP e art. 54.1, “a” do Estatuto de Roma;

(iv) Ausência de correlação entre a acusação e o acórdão condenatório, tendo o Agravante sido condenado por fatos distintos daqueles descritos na denúncia, maculando os arts. 383 e 384 do CPP;

(v) Cerceamento de defesa, materializado em reiterados indeferimentos de provas pertinentes e relevantes ao deslinde processual, fixação de prazos exíguos para a defesa e atos arbitrários praticados em audiências, em dissonância com os arts. 158, 231, 234, 400, § 1º, 402, e 619 do CPP e art. 7º, X, da Lei 8.906/94;

(vi) *Condenação fundada decisivamente em depoimento incriminatório do corréu Léo Pinheiro (chamamento de corréu), desacompanhado de documentos comprobatórios, vilipendiando o art. 4º, § 16º, da Lei 12.850/13;*

(vii) *Atipicidade da conduta atribuída ao Agravante, vez que foi condenado por lhe ter sido “atribuído” ou “reservado” um imóvel, ação não tipificada no preceito primário do delito de corrupção passiva, havendo violação ao princípio da legalidade, afrontando os arts. 1º e 317 do CP;*

(viii) *Atipicidade da conduta atribuída Agravante sob outro enfoque, pois o acórdão deixou de indicar o ato de ofício hipoteticamente praticado por ele e necessário à configuração do delito de corrupção passiva, conforme assentada jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal; ainda que se considere como ato de ofício a nomeação e manutenção de diretores da Petrobras, a conduta ainda seria atípica, pois as referidas ações não estão inseridas no rol de atribuições do Presidente da República, inexistindo nexos causal entre conduta e resultado, o que viola os arts. 29 e 317 do CP;*

(ix) *Atipicidade da conduta atribuída ao Agravante ainda sob outra ótica, por não se poder imputar o resultado (fraudes na Petrobras) à conduta de meramente encaminhar nome ao Conselho de Administração da Petrobras, de modo que não houve criação de risco não permitido, tampouco realização deste (inexistente) risco no resultado, conforme ensina a teoria da imputação objetiva, aviltando os arts. 13 e 317 do CP;*

(x) *Condenação lastreada em crime impossível, em razão de que a OAS Empreendimentos, apesar de ser a proprietária do imóvel, não detinha domínio sobre sua disponibilidade futura, uma vez que os direitos creditórios já haviam sido cedidos ao FGTS, o que afronta os arts. 17 e 317 CP;*

(xi) *Falta absoluta de provas para a condenação, infringindo os arts. 155 e 156 do CPP;*

(xii) *Não configuração do delito de lavagem de dinheiro, havendo bis in idem na condenação exarada pelo acórdão, pois, partindo-se da premissa de que o crime de corrupção se realizou, o recebimento da vantagem indevida de modo clandestino configuraria, quando muito, mero exaurimento do delito de corrupção, o que desrespeita o art. 1º da Lei 9.613/98;*

(xiii) *Subsidiariamente, incorreta dosimetria da pena, havendo bis in idem na fixação da pena base e determinação das circunstâncias judiciais, bem como aumento descabido de pena, pois o próprio acórdão não consegue indicar qual seria o ato de ofício específico praticado pelo Agravante; referida exasperação de pena é indevida,*

pois utilizada para evitar a prescrição da pretensão punitiva, o que deixa de observar os arts. 59 e 317, § 1º do CP;

(xiv) Inobservância dos parâmetros legais na aplicação da pena de multa, pois para sua fixação observou-se tão somente a renda declarada relativa ao ano de 2016, enquanto deveria ter em conta sua renda média, afrontando o art. 60 do CP;

(xv) Ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, vez que os supostos delitos de corrupção passiva e lavagem de dinheiro perpetrados pelo Agravante consumaram-se, respectivamente, entre os anos de 2003/2004 e 2009, infringindo os arts. 107, IV, 110 e 115 do Código Penal;

(xvi) Imposição de descabido valor a título de reparação de danos, violando o art. 387, IV do CPP;

(xvii) Invasão da competência do Juízo da Execução ante a determinação de que a progressão de regime ficaria condicionada à reparação do dano, permitindo que o Agravante possa permanecer preso por dívida civil, o que viola o art. 66, III, “b” da Lei n. 7.210/1984 e o art. 7.7 da CADHF” (fls. 76.771/76.774).

Pleiteia, também, que seja o presente agravo submetido a julgamento pela 5ª Turma deste Tribunal, *para que seja reformada a decisão objurgada, com o conhecimento e provimento do apelo especial e a consequente anulação/reforma dos acórdãos condenatórios, a fim de se declarar as nulidades processuais aventadas; absolver o agravante da injusta condenação; ou, ainda, reconhecer a prescrição da pretensão punitiva.*

Alternativamente, frente às alegadas contrariedades aos invocados dispositivos de Lei Federal, busca redimensionar o *quantum* da pena para o mínimo legal, bem como rever o valor fixado a título de reparação de danos e de multa, ou, ainda, afastar a indevida invasão da competência do juízo da execução penal.

Foi impetrado Habeas Corpus junto ao c. Supremo Tribunal Federal, oportunidade em que o em. Min. Edson Fachin negou seguimento ao mandamus, eis que não demonstrada causa de ilegalidade flagrante ou teratologia a legitimar a excepcional concessão da ordem de ofício (STF - HC n. 165.973/PR, DJe de 21/02/2019).

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal, por meio de sua Subprocuradora-Geral da República Aurea Maria Etelvina Nogueira Lustosa Pierre, não obstante, em um primeiro momento, tenha opinado pelo

não conhecimento do recurso especial (fls. 76.416-76.447), pugnou, nesta oportunidade, pelo conhecimento e provimento da irresignação, a fim de se possibilitar a participação da defesa, com publicação de pauta e consequente julgamento pelo colegiado competente (fls. 76.891-76.969).

O Recorrente, às fls. 76.975/77.358, alegando fatos novos:

“I. Requer-se, com amparo no art. 8.2 do Pacto de San José da Costa Rica, no art. 938 do CPC c.c o art. 3º do CPP, na Súmula 456/STF e no magistério jurisprudencial do RE 346.736 AgR-ED (Relator Min. Teori Zavascki), a excepcional conversão do julgamento em diligência, oficiando-se a Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras), com endereço em Av. República do Chile, 65 - Centro, Rio de Janeiro - RJ, 20.031- 912, para:

I.1. Querendo, se manifestar sobre os fatos apontados no petitório, expondo as razões para que ofereça versões antagônicas, nos Estados Unidos da América e no Brasil, sobre os mesmos fatos, esclarecendo-se, afinal, qual dos dois relatos corresponde à verdade;

I.2. Juntar aos autos (a) cópia integral dos autos do processo em que foram firmados o Non-Prosecution Agreement (DoJ) e o Cease-And-Desist-Order (SEC) com autoridades estadunidenses; bem como (b) cópia de todas as tratativas escritas mantidas com autoridades estadunidenses e com o Ministério Público Federal que anteciparam a assinatura dos referidos acordos; e ainda (c) cópias de outros documentos relacionados aos acordos em questão (correspondência, pré-acordos e acordos), possivelmente havidos pela Petrobras, que se relacionem com afirmados crimes ocorridos na empresa e que foram tratados na denúncia originária da condenação da qual se insurge.

II. Requer-se seja determinado ao Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR que conceda ao Recorrente acesso irrestrito aos processos de n. 5053343-32.2014.4.04.7000, 5003455-60.2015.4.04.7000, 5005238-87.2015.4.04.7000, 5009225-34.2015.4.04.7000, 5020678-26.2015.4.04.7000, 5039152-45.2015.4.04.7000, 5039688-56.2015.4.04.7000 5057296-67.2015.4.04.7000, 5031752-43.2016.4.04.7000, 5036358-17.2016.4.04.7000, 5004569-63.2017.4.04.7000, 5019137-84.2017.4.04.7000. 5033702-53.2017.4.04.7000, que atualmente lá tramitam sob sigilo (cooperação internacional entre Brasil e Estados Unidos), cadastrando-se nas respectivas plataformas de acompanhamento processual (e-proc) o advogado Cristiano Zanin Martins, OAB/SP 172.730.

II.1. Após a concessão de acesso, pede-se seja conferido prazo razoável à Defesa para análise das evidências e juntada de documentos pertinentes ao deslinde do feito, que deverão ser considerados quando do julgamento deste processo.

III. Também se mostra necessária a juntada dos documentos de n. 10 a n. 15, relacionados a detalhes sobre os processos de delação premiada envolvendo ex-executivos da OAS, para que sejam considerados quando do julgamento de mérito, na forma do art. 493, caput do CPC.

IV. Por fim, requer-se seja determinado o sobrestamento do presente apelo até o julgamento do Habeas Corpus n. 165.973, que contesta a higidez da decisão monocrática proferida por esta Relatoria (23.11.2018), e que será, pela via do agravo regimental, apreciado pela C. 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal” (fls. 770354/77035).

Já às fls. 77.362-77.395, suscitando *matéria de ordem pública*, pleiteia a incompetência absoluta, *ratione materiae*, da tramitação e do julgamento da Ação Penal n. 5046512-94.2016.4.04.7000 nas instâncias ordinárias, bem como seja declarada a nulidade de todos os atos praticados pelos órgãos judiciários alegados incompetentes, com a conseqüente remessa do processo à Justiça Eleitoral, para que a matéria seja deduzida perante o juiz natural da causa e por este então julgada.

Às fls. 77.396-77.399, mais uma vez, almeja a prévia intimação da sessão de julgamento da presente irresignação.

Mais uma vez instado o Ministério Público Federal, em parecer de difícil inteligência, a Subprocuradora-Geral da República Aurea Maria Etelvina Nogueira Lustosa Pierre, manifesta-se às fls. 77.410-77.418, todavia, postulando diligências desconexas à matéria de fundo travada no procedimento, colacionando, para tanto, jurisprudência que não se anela à hipótese, a fim de, nessa esteira, requerer:

“Assim, o Ministério Público Federal (MPF) vem:

I - pelo sobrestamento da Petição, tendo em vista a determinação do STF - na ADPF n. 568, Medida Cautelar em que determinou a “(...) a suspensão de todas as ações judiciais, em curso perante qualquer órgão ou Tribunal, ou que, eventualmente, venham a ser propostas e que tratem do objeto impugnado na presente ADP”;

1.1 - sobrestamento coincidente com o pedido final de sobrestamento do feito em virtude do julgamento do HC n. 165.973 - pautado no STF para julgamento em 12/4/2019 (AgRg);

II - em nome do Princípio da Eventualidade - pela aplicação do CPC - art. 938, § 3º e RI/STJ - art. 168”.

Em continuidade, posiciona-se a Subprocuradora-Geral da República Aurea Maria Etelvina Nogueira Lustosa Pierre, agora de encontro ao Regimento interno desta Corte Superior, “*pelo deferimento da prévia intimação do julgamento do Agravo Regimental, como adotado pelo STF para o Agravo Regimental também da Parte, contra Decisão no HC n. 165.973, pautado para 12/4/2019*” (fls. 77.419-77.420).

Novamente chamada a se manifestar, a Subprocuradora-Geral da República Aurea Maria Etelvina Nogueira Lustosa Pierre, desta vez, opina pelo não deslocamento de competência para a Justiça Eleitoral (fls. 77.425-77.440).

Por manter a decisão ora agravada, trago o feito ao colegiado.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): O presente Agravo Regimental não merece provimento.

Sustenta o Agravante, em apertada síntese, a necessidade de reforma do *decisum guerreado*, sob o argumento *não só de ofensa ao princípio da colegialidade, mas também pelo fato de não estarem os vetores defensivos pacificados no seio dos Tribunais Superiores, razão pela qual não se faria legítima a mera aplicação das súmulas colacionadas, eis que se restaram preenchidos, sob a ótica defensiva, todos os requisitos legais e constitucionais necessários ao conhecimento e provimento do apelo.*

Cumprе destacar, inicialmente, que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a decisão vergastada por seus próprios fundamentos.

Nesse compasso, muito embora o teor das razões suscitadas no presente recurso, não vislumbro elementos hábeis a alterar o *decisum* de fls. 76.671-76.759, ao contrário, os argumentos ali externados por esta relatoria merecem, s.m.j., na sua integralidade, ser ratificados pelo Colegiado.

Vale registrar, *em sede preliminar*, o consignado pelo agravante quanto à *alegada inadequação do julgamento monocrático do recurso especial, in verbis*:

“O presente agravo regimental se insurge contra decisão monocrática proferida pelo e. Min. Felix Fischer que se encontra, sempre com o devido acatamento: (i)

desprovida de fundamentação idônea, em afronta ao princípio da fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX da CF) e (ii) em manifesta contrariedade com a evidência dos autos, por ser patente que o Recurso Especial veiculado mostra-se (ii.1) inserido nas balizas legais que estabelecem os requisitos de cognição dos recursos extraordinários, desnecessitando-se de incursão no arcabouço fático e probatório, (ii.2) devidamente fundamentado, e (ii.3) em consonância com a jurisprudência dos Tribunais Superiores, inclusive com precedentes de lavra deste Relator, como será exposto no decorrer do presente instrumento recursal.

Assim, evidente a inadequação do julgamento monocrático do Recurso Especial, que subtraiu do Colegiado a análise em primeira mão das relevantes teses veiculadas no apelo. Ao assim proceder, retirou-se do Agravante o direito de participação do julgamento, incluindo-se à realização de sustentação oral por sua Defesa Técnica, o que afronta, sem peias, a garantia constitucional da ampla defesa (CR/88, art. 5º, LV). Ademais, tendo em vista a praxe deste Relator em levar agravos regimentais diretamente em mesa para julgamento pelo Colegiado, sem prévia inclusão em pauta, ou qualquer espécie de intimação da Defesa, faz-se recair sobre esta, acaso deseje acompanhar pessoalmente o julgamento, oportunidade em que obstina suscitar todas as questões de ordem e prestar todos os esclarecimentos de fato que se evidenciarem necessários, o insustentável ônus de comparecer a todas as sessões da Colenda 5ª Turma a partir da presente data.

A conjuntura acima descrita colide frontalmente com as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV da CF), bem como desrespeita as prerrogativas da advocacia, basilares em um genuíno Estado Democrático de Direito e tuteladas em sede constitucional (art. 133 da CF) e infraconstitucional (art. 7º, X da Lei n. 8.906/1994).

[...]

À luz dos fatos acima delineados, afigura-se indispensável que o eminente Relator exerça o juízo de retratação para reconsiderar o seu decisum anterior e submeter o Recurso Especial diretamente ao Colegiado, preservando o exercício do direito de Defesa do Agravante.

Acaso não haja reconsideração, pede-se que, ao menos, assegure-se a efetiva participação da Defesa Técnica no julgamento do agravo regimental, sendo necessário, para tanto, que: (i) inclua-se o recurso na pauta de julgamento da Colenda 5ª Turma, intimando-se esta Defesa da data de realização do ato judicial, e (ii) permita-se a realização de sustentação oral, ante a relevância, complexidade e, acima de tudo, viabilidade do Recurso Especial, como será novamente repisado ao longo desta peça” (fls. 76.777-76.778).

Pois bem. Insta registrar, antes mesmo da devida incursão nas irresignações trazidas à baila, que o c. Supremo Tribunal Federal, por meio do em. Ministro Edson Fachin, negou seguimento ao habeas corpus naquela e. Corte impetrado contra a decisão monocrática ora guerrada, eis que não demonstrada causa de ilegalidade flagrante ou teratologia a legitimar a excepcional concessão da ordem de ofício, in verbis:

“3. A inadequação do habeas corpus não impede a concessão da ordem de ofício, desde que presente causa configuradora de flagrante ilegalidade ou teratologia, o que passo a examinar. Portanto, ainda que não caiba conhecer do habeas corpus diante do que é pacífica jurisprudência deste Tribunal, tem se admitido examinar a possibilidade de concessão da ordem ex officio.

3.1. Em primeiro lugar, aduz a defesa a ausência de fundamentação da decisão ora combatida, cenário a inobservar o dever constitucional de motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, CRFB).

Acerca do tema, enuncia o Código de Processo Civil o seguinte:

Art. 489. (...)

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.’

Em que pese o legítimo inconformismo da atilada defesa, verifico que o ato jurisdicional questionado, independentemente do acerto ou desacerto da conclusão

explicitada, encontra-se fundamentado. Aqui, neste momento, não se aprecia a justiça ou a correção da decisão, pois não é isso que agora (neste HC) está em causa.

Com efeito, em extensa decisão (86 laudas), o Ministro Relator discorreu sobre as teses articuladas pela defesa, enfrentando os argumentos vertidos.

Observou-se, em síntese, que as pretensões aviadas esbarravam, em linhas gerais, em questões afetas à impossibilidade de reexame de fatos e provas em sede especial (Súmula 7/STJ), à apontada deficiência de fundamentação e à compatibilidade do acórdão recorrido com a jurisprudência daquele Tribunal Superior.

Em suma, acertadamente ou não, depreendo que o ato judicial explicitou as razões jurídicas que, embora contrariamente aos interesses do recorrente, levaram ao convencimento do Ministro Relator acerca da impossibilidade de prosseguimento da irresignação excepcional, permitindo a compreensão e impugnação do comando decisório.

3.2. Em segundo lugar, cabe enfrentar o tema afeto à regularidade da atuação unipessoal do Relator.

Com efeito, a Constituição da República (art. 96, I), em decorrência da independência entre os poderes, confere aos Tribunais atribuição para elaboração de seus Regimentos Internos, direcionados à disposição acerca do funcionamento da ordem de seus serviços, inclusive sob a perspectiva da racionalidade da prestação jurisdicional.

Em relação à matéria, já decidiu esta Suprema Corte:

‘O regimento interno dos tribunais é lei material. Na taxinomia das normas jurídicas o regimento interno dos tribunais se equipara à lei. A prevalência de uma ou de outro depende de matéria regulada, pois são normas de igual categoria. Em matéria processual prevalece a lei, no que tange ao funcionamento dos tribunais o regimento interno prepondera.’ (ADI 1.105 MC, Relator(a): Min. Paulo Brossard, Tribunal Pleno, julgado em 03/08/1994, grifei)’

Cabe sopesar que esta Suprema Corte reputa legítima a atuação unipessoal do Relator, sem que a autorização regimental de provimentos monocráticos configure, por si, vulneração ao Princípio da Colegialidade.

[...]

Com efeito, a autorização de atuação unipessoal fundamenta-se ainda em razões de gestão processual e na adequação de replicação de pronunciamentos antecedentes do Estado-Juiz, circunstância a prestigiar a uniformidade e integridade da jurisprudência da Corte.

No caso concreto, a decisão atacada alicerçou-se no art. 255, § 4º, II, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça que, à semelhança do prescrito no RISTF, confere ao Relator atribuição para negar trânsito a recurso especial que contrarie prévio entendimento firmado por aquele Tribunal.

Em tais casos, a atuação do Relator não configura vulneração ao Princípio da Colegialidade, inclusive pela possibilidade, concretamente verificada no caso, de submissão da matéria ao órgão colegiado mediante interposição de agravo regimental.

3.3. Em terceiro lugar, sublinha a defesa que a possibilidade de emprego de agravo regimental não afastaria o gravame imposto à defesa, forte na inviabilidade de realização de sustentação oral e pela inexigência de intimação da defesa acerca do julgamento do respectivo agravo, que independeria de pauta.

Não se deve mesmo olvidar que o direito de defesa e as garantias processuais são prerrogativas legítimas e inafastáveis diante do Estado Constitucional e do direito democrático insculpido na Constituição da República.

Calha enfatizar que esta Suprema Corte, ao enfrentar especificamente o tema atinente ao descabimento no âmbito do RISTF de sustentação oral em agravo regimental, já decidiu:

'Impossibilidade de sustentação oral em sede de 'agravo regimental'. – *Não cabe sustentação oral, em sede de 'agravo regimental', considerada a existência de expressa vedação regimental que a impede (RISTF, art. 131, § 2º), fundada em norma cuja constitucionalidade foi expressamente reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (RTJ 137/1053 - RTJ 152/782 - RTJ 158/272-273 - RTJ 159/991-992 - RTJ 184/740-741, v.g.)." (Pet 2.820 AgR, Relator(a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 25/03/2004, grifei)*

'O Plenário desta Corte, ao examinar feitos de natureza penal, já consignou o entendimento de que 'não cabe sustentação oral, em sede de agravo regimental', considerada a existência de expressa vedação regimental que a impede (RISTF, art. 131, § 2º), fundada em norma cuja constitucionalidade foi expressamente reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal' (Pet 2.820-AgR, Rel. Min. Celso de Mello)". (RHC 144.674 AgR, Relator(a): Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 09/04/2018, grifei)

De tal modo, a expressa inadmissão regimental de sustentação oral em sede de agravo regimental, segundo posição consolidada desta Suprema Corte, não configura constrangimento ilegal. É certo também que a aplicação prática da regra regimental não pode violar garantias constitucionais.

Com relação à dispensa de inclusão em pauta, nada obstante, já se pronunciou esta Suprema Corte:

‘Embargos de declaração nos embargos de declaração no agravo regimental no recurso extraordinário. Embargos acolhidos para prestar esclarecimentos, sem modificação da decisão embargada. I – A jurisprudência da Corte é no sentido de que revestem-se de plena legitimidade constitucional as regras constantes do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF) que não permitem sustentação oral em determinados processos (art. 131, § 2º) e que definem as hipóteses de desnecessidade de prévia inclusão em pauta de certos feitos (art. 83, § 1º, III). Precedentes. II – Embargos de declaração acolhidos para prestar esclarecimentos, sem modificação da decisão embargada.’ (RE 1.018.956 AgR-ED-ED, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 27/11/2018, grifei)

A racionalidade dos precedentes desta Corte, calcada em questões atinentes ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, aplica-se, mutatis mutandis, aos questionamentos derivados do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, dada a similitude dos dispositivos e a equivalência de pressuposto de validade (qual seja, o art. 96, I, CRFB).

Cingiu-se o exame desta impetração aos elementos formais ou procedimentais concernentes à orientação da jurisprudência deste STF quanto ao não cabimento, óbice que decorre da via eleita para traduzir a legítima irresignação da parte; o caminho processual escolhido deduz debate sobre pressupostos de admissibilidade do recurso, o que esbarra em farta jurisprudência do STF. Ademais, na seara da eventual concessão de ofício, a defesa não evidenciou prima facie ausência de fundamentação na decisão impugnada, ainda que à parte se lhe afigure compreensivelmente injusta ou mesmo incorreta. A decisão atacada foi proferida monocraticamente pelo Relator no STJ; a colegialidade é sempre desejável, recomendável ou mesmo necessária; de qualquer modo, o proceder está regimentalmente autorizado e o recurso respectivo será colegiadamente apreciado. E, quanto ao aspecto da sustentação oral, direito da parte e dever da jurisdição, a questão se desata num primado lógico: se não há direito subjetivo da parte à sustentação oral em sede desse agravo regimental, inorre ofensa a essa garantia a não publicação prévia de pauta. É certo que abrolha do fato processual em tela circunstância que eventualmente poderia malferir direito constitucional da parte: em momento algum, no cenário de monocrática agravada e posteriormente a ser apreciada em colegiado sem prévia publicação de pauta, à parte facultou-se a ciência prévia da sessão para ao menos acompanhar o julgamento. A verticalização dessa circunstância não veio, contudo, nitidamente minudentada nesta específica

impetração, especialmente para demonstrar que o habeas corpus seria a via realmente adequada para sanar o que se aportou.

Por tais razões, não se afigura demonstrada causa de ilegalidade flagrante ou teratologia a legitimar a excepcional concessão da ordem de ofício.

4. Diante do exposto, nos termos do art. 21, § 1º, RISTF, nego seguimento ao habeas corpus. (STF - HC 165.973/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 21/02/2019).

No presente feito, o que se denota, mais uma vez, é que busca o agravante, por meio de mero discurso retórico, emplacar a pretensão defensiva, com a interpretação, em favor próprio, tanto das normas constitucionais/legais, como também da exegese a ser conferida à jurisprudência dos Tribunais Superiores, considerando correta aquelas que venham a se anelar às respectivas teses e taxando de ilegal, abusivo e inconstitucional as outras que, porventura, não se postam a atender seus interesses, como vem se pautando em todo o procedimento.

Salienta-se que, ao contrário do alegado pelo agravante, não há como qualificar a decisão guerreada, em nenhuma hipótese, de teratológica ou mesmo manifestamente contrária ao entendimento seja do c. Supremo Tribunal Federal ou mesmo desta Corte Superior, valendo rememorar, inclusive, que, em sede de juízo de admissibilidade, a c. Corte Regional somente conheceu do recurso especial quanto à uma das diversas intelecções apresentadas pela defesa (fls. 75.136-75.161).

Pontua-se, nesse diapasão, que a negativa de seguimento da via extrema por esta relatoria se edifica, em regra, *de um lado*, pela falta da imprescindível tecnicidade exigida nos recursos excepcionais (a qual se pretende reparar, pela via argumentativa, com a presente via recursal), o que ensejou a aplicação do óbice dos verbetes 283 e 284 da c. Corte Suprema e, *de outro*, pela insistente pretensão do recorrente de novamente ver analisado os apontamentos já enfrentados por este Tribunal Superior, ou mesmo a nova apreciação de fatos já julgados em exauriente juízo cognitivo pelas instâncias ordinárias, o que atrairia, inevitavelmente, o revolvimento do conjunto probatório, vedado pela Súmula 07 desta Corte de Justiça.

*No compasso, frente às imputações dirigidas a este relator, deve-se consignar que o art. 932, III, do Código de Processo Civil, aplicável por força do art. 3º do Código de Processo Penal, estabelece como incumbência do Relator “**não conhecer do***

recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida.”

Na mesma linha, o Regimento Interno deste Superior Tribunal de Justiça, nos artigos 34, inciso VII, e 255, § 4º, 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 há 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 por outro motivo, a Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça, em 16/3/2016, editou a Súmula n. 568, segundo a qual “o relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema”.

Observa-se, nesse turno, que a regra transcrita tem por finalidade, dentre outras, a de autorizar o Relator a apreciar monocraticamente matéria já julgada pelo Tribunal, ou que não venha a ultrapassar o juízo de admissibilidade, a fim de se remeter ao exame do colegiado somente temas com tamanha carga de complexidade, à qual, diga-se, segue diretamente atrelada à natureza da proposta apresentada, in casu, eventual contradição, ou negativa de vigência, a tratado ou lei federal, que ainda demandam certo amadurecimento hermenêutico por parte do colegiado, vale dizer, complexidade jurídica, que não deve ser confundida com repercussão social ou política do demandado, tal qual pretende fazer acreditar o agravante, com a construção argumentativa lançada no recurso.

Desse modo, não há falar em excesso na decisão monocrática ora atacada, eis que não afronta, de nenhuma forma, o princípio da colegialidade e tampouco configura cerceamento de defesa, quando todas as questões são vastamente apresentadas, sendo certo que a possibilidade de interposição do presente recurso, permite, ainda, que a matéria seja apreciada pelo colegiado, o que afasta, absolutamente, eventual mácula inserida pelo agravante.

Sobre o tema, cito os seguintes precedentes:

Penal. Agravo regimental no recurso especial. Crime contra a ordem tributária. Princípio da colegialidade. Ausência de ofensa. Decisão proferida com observância do RISTJ e do CPC. Princípio da insignificância. ICMS. Impossibilidade. Tributo de competência estadual. Inovação recursal. Reconhecimento. Continuidade delitiva. Impossibilidade. Ausência de requisitos. Reexame de fatos e provas. Inadmissibilidade. Súmula 7/STJ.

I - *A prolação de decisão monocrática pelo ministro relator está autorizada não apenas pelo RISTJ, mas também pelo CPC. Nada obstante, como é cediço, os temas decididos monocraticamente sempre poderão ser levados ao colegiado, por meio do controle recursal, o qual foi efetivamente utilizado no caso dos autos, com a interposição do presente agravo regimental.*

[...]

Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp 1.768.191/SP, *Quinta Turma*, de *minha relatoria*, DJe de 14/11/2018, grifei).

Agravo regimental em *habeas corpus*. Princípio da colegialidade. Ausência de ofensa. Decisão proferida com observância do RISTJ e do CPC. *Writ* substitutivo de recurso ordinário. Organização criminosa. Prisão preventiva. Excesso de prazo. Não ocorrência. Ausência de constrangimento ilegal. Agravo desprovido.

1. *A prolação de decisão monocrática pelo ministro relator está autorizada não apenas pelo RISTJ, mas também pelo CPC. Nada obstante, como é cediço, os temas decididos monocraticamente sempre poderão ser levados ao colegiado, por meio do controle recursal, o qual foi efetivamente utilizado no caso dos autos, com a interposição do presente agravo regimental.*

[...]

5. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no HC n. 445.378/RN, *Quinta Turma*, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 29/8/2018, grifei).

Processual Penal. Agravo regimental no *habeas corpus*. Revolvimento fático-probatório. Ausência de novos fundamentos para afastar a decisão agravada. Manutenção. Ofensa ao princípio da colegialidade. Agravo não provido.

1. Se os argumentos trazidos pelo agravante em nada inovaram, não sendo suficientes para alterar o entendimento adotado, deve ele ser mantido por seus jurídicos e próprios fundamentos.

2. *Não viola o princípio da colegialidade a decisão monocrática do relator, tendo em vista a possibilidade de submissão do julgado ao exame do órgão colegiado, mediante a interposição de agravo regimental.*

3. Agravo regimental improvido (AgRg no HC n. 388.589/RS, *Sexta Turma*, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 15/02/2018, grifei).

Noutro compasso, já no que diz respeito ao pedido de *inclusão do agravo na pauta de julgamento, intimando-se a defesa da data de realização do ato judicial e permitindo a realização de sustentação oral*, de igual modo, não merece acolhimento, eis que, em assim agindo, estar-se-ia maculando o Regimento Interno desta Corte, eis que o julgamento dos recursos, *agravos regimentais em matéria criminal*, independe de prévia publicação da pauta para a intimação das

partes, conforme dispõe o art. 258 do RISTJ, podendo o feito ser apresentado em mesa, levando-se em conta os critérios elencados por cada relator.

Tal disposição, registra-se, está em plena consonância com a previsão de não comportar, *in casu*, o agravo regimental a possibilidade de sustentação oral (art. 159, IV, do Regimento Interno do STJ).

Sobre o tema, colaciono o entendimento da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, *qual seja*:

Embargos de declaração em agravo regimental em embargos de divergência em recurso especial. Inexistência de nulidade da sessão de julgamento do regimental devido à pouca antecedência com que foi noticiada, no *site* do STJ, a data em que ocorreria o julgamento. Recurso que não aponta nenhum dos vícios listados no art. 619 do CPP. Prequestionamento de matéria constitucional. Impossibilidade. Pretensão de reexame da matéria. Impossibilidade. Embargos rejeitados.

1. O Regimento Interno desta Corte prevê, expressamente, em seu art. 258, que trata do Agravo Regimental em Matéria Penal, que o feito será apresentado em mesa, dispensando, assim, prévia inclusão em pauta. A disposição está em harmonia com a previsão de que o agravo não prevê a possibilidade de sustentação oral (art. 159, IV, do Regimento Interno do STJ). A jurisprudência pacífica do STJ, que remanesce válida na seara penal mesmo após o advento da Lei n. 13.105/2015, se orienta no sentido de que, havendo previsão de julgamento do recurso em mesa, sem direito das partes de efetuar sustentação oral, é desnecessária a prévia notificação da defesa sobre a data em que ocorrerá tal julgamento. Precedentes: EDcl nos EDcl no AgRg no AREsp 532.041/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 14/10/2014, DJe 06/11/2014; HC 229.593/PE; EDcl no AgRg no HC 282.091/RJ, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Quinta Turma, julgado em 18/03/2014, DJe 21/03/2014; HC 223.344/MG, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 04/08/2015, DJe 18/08/2015; Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 05/09/2013, DJe 24/09/2013. Situação em que a informação sobre o julgamento do Agravo Regimental da defesa somente foi divulgada no *site* do STJ, como ocorre com os dois Agravos Regimentais em matéria penal.

2. Não há como se aplicar analogicamente, ao agravo regimental, o disposto no art. 1.024, § 1º, do novo CPC, que determina que os embargos de declaração não julgados na sessão subsequente deverão ser incluídos em pauta automaticamente. A aplicação analógica somente tem lugar na lacuna da lei, o que não ocorre no caso concreto, seja porque o novo CPC dispôs expressamente sobre o agravo interno em seu art. 1.021, seja porque esta Corte já decidiu que, no tocante ao agravo de decisão monocrática de Relator, na seara penal a matéria não acompanha as deliberações do CPC de 2015, posto que há legislação

específica sobre o tema no art. 39 da Lei 8.038/90 e no art. 798 do Código de Processo Penal.

3. Se a defesa já havia obtido um prévio adiamento do julgamento do regimental, o que lhe deu a oportunidade de elaborar e distribuir memoriais antes da sessão em que ocorreu seu julgamento, e não se revelaram necessários outros esclarecimentos além dos postos no relatório e voto do Relator do recurso, não há como se identificar prejuízo que possa ter advindo da ausência do advogado da defesa na sessão de julgamento, sendo de se aplicar à questão o brocardo *pas de nullité sans grief* (art. 563 do CPP).

[...]

7. Embargos de declaração rejeitados (EDcl no AgRg nos REsp n. 1.533.480/RR, *Terceira Seção*, Rel. Min. *Reynaldo Soares da Fonseca*, DJe de 31/05/2017, grifei).

Cito ainda os seguintes precedentes:

Agravo regimental no recurso especial. *Sustentação oral pelo advogado. Impossibilidade. Cerceamento de defesa. Não ocorrência. A ausência de previsão normativa para sustentação oral no julgamento do agravo regimental, nos termos do art. 159 do RISTJ, não viola do princípio da ampla defesa.*

[...]

3. Agravo regimental desprovido (AgRg nos REsp n. 1.486.971/RJ, *Quinta Turma*, Rel. Min. *Jorge Mussi*, DJe de 23/5/2018, grifei).

Embargos de declaração no agravo regimental no agravo em recurso especial. Tráfico internacional de entorpecentes. Preliminar de nulidade. **Realização de sustentação no agravo regimental em matéria penal. Art. 159 do RISTJ. Impossibilidade.** Ausência de impugnação específica dos fundamentos da decisão que inadmitiu o recurso especial. Decisão mantida. Agravo regimental desprovido. Alegação de omissão no acórdão embargado. Inocorrência. Embargos rejeitados.

I - Não se há falar em nulidade ou cerceamento de defesa por eventual supressão ao direito de realização de sustentação oral, sobretudo quando tal pedido é realizado em sede de agravo regimental, tendo em vista o comando contido no art. 159 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, que não prevê tal hipótese.

[...]

Embargos de declaração rejeitados (EDcl no AgRg no AREsp n. 1.181.808/MG, *Quinta Turma*, de **minha relatoria**, DJe de 21/5/2018, grifei).

Ainda no seio das preliminares, cabe pontuar, na mesma esteira do já decidido no recurso especial, que não merece trânsito o pedido inserto no item

380 (fls. 74.652) (“*Não obstante, a fim de afastar qualquer alegação de preclusão, à luz do art. 26-C da Lei Complementar 64/1990, pugna-se, desde já, o afastamento de eventual situação de inelegibilidade diante dos relevantes fundamentos acima apresentados que evidenciam o caráter ilegal da condenação imposta ao recorrente*” - fl. 74.652), não somente pela perda superveniente do respectivo objeto, em razão do indeferimento do pedido de registro de candidatura do recorrente à Presidência da República, pelo c. Tribunal Superior Eleitoral, como também pelo já deliberado no julgamento do Habeas Corpus n. 434.766/PR/STJ (quando se analisou a possibilidade de execução provisória da pena do agravante), oportunidade em que ficou consignado que o referido tema não teria sido abordado pelo e. Tribunal de origem, ao passo em que, uma vez analisado por esta Corte de Justiça, configurar-se-ia indevida supressão de instância.

Na mesma toada, sob o manto daquilo que se pretende emplacar como *fato novo*, pontua o agravante:

“**Fatos novos.** *Necessária conversão do julgamento em diligência. Amparo no art. 8.2 do Pacto de San José da Costa Rica e art. 938 do CPC. Súmula 456/STF: ‘O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie’.* RE 346.736 AgR-ED (Relator Min. Teori Zavascki): “*Esse julgamento da causa’ consiste na apreciação de outros fundamentos que, invocados nas instâncias ordinárias, não compuseram o objeto do recurso extraordinário, mas que, ‘conhecido’ o recurso (vale dizer, acolhido o fundamento constitucional nele invocado pelo recorrente), passam a constituir matéria de apreciação inafastável, sob pena de não ficar completa a prestação jurisdicional’.* **Primeiro fato novo:** *Acordo da Petrobras com autoridades norte-americanas. Petrolífera adotou versões diametralmente opostas sobre os mesmos fatos, variando conforme a jurisdição a que se responde. Nos EUA, a Petrobras reconheceu culpa perante o Departamento de Justiça (item 52 do NPA) e identificou os executivos e políticos supostamente envolvidos, sem qualquer referência direta ou indireta ao ex-Presidente Lula. Já no Brasil, a petrolífera se diz vítima, assumiu posição de assistente de acusação e encampou a versão acusatória contra Lula. Necessidade de conversão do julgamento em diligência a fim de que sejam apreciados e esclarecidos os documentos firmados na jurisdição estadunidense e seus desdobramentos no Brasil e também para que sejam prestados os necessários esclarecimentos pelos envolvidos.* **Segundo fato novo:** *MPF reconheceu em petição sobre a fundação de R\$ 2,5 bilhões que há 13 acordos de cooperação com autoridades norte-americanas que tramitam perante este Juízo que dizem respeito à Lava Jato e que foram sonogados da Defesa – mais do que isso, sequer a existência era confirmada – a despeito de*

sucessivos requerimentos de acesso. Requerimento de providências fundamentais e imprescindíveis para elucidar a real situação jurídica da Petrobras e o “contexto” acusatório **Terceiro fato novo:** *Em processo judicial (reclamação trabalhista) constam documentos que apontam que o Sr. José Adelmário Pinheiro (Leo Pinheiro) fez pagamentos com o objetivo de modular delações. Fato denunciado por ex-executivo da OAS que torna ainda mais passível de descrédito o depoimento prestado pelo corréu para incriminar o ex-Presidente Lula em troca de benefícios. Necessidade, ademais, de sobrestamento do feito até final julgamento do HC n. 165.973/STF”.*

Ao que se pode observar, *também não há como prosperar*, no ponto, a tese defensiva, não se fazendo possível extrair dos artigos e da narrativa apresentada pelo agravante (artigo 938 do CPC e artigo 8.2 do Pacto de San José da Costa Rica, c/c artigo 3º do CPP), qualquer similitude fática ou jurídica com o objeto do recurso, uma vez que *a matéria apresentada escapa, em absoluto, a moldura fática estampada no acórdão* e não se encontra entre as hipóteses abarcadas pela norma quanto à *eventual necessidade de conversão do feito em diligência para posterior julgamento, eis que não há nenhuma necessidade da análise de outros fatos, nem mesmo de outros documentos para que se possa efetivar o desfecho do presente feito, pretendendo a defesa, mais uma vez, a realização de novo julgamento, com nova e indevida reabertura do quadro de instrução probatória e instalação de um novo contraditório no âmbito procedimental do recurso extremo.*

No mesmo sentido, e desde já, *não cabe deferir* a juntada de documentos relacionados a detalhes sobre *outros processos* de delação premiada envolvendo ex-executivos da OAS (que nada mais são: Doc. 10 - *Inicial da Reclamação Trabalhista ajuizada por Adriano Santana*; Doc. 11 - *Documentos comprobatórios juntados à inicial da Reclamação Trabalhista ajuizada por Adriano Santana Quadros de Andrade*; Doc. 12 - *Razões finais apresentadas pelo Sr. Adriano Santana Quadros de Andrade*; Doc. 13 - *Ata da audiência realizada em 10.10.2018, referente aos autos da Reclamação Trabalhista n. 1000911-90.2018.5.02.0031*; Doc. 14 - *Sentença proferida na Reclamação Trabalhista n. 1000911-90.2018.5.02.0031*; Doc. 15 - *Recurso ordinário interposto contra a sentença proferida na Reclamação Trabalhista n. 1000911-90.2018.5.02.0031 - fl. 77.037*), uma vez que, da mesma forma do que acima mencionado, o seu conteúdo, ademais de conduzir à uma profunda análise de fatos (*alheios*) que não possuem o condão de obstar a apreciação do recurso especial (que já se encontra maduro para julgamento), ultrapassam os limites de cognição então modulados pela c. Corte Regional, não sendo essa, definitivamente, a exegese dos dispositivos mencionados pelo

agravante (artigo 938 do CPC e artigo 8.2 do Pacto de San José da Costa Rica, c/c artigo 3º do CPP), *não cabendo*, nem mesmo, determinar ao Juízo da 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba/PR, que possibilite ao agravante o acesso dos procedimentos descritos às fls. 77.035 (cooperação internacional entre Brasil e Estados Unidos para investigar pessoas físicas e jurídicas que cometeram crimes contra a Petrobrás), uma vez que não demonstrada qualquer pertinência com o objeto de fundo aqui guerreado, não bastando à defesa mencionar que tais “*acordos existem e tramitam perante o juízo que condenou o ex-presidente Lula em primeiro grau*” (fls. 77.023).

Da mesma forma, inadmissível o perquirido *sobrestamento do feito até o julgamento do Habeas Corpus n. 165.973 (impetrado contra decisão monocrática deste Relator no recurso especial)*, o qual já teve negado seguimento pelo c. Supremo Tribunal Federal, a uma, porque não possui efeito suspensivo em relação à análise da irrisignação por esta Corte, a duas, porque o presente agravo regimental é a via adequada para se discutir eventual macula no *decisum* recorrido.

Já naquilo que se refere à *remessa do feito à Justiça Eleitoral, conforme pretende a defesa*, razão também não merece ao agravante, quanto mais ao se levar em consideração o fato de que a questão da competência do Juízo Federal da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR já foi amplamente examinada e decidida em todos os graus de jurisdição, cabendo ressaltar as Exceções de Incompetência Criminal n. 5051562-04.2016.4.04.7000/PR e n. 505365707.2016.4.04.7000/PR, apreciadas pelo Juízo Federal da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR e pela 8ª Turma do e. TRF/4ª Região, RHC n. 62.176/PR, apreciado pela 5ª Turma desta Corte de Justiça, Reclamação n. 17.623, Reclamação n. 20.175/PR e Reclamação n. 25.048/PR, julgada pela 2ª Turma do c. Supremo Tribunal Federal.

Além disso, no caso, não há imputação alguma de autoria e materialidade dos crimes eleitorais, alegados pela defesa.

Denota-se por meio do voto ora guerreado que “(...) a denúncia é clara ao relatar elos entre os contratos da construtora OAS firmados com a Petrobras (destacadamente nos Consórcio CONEST/RNEST em obras na Refinaria do Nordeste Abreu e Lima - RNEST e CONPAR, em obras na Refinaria Presidente Getúlio Vargas - REPAR) e as vantagens ilícitas obtidas pelos réus em razão de tais contratos” (fl.72.784).

Vê-se que o acórdão regional sequer debateu a prática de delitos afetos à seara eleitoral, sendo que, ao fazer referência a outros processos conexos

da operação Lava-Jato, o e. Desembargador Relator concluiu que houve a imputação apenas da prática dos crimes de corrupção ativa, corrupção passiva, lavagem de capitais, peculato, organização criminosa e evasão de divisas (fl. 72.896), o que permite verificar que o ambiente de corrupção sistêmica que se instaurou no seio da maior companhia brasileira, onde a influência política, aliada à ambição e ganância de empresários, agentes do mercado paralelo de câmbio e 'lavadores' profissionais de dinheiro, culminaram com desvios de elevada monta em prejuízo da estatal e também da sociedade (fl. 72.906).

Nesse panorama, cumpre registrar que a circunstância de o agravante ter participado do esquema criminoso, inclusive anuindo com a indicação de Diretores da Petrobrás, os quais utilizavam seus cargos em favor de agentes e partidos políticos, não permite concluir, desde logo, que houve a ocorrência dos crimes eleitorais, conforme alegado pela defesa.

Vale ressaltar, *obiter dictum*, que muito embora suscite o agravante um cenário de hipotético crime eleitoral, trazendo à baila a conduta capitulada no artigo 350 do Código Eleitoral (falsidade ideológica eleitoral), a ação de usar dinheiro oriundo de origem criminosa na campanha eleitoral não está prevista como crime eleitoral na respectiva legislação (Lei n. 9.504/97 ou no Código Eleitoral), vale dizer, solicitar contribuição eleitoral clandestina ou recebê-la efetivamente e, de fato, empregá-la na campanha eleitoral não tem previsão penal eleitoral, eis que o art. 350 do mencionado estatuto prevê, como crime eleitoral, a falsidade ideológica, caracterizada com a omissão de informações quanto à arrecadação e/ou ao gasto clandestino, omitidos na prestação de contas da campanha eleitoral, apresentada à Justiça Eleitoral.

No mesmo compasso, o quadro também narrado pela defesa, de eventual cometimento de crime de *apropriação indébita eleitoral* (art. 354-A do Código Eleitoral - ***Apropriar-se o candidato, o administrador financeiro da campanha, ou quem de fato exerça essa função, de bens, recursos ou valores destinados ao financiamento eleitoral, em proveito próprio ou alheio***), sequer merece ser considerado, uma vez que *os fatos descritos na denúncia foram cometidos antes da criação do tipo em questão (06/10/2017), não havendo que se aplicar retroativamente a norma, para se firmar competência, eis que modula tipificação absolutamente diversa, quanto mais ao se levar em conta que a verba nesse procedimento narrada como desviada possui origem ilícita, vale dizer, produto de corrupção*. Ainda, qualquer intelecção no sentido de se avaliar possível subsunção fática ao referido tipo escaparia à idéia de mera reavaliação da prova, ao passo em que demandaria

profunda análise de circunstâncias alheias à moldura fática estampada no acórdão, indo de encontro ao Verberte 07 do STJ.

Ultrapassada a seara preambular, sustenta o agravante que as decisões proferidas pelas instâncias ordinárias, teriam contrariado, in verbis:

“(i) artigos 3º, 69, 70, 76, 77, 78, II, “a”, 155, 156, 158, 231, 254, inciso I, 256, 257, 283, 387, inciso IV, 402, 616, 196 e 619 do CPP; (ii) artigos 1º, 13, caput e § 1º, 17, 29, 33, § 4º, 49, § 2º, 59, 60, 109, 110, § 1º, 231, 317, 332 do CP; o art. 66, III, “b”, da Lei n. 7.210/1984; (iii) o art. 7º, II, da Lei n. 8.906/1994; (iv) o artigo 54.1, “a”, do Estatuto de Roma (Decreto n. 4.388/2002); (v) o artigo 7º, item 7, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa - Decreto n. 678/1992); (vi) o artigo 145, inciso IV, 367, do CPC; (vii) art. 1º da Lei n. 9.613/98; (viii) art. 4º e 6º, V, da LC 75/93” (fl. 74.651).

Cumprе registrar, mais uma vez, que por ocasião da decisão de fls. 75.136-75.161, o e. Tribunal *a quo* admitiu parcialmente o recurso especial, cujos excertos ora se transcreve, para melhor compreensão e delimitação da *quaestio*, *in verbis*:

“Inicialmente é de ser destacado que o recorrente interpôs o recurso com fulcro na alínea “c” do inciso 111 do artigo 105 da Constituição Federal, hipótese relativa ao dissídio jurisprudencial. No entanto, toda fundamentação refere-se à violação de lei federal, tratando-se de mero erro material, razão pela qual sob a ótica prevista na alínea “a” será analisado o presente recurso.

Feito tal registro, passa-se ao exame da admissibilidade relativa às violações apontadas pelo recorrente.

Como é cediço, o acesso às chamadas instâncias extraordinárias detém a precípua finalidade de estabilização e uniformização do sistema, pela adequada aplicação e interpretação das normas legais e constitucionais. Desta forma, o discurso retórico, sem indicação dos dispositivos violados ou a precisa indicação da violação decorrente do julgado, não perfaz a imprescindível tecnicidade demandada pelos recursos excepcionais, fazendo incidir o óbice previsto na Súmula 284/STF, segundo a qual “é inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”. Desta forma, não merece trânsito a pretensão recursal no que se refere à quebra de impessoalidade dos membros do Ministério Público, ao artigo 258 do Código de Processo Penal e do artigo 54.1, “a”, do Estatuto de Roma, incorporado ao direito

pátrio pelo Decreto n. 4.388/2002. Pelo mesmo fundamento não é de ser admitida a pretensão recursal no tocante à alegada violação do artigo 155, do CPP.

A sistemática dos recursos excepcionais impõe que o exame levado a efeito pelos Tribunais Superiores fique adstrito às questões de direito, uma vez que os temas de índole fático-probatória exaurem-se com o julgamento nas vias ordinárias. Isto importa em dizer que o exame da matéria fática e das provas é efetivado com profundidade e se esgota no segundo grau de jurisdição.

Discorrendo sobre a distinção entre questão de fato e questão de direito, Teresa Arruda Alvim preleciona que 'a questão de direito, ou melhor, a ilegalidade ou a inconstitucionalidade consistente na solução normativa de ter sido 'escolhida' equivocadamente, só pode dar origem ao recurso extraordinário ou ao recurso especial se for percebida pela mera leitura do acórdão, já que os fatos devem estar exaurientemente descritos na decisão' (Alvim, Teresa Arruda; Dantas, Bruno, Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro - 4ª edição - Editora RT, 2017, p. 358).

No caso em exame, vários pontos suscitados pela defesa ensejam o revolvimento do conjunto probatório, vedado em recurso especial, nos termos da Súmula n. 7, do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual 'a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial'.

Sob tal perspectiva, não merece ser admitido o recurso relativamente à alegação de violação ao princípio do Juiz Natural, e afronta ao disposto nos artigos 69, 70 e 76, do CPP, e aos artigos 5º, XXXVII e LIII, e 109, da Constituição Federal, e a decorrente nulidade absoluta dos atos praticados no processo, nos termos dos artigos 564, inciso I, e 573, § 1º, do CPP.

Sobre a competência da 13ª Vara Federal de Curitiba para processar e julgar o feito, o acórdão recorrido deixou assentado que "o juízo de primeiro grau examinou com exaustão as circunstâncias que firmam a sua competência para julgamento de processos relacionados à 'Operação Lava-Jato', notadamente aqueles que envolvem ilícitos cometidos em desfavor da Petrobras". E consignou, ainda, que 'a denúncia é clara ao relatar elos entre os contratos da Construtora OAS firmados com a Petrobras (destacadamente nos Consórcio CONEST/RNEST em obras na Refinaria do Nordeste Abreu e Lima - RNEST e CONPAR, em obras na Refinaria Presidente Getúlio Vargas - REPAR) e as vantagens ilícitas obtidas pelos réus em razão de tais contratos'.

[...]

Com efeito, a questão relativa à competência da 13ª Vara Federal de Curitiba para o processamento dos feitos nos casos que envolvem a Operação Lava-Jato, já restou assentada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

[...]

Além disso, o reconhecimento de alegada ausência de conexão que justificou a reunião de processos em observância ao art. 80 do CPP demanda a incursão no acervo fático-probatório, o que não se coaduna com o exame realizado pela Corte Superior, em virtude do óbice imposto pela Súmula 7, do Superior Tribunal de Justiça.

Não é de ser admitida a pretensão recursal no que tange à violação aos artigos 254, inciso I, do CPP e 145, inciso IV, do CPC c/c artigo 3º, do CPP (cláusula geral de suspeição), bem como aos dispositivos de tratados internacionais que prescrevem o direito a um julgamento realizado por tribunal imparcial, tal qual o artigo 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e o artigo 14.1 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PICDP).

O Superior Tribunal de Justiça já deixou assentado que a desconstituição do entendimento firmado pelo Tribunal de origem, acerca da suspeição de Magistrado, demanda a reanálise de provas, conforme julgados ementados nos seguintes termos:

[...]

Igualmente não merece trânsito a pretensão no que concerne à apontada violação aos artigos 383 e 384, do CPP, pela infringência ao princípio da correlação, uma vez que o exame proposto demanda a reincursão no acervo fático-probatório, o que é vedado nos termos da Súmula n. 07 do STJ ('a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial').

[...]

Segundo o recorrente, o acórdão, ao ratificar os abusos ocorridos na instrução criminal, incorreu em ofensa ao princípio da ampla defesa e do contraditório.

Detalha, neste sentido, que na instrução criminal o Juiz: a) cerceou a defesa ao indeferir a produção de provas; b) deferiu a produção de prova testemunhal sem conceder à defesa prazo razoável para análise; c) impediu arbitrariamente a gravação das audiências, garantia processual que integra o conceito de ampla defesa; d) indeferiu a inquirição das testemunhas a respeito de acordos de colaboração premiada celebrados no exterior, autorizando que elas respondessem apenas o que julgassem conveniente e permitindo que elas se negassem até a dizer se tais acordos respeitavam as balizas formais diplomáticas; e) suprimiu a fase de diligências complementares prevista no artigo 402, do CPP e f) ao indeferir a juntada de documentos colhidos da ação

penal supostamente conexa, promoveu prejuízo imensurável à defesa, perpetuando a disparidade de armas entre esta e a acusação.

Conquanto tenha apontado diversas violações, a fundamentação no tópico está essencialmente assentada na relevância da prova pericial no caso, ao argumento de que o seu indeferimento é incompatível com o artigo 158, do CPP.

Inviável, pois, o exame acerca da utilidade e pertinência das provas postuladas sem o aprofundamento no exame dos autos, o que esbarra no óbice da Súmula 7, do STJ. Neste sentido:

[...]

No que se refere à alegação de afronta ao disposto no artigo 231, do CPP, pelo não conhecimento de documentos novos sob alegação de preclusão consumativa, igualmente não é de ser admitida a pretensão recursal, uma vez que o acórdão dos embargos declaratórios consignou não se prestarem à alteração da condenação.

Desta forma, a reversão de tal entendimento não pode ser dar sem o exame minucioso do conjunto probatório, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

[...]

Argumenta a defesa que o depoimento do corréu Léo Pinheiro, ex-Presidente da OAS, foi o argumento essencial do decreto condenatório, em contrariedade ao disposto no artigo 4º, § 16, da Lei n. 12.850/2013 segundo o qual “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”. E, embora se apegue às declarações do corréu, o Tribunal se recusou a colher novo depoimento do recorrente, em violação ao disposto nos artigos 196 e 616, do CPP.

O acórdão deixou assentada a necessidade de ser o depoimento do corréu harmônico com as demais provas dos autos, tendo concluído, após detida análise, pela suficiência do conjunto probatório a ensejar manutenção do decreto condenatório. Desta forma, certo é que alterar as premissas do acórdão, no sentido de que a condenação não fulcrou-se apenas no depoimento do corréu Leo Pinheiro, mas também em outros elementos de prova, impõe o reexame dos autos, o que é vedado pela Súmula 7, do STJ. O mesmo se diz em relação ao indeferimento de oitiva do recorrente.

Em suas razões, o recorrente alega afronta ao artigo 317, do CP, uma vez que foi condenado por receber a vantagem consistente no imóvel, mas o aresto reconhece textualmente que ele nunca teve a propriedade ou posse, isto é, que o bem nunca ingressou em sua esfera patrimonial, sendo atípica a conduta.

Argumenta que, ao condenar o recorrente com base em inferências alheias à imputação, empregou-se indevidamente a Teoria do Domínio do Fato, para que ele fosse publicamente enxovalhado e, ao final, julgado, não com base em ato comissivo ou omissivo inerente à função, mas, sim, pela teórica influência do Presidente da República nas nomeações da Petrobrás, em violação ao artigo 29, do Código Penal’.

Destaca que a contradição do raciocínio é tão evidente, que o acórdão, por um lado, afirma que o recorrente cometeu o crime de corrupção passiva ‘por sua capacidade de influência’ e ‘sem que se mostre necessário sua conduta ativa nos contratos’ – embora seja certo que as nomeações da Petrobrás não integram as atribuições do Presidente da República; mas, por outro, a decisão aumenta a pena com base em ato de ofício indeterminado. Em não sendo constatado e comprovado o ato de ofício determinado, a atipicidade da conduta atribuída ao recorrente é inegável, repelindo a causa especial de aumento prevista no § 1º do artigo 317, do CP.

Em outro tópico, indica a ofensa ao artigo 1º, da Lei 9.613/98, pela condenação por lavagem de dinheiro com base em conduta virtual, atípica e que, ainda que fosse ilícita, seria mero exaurimento do delito de corrupção a ele imputado.

Sem maiores digressões, é pacífico o entendimento no sentido de que a análise acerca da adequação típica dos fatos integrantes da persecução criminal não dispensa o reexame aprofundado do conjunto probatório, o que é vedado nos termos da Súmula n. 07 do STJ (‘a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial’).

[...]

No que tange às violações apontadas relativamente à dosimetria da pena privativa de liberdade e da pena de multa (artigos 59 e 49, do CP), igualmente não é de ser admitida a pretensão recursal.

O Superior Tribunal de Justiça tem assentado o entendimento no sentido de que, em recurso especial, a dosimetria da pena só pode ser reexaminada quando, de plano, se verificar a ocorrência de erro ou ilegalidade, a considerar que tal análise importa em reexame de matéria fático-probatória, o que encontra óbice na Súmula n. 07 (‘a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial’).

[...]

Nos dizeres do recorrente, impõe-se a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva estatal, com base na pena em abstrato cominada para os delitos de corrupção passiva e lavagem de dinheiro, considerando o lapso temporal entre a data dos fatos e a do recebimento da denúncia, bem como no fato de os prazos prescricionais

serem reduzidos pela metade (115 do CP), uma vez que o réu contava com mais de setenta anos na data da sentença.

No entanto, a análise dos marcos interruptivos da prescrição demanda o reexame das circunstâncias fático-probatórias, o que não se coaduna com o exame realizado pela Corte Superior, pela vedação imposta pela Súmula n. 7, do STJ.

Não é de ser admitido o recurso no que tange à ofensa ao disposto no artigo 66, III, 'b', da LEP, bem como o artigo 7º, item 7, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa - Decreto n. 678/1992), na medida em que, na prática, segundo os arestos impugnados, o recorrente poderá ser mantido preso por suposta dívida civil, em razão da determinação no sentido de que a progressão fica condicionada à reparação dos danos, por força do disposto no artigo 33, § 4, do CP.

O entendimento adotado no julgado está harmonizado com a jurisprudência consolidada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, incidindo também neste ponto do disposto na Súmula n. 83 ('não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida'), do Superior Tribunal de Justiça conforme jurisprudência que ora se destaca:

[...]

Refere o recorrente que o Tribunal Regional ignorou dispositivo de seu próprio Regimento Interno e violou o artigo 7º, inciso X, da Lei n. 8.906/94, contrariando o princípio da paridade de armas.

[...]

Não é de ser admitida a pretensão recursal uma vez que o recorrente não fundamenta qual a efetiva violação ao artigo 7º, inciso X, da Lei n. 8.906/94, esbarrando no óbice previsto na Súmula 284/STF, segundo a qual 'é inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia'.

Além disso, o recorrente deixou de combater os demais fundamentos do julgado, o que atrai a incidência da Súmula n. 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').

A pretensão recursal não merece trânsito quanto à alegada violação ao art. 619, do CPP, porque no acórdão hostilizado, bem como no julgamento dos embargos declaratórios, a Turma abordou todas as questões necessárias à solução da causa, afastando, assim, a hipótese de violação ao apontado dispositivo. Desta forma, consoante já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, 'inexiste violação ao art. 619 do

CPP se o eg. Tribunal a quo, examinando os embargos de declaração, não se esquivou de enfrentar as questões levantadas na fase recursal (AgRg no REsp 1.612.936/SP, Rel. Ministro **Felix Fischer**, **Quinta Turma**, julgado em 27/09/2016, DJe 07/10/2016).

No que tange à alegação de violação ao disposto no artigo 283, do CPP, igualmente não merece ser admitida a pretensão recursal.

O Código de Processo Civil em vigor, cujas disposições se aplicam de forma subsidiária ao Processo Penal, nos termos do artigo 3º, do Código de Processo Penal, consagra a chamada 'teoria do precedente', fulcrada na segurança jurídica e no princípio da isonomia, impondo tratamento uniforme aos que recorrem ao Poder Judiciário.

Em seu artigo 927, dispõe que os juízes e os tribunais observarão:

[...]

Sobre o tema em questão, o Plenário do Supremo Tribunal Federal se pronunciou sobre a possibilidade de início da execução da pena condenatória em virtude do esgotamento da jurisdição ordinária nos autos do HC n. 126.292/SP, em julgamento ementado nos seguintes termos:

[...]

A tese foi confirmada, em repercussão geral, quando do julgamento do ARE n. 964.246 (DJe 25/11/2016), verbis:

Tema 925 - STF: A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. (ARE 964.246 RG/SP).

Nesse sentido, impõe-se o acatamento das decisões finais proferidas pela Corte Constitucional, em estrita observância à supremacia hierárquica do Supremo Tribunal Federal no julgamento dos temas que lhe são afetos.

Não é demais referir, ainda, que a questão relativa à possibilidade de execução provisória da pena imposta ao recorrente foi submetida ao Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus n. 152.752, tendo sido denegada a ordem, o que mais reforça a ausência de plausibilidade na pretensão deduzida pelo recorrente.

[...]

Por fim, sustenta o recorrente que o valor do dano previsto no artigo 387, inciso IV, do CPP, deve estar diretamente vinculado à conduta do agente e aquilo que foi a ele imputado no processo.

Nos dizeres da defesa, os arestos recorridos atribuíram ao recorrente a responsabilidade de reparação pela totalidade dos valores indevidos que – segundo versão de Agenor Medeiros – teriam sido dirigidos ao Partido dos Trabalhadores.

Alega que, no caso de hipotética manutenção da condenação lançada nestes autos, não se pode gerar para o recorrente o dever de indenizar que ultrapasse os limites da vantagem cujo recebimento lhe foi imputado.

*Destaca que, segundo os julgados, ‘Do total reservado ao partido, R\$ 3.738.738,00 teriam sido destinados especificamente ao ex-Presidente **Luiz Inácio Lula da Silva**, representados pelo apartamento 164-A, triplex, do Condomínio Solaris (...). Daí a contrariedade ao disposto no artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, pela fixação do quantum de R\$ 16 milhões a serem reparados pelo recorrente.*

Conquanto a indicação precisa do quantum da reparação demande incursão no contexto fático-probatório, o que se alega é a pertinência do valor exigido com a imputação atribuída ao recorrente, frente ao disposto no artigo 387, IV, do CPP, de modo que estão presentes os requisitos legais de admissibilidade recursal quanto ao ponto” (fls. 75.144-75.160).

No presente recurso, o agravante impugna a decisão de fls. 76.671-76.759, estratificando sua insurgência nos seguintes tópicos:

1) Inobservância das regras de determinação de competência:

Em relação aos artigos 69, 70, 76, 77 e 78 do CPP, sustenta que todos os fundamentos que orientam a compreensão da tese acerca dos equívocos na fixação da competência do juízo de origem foram expostos ao longo da peça recursal, não havendo que se falar em ausência de tecnicidade ou imprecisão, o que afastaria, assim, a incidência da Súmula 284 do STF.

De sua vez, no que tange à alegada violação ao artigo 78, II, do CPP, afirma que sua insurgência não se direciona à competência abstrata da 13ª Vara Federal de Curitiba para processar os feitos relacionados à Operação Lava-Jato, mas se a ação penal de origem se enquadraria nos parâmetros legais e jurisprudenciais que definem os casos relativos à referida Operação, nos termos fixados no INQ 4.130 QO/DF.

Nesse contexto, defende que deveria incidir, in casu, a regra prevista no art. 78, II, “a”, do CPP, eis que as imputações de corrupção ativa e passiva ocorreram, em tese, no Estado de São Paulo.

No ponto, compulsando detidamente as premissas que edificam a pretensão recursal, observa-se que o recorrente busca demonstrar a violação de diversos dispositivos de Lei Federal, cabendo citar, dentre eles, os artigos 69, 70, 76, 77, 78, II, “a”, do CPP.

Vale consignar, como já ressaltado, que os recursos extremos, até mesmo *pelo estrito limite de cognoscibilidade, devem obedecer aos pressupostos de admissibilidade* que lhes são afetos, sob pena de não conhecimento.

No compasso, extrai-se da insurgência, em síntese, a hipótese de ter o acórdão regional contrariado os mencionados dispositivos normativos, todavia, da narrativa apresentada, não especificou o agravante, *de modo preciso*, qual espécie de violações lhes acometem, *não sendo suficiente, para tanto, a mera transcrição do texto legal*.

Ressai de excerto do recurso especial aviado pelo agravante, quanto aos artigos 69, 70, 76, 77 do CPP:

“19. É dizer: consoante já enfatizou o Supremo Tribunal, com base nas próprias normas de direito processual violadas pelo acórdão recorrido, o ordenamento jurídico não autoriza o julgamento deste caso pelo Juiz Federal de Curitiba, uma vez que a única e frágil ligação aventada do sofisticado esquema de corrupção na Petrobras com as imputações deduzidas neste feito é a presença, no polo passivo, dos corréus, que, com desfaçatez, buscaram incriminar o ex-Presidente para serem agraciados com os generosos benefícios que a eles se vêm concedendo como colaboradores.

20. Independe de reexame do acervo fático-probatório a constatação de que, ao legitimar o juízo de exceção em nome da inquisição, o acórdão recorrido violou os seguintes dispositivos do Código de Processo Penal, todos devidamente prequestionados: os artigos 69 e 70 – que estabelecem os critérios de fixação de competência –; e 76, 77 e 78 – que preveem as taxativas hipóteses e os critérios de prorrogação por conexão ou continência. Afrontou, ainda, a garantia constitucional do juiz natural” (fls. 74.535-74.536).

Nesse turno, quanto aos mencionados dispositivos legais, na mesma esteira do c. Tribunal a quo, registra-se que o discurso retórico, sem o preciso apontamento da violação decorrente do julgado, não perfaz a imprescindível tecnicidade demandada pelos recursos excepcionais, fazendo incidir o óbice previsto na Súmula 284/STF, segundo a qual “é inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”.

Sobre o tema, vale colacionar os seguintes julgados:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Tráfico de drogas. Provas para a condenação. Súmula n. 7/STJ. Violação do art. 59 do CP. Alegação genérica. Súmula n. 284/STF. Recurso improvido.

1. A questão relativa à existência de provas para a condenação não prescinde do revolvimento do conteúdo fático-probatório dos autos. Incidência do enunciado n. 7 da Súmula deste Tribunal.

2. *A alegação genérica de violação do art. 59 do CP configura deficiência de fundamentação do recurso especial. Incidência da Súmula n. 284/STF.*

3. Agravo regimental improvido (AgRg no AREsp n. 1.195.352/CE, *Quinta Turma*, Rel. Min. *Reynaldo Soares da Fonseca*, DJe de 25/05/2018).

Penal e Processual Penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Tráfico ilícito de entorpecentes. Associação para o tráfico. Participação. Análise do conjunto fático-probatório. Súmula 7/STJ. Divergência jurisprudencial não demonstrada. Ausência de cotejo analítico. Inépcia da denúncia. Falta de prequestionamento. Súmulas 211/STJ e 282/STF. Defeitos na denúncia e tipificação. Colacionamento de julgados e discurso retórico. Deficiência na fundamentação. Súmula 284/STF. Pedido de regime mais brando e substituição da pena. Deficiência na fundamentação. Súmula 284/STF. Agravo conhecido para não conhecer do recurso especial. Agravo regimental desprovido.

I - Desconstituir decisão que concluiu pela participação em associação para o tráfico exige, necessariamente, revolvimento do conjunto fático-probatório, procedimento inviável nesta via recursal a teor do óbice contido no verbete sumular n. 7 desta Corte.

II - O recurso especial interposto pelo permissivo constitucional constante do art. 105, inciso III, alínea c, exige a atenção dos requisitos contidos no art. 1.029, e § 1º do Código de Processo Civil, e no art. 255, § 1º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

III - A ausência de prequestionamento inviabiliza a análise de matéria em via de recurso especial, a incidir os enunciados sumulares n. 282 e 356/STF.

IV - *As meras indicações de julgados e discurso retórico, sem indicar e justificar a legislação federal violada, caracteriza deficiência na fundamentação recursal, incidindo o óbice do enunciado sumular n. 284 do e. Supremo Tribunal Federal.*

Agravo regimental desprovido (AgRg no AREsp n. 1.106.985/SP, *Quinta Turma*, de *minha relatoria*, DJe de 13/03/2018).

De outro lado, quanto à violação do artigo 78, II, do CPP, ressei das alegações do recorrente, valendo-se de trechos do acórdão emanado *do Inquérito 4.130 QO/DF*, em trâmite no c. Supremo Tribunal Federal, *que a competência do Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba, por conexão ou continência com os processos*

da denominada Operação Lava-Jato, restringir-se-ia a fatos relativos a fraudes e desvios de recursos no âmbito da Estatal, afirmando inexistir “*correlação entre os desvios praticados na Petrobrás e o custeio da construção do edifício ou, ainda, das supostas reformas realizadas no tal triplex*” (fl. 74.539).

Aponta que “*o acórdão que rejeitou os embargos de declaração do recorrente ratificou a afirmação explícita de que o esquema de corrupção na Petrobrás é indiferente à suposta corrupção do ex-Presidente neste caso do triplex*” (fls. 74.540-74.541), de modo que teria o Colegiado adotado fundamentos suficientes a demonstrar a autonomia e independência da presente ação penal em relação às ações envolvendo a Estatal.

Refuta, da mesma forma, a ocorrência de conexão ou continência dos crimes imputados ao agravante com aqueles relativos à Petrobras, razão pela qual, sob seu viés, deveria incidir a regra prevista no art. 78, II, “a” do CPP, eis que a competência se voltaria ao foro do lugar em que se tivesse consumando o crime mais grave, no caso, as imputações de corrupção ativa e passiva, então ocorridas no Estado de São Paulo (fls. 74.544-74.545).

Sobre o tema, cotejando o acórdão atacado com as argumentações aqui despendidas, observa-se que a tese defensiva, da mesma forma, não merece prosperar, uma vez que a questão relativa à competência da 13ª Vara Federal de Curitiba para o processamento dos feitos nos casos que envolvem a Operação Lava-Jato, já se restou devidamente assentada no âmbito dos Tribunais Superiores.

Pode-se extrair do voto objurgado, que a *quaestio foi amplamente examinada nas Exceções de Incompetência Criminal n. 5051562-04.2016.4.04.7000/PR e 5053657-07.2016.4.04.7000/PR*, oportunidade em que se destacou que:

“O juízo de primeiro grau examinou com exaustão as circunstâncias que firmam a sua competência para julgamento de processos relacionados à ‘Operação Lava-Jato’, notadamente aqueles que envolvem ilícitos cometidos em desfavor da Petrobras.

A denúncia é clara ao relatar elos entre os contratos da Construtora OAS firmados com a Petrobras (destacadamente nos Consórcio CONEST/RNEST em obras na Refinaria do Nordeste Abreu e Lima - RNEST e CONPAR, em obras na Refinaria Presidente Getúlio Vargas - REPAR) e as vantagens ilícitas obtidas pelos réus em razão de tais contratos” (fl. 72.784).

Observa-se, assim, que se refutou, ao contrário do consignado pela defesa, a alegação de usurpação de competência do c. Supremo Tribunal Federal pela

13ª Vara Federal de Curitiba, fazendo-se clara alusão *aos autos da Reclamação n. 17.623, da Ação Penal n. 871, do HC n. 302.604/PR e do RHC n. 80.087/RS*, os quais reafirmaram a competência do Juízo de Primeiro Grau (fls. 72.776-72.794).

Nesse mesmo sentido, já se sedimentou o entendimento neste Tribunal Superior, *in verbis*:

Processo Penal. Recurso ordinário em *habeas corpus* Corrupção passiva e lavagem de dinheiro. Incompetência do juízo. Matéria não apreciada no acórdão recorrido. Supressão de instância. Usurpação de competência afastada pelo Supremo Tribunal Federal. Prisão preventiva mantida pela sentença condenatória. Ausência de título novo. Garantia da ordem pública. Gravidade concreta das condutas. Habitualidade delitiva e reincidência específica. Risco de reiteração delitiva. Réu que permaneceu preso durante a instrução processual. Constrangimento ilegal não evidenciado. Recurso parcialmente conhecido e desprovido.

1. A teor da jurisprudência consolidada deste Superior Tribunal de Justiça, o *habeas corpus* não é o meio adequado para se perquirir a incompetência de magistrado, caso esta não reste manifestamente evidenciada nos autos, pois a análise de tal questão demandaria o revolvimento de provas, o que é vedado na via estreita do *writ*, devendo a matéria ser objeto de exceção, notadamente quando se tratar de incompetência territorial, ou seja, relativa. Precedente.

2. O acórdão impugnado reconheceu a inadequação da via do *habeas corpus* para análise dos questionamentos acerca da incompetência territorial do Juízo processante e da suposta ausência de liame entre o objeto do processo-crime e os fatos apurados na “Operação Lavajato”, tendo consignado, ainda, que tal matéria foi aventada em exceção de incompetência proposta após a impetração do *mandamus* originário e, portanto, não havia sido objeto de análise pelo Magistrado de 1º grau na data em que a impetração foi protocolada. Nesse contexto, há que se reconhecer que a apreciação de tais razões por esta Corte implicaria indevida supressão de instância, o que obsta ao conhecimento do recurso quanto ao tema.

3. Se o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Reclamação 20.175/PR, ajuizada pelo ora recorrente, reconheceu que não houve usurpação da competência que lhe foi conferida pela Constituição da República por parte do Juízo da 13ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba, não cabe a esta Corte analisar os fundamentos recursais acerca do tema.

[...]

15. Recurso parcialmente conhecido e, na parte conhecida, desprovido (RHC n. 62.176/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 30/11/2015, grifei).

Portanto, como já consignado na decisão reprochada, a insurgência, no ponto, merece ser conhecida somente em parte e, nessa extensão, ser-lhe negado provimento, uma vez que a decisão objurgada se encontra em consonância com a jurisprudência dominante acerca do tema, o que atrai a *Súmula 568 do STJ*, a qual aduz que “*O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema*”.

2) *Ausência de imparcialidade do juiz sentenciante:*

Nesse particular, destaca que “*os fatos incontroversos sobre os quais se manifestaram as instâncias ordinárias são passíveis de conhecimento por esse Superior Tribunal de Justiça, sendo possível a atribuição a esses de uma nova consequência jurídica*” (fl. 76.785).

Assevera que o conhecimento da alegada violação aos artigos 254, I do CPP e art. 145, IV, do CPC c/c art. 3º do CPP não encontra óbice na Súmula 07 desta Corte Especial, visto que o fundamento adotado no presente recurso cinge-se à teoria objetiva da imparcialidade, o que dispensaria o reexame de provas.

Nessa perspectiva, busca demonstrar, em síntese, a incapacidade subjetiva do Juízo sentenciante em julgar o presente caso, com abstração da indispensável imparcialidade e imposição de uma condenação desprendida de lastro probatório idôneo, por condutas virtuais e atípicas, tudo ratificado pelo c. Colegiado de origem, que acabou por majorar a pena de reclusão, empregando critérios que considera inválidos.

Traz à baila apontamentos que sugerem, a partir de critérios objetivamente aferidos, ter o Juízo de origem perdido a parcialidade frente à condução da ação penal, tais como, a divulgação de áudios relativos à interceptação telefônica do recorrente, a percepção social de rivalidade na relação entre o recorrente e o magistrado, comparecimento deste a sucessivos eventos organizados por opositores políticos do recorrente, dentre outros motivos.

Invoca, para tanto, precedentes deste Superior Tribunal de Justiça acerca do caráter exemplificativo do rol previsto no art. 254 do CPP, o qual estabelece as hipóteses de suspeição do juiz e defende a necessidade de superação do entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca do tema, visto que a quebra da imparcialidade violaria o direito a um julgamento justo e ao devido processo legal, sendo, portanto, causa de suspeição e afastamento do julgador, o que vai ao encontro do art. 145, IV do NCPC.

Assevera, ainda, que a participação do juiz em eventos públicos com políticos de espectro partidário oposto ao do recorrente corrobora a inobservância do tão mencionado dever de imparcialidade.

Faz menção acerca da existência de uma página denominada “*Eu MORO com ele #rosangelawolfmoro*”, criada na rede social *Facebook*, pela esposa do Magistrado *a quo*, com a finalidade de interagir com pessoas sobre a atuação funcional do Juiz, o que, no entender da defesa, retiraria a imparcialidade do julgador.

Consigna a “*contrariedade e negativa de vigência aos dispositivos de legislação infraconstitucional que asseguram o dever de reconhecimento da suspeição quando o julgador perde a condição de imparcialidade, como o artigo 254, inciso I do CPP e o artigo 145, inciso IV do CPC c/c art. 3º do CPP (cláusula geral de suspeição), bem como aos dispositivos de tratados internacionais que prescrevem o direito a um julgamento realizado por tribunal imparcial, tal qual o artigo 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e o artigo 14.1 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PICDP)*” (fl. 74.563).

Informa, no compasso, que “*diante das inúmeras ilegalidades praticadas pelo juiz de primeiro grau durante a fase pré-processual - interceptação telefônica, divulgação das conversas interceptadas, condução coercitiva, dentre outras - o recorrente elaborou representação dirigida ao Ministério Público Federal por crime de abuso de autoridade et alii*” (fl. 74.563).

Obtempera que os fatos que deram origem à queixa-crime subsidiária não foram criados pelo recorrente e este último tampouco deu qualquer motivo para tal, ao contrário, foi ele surpreendido por atos ilegais e que violaram, de forma grosseira, suas garantias fundamentais, não havendo incidência, assim, do artigo 256 do CPP, mas sim contrariedade aos artigos 254, inciso I do CPP, art. 145, inciso IV do CPC c/c art. 3º do CPP (cláusula geral de suspeição) e ainda, o art. 256 do Código de Processo Penal.

Sobre o tema, entretanto, naquilo que se refere à eventual suspeição do Magistrado, vale registrar que este Tribunal Superior, por diversas vezes, já se manifestou que (*podendo-se citar os AREsp's 1.105.620/RS; 1.280.825/PR; 1.093.113/RS; 1.142.926/PR; 1.332.531/PR*), não obstante pretenda o recorrente trazer à baila eventual violação aos ditames legais, ademais de Tratados Internacionais, não há como se estender, *seja em termos de cognição horizontal ou vertical*, a análise para além da moldura fática estampada por meio do aresto impugnado.

Vale destacar que se resta assentado na jurisprudência desta Corte, a ideia de que as premissas fáticas firmadas nas instâncias ordinárias não podem ser modificadas no âmbito do apelo extremo, nos termos da Súmula n. 7/STJ, para a qual “*a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial*”.

Na hipótese, entender de modo contrário ao estabelecido pelo c. Tribunal *a quo*, como pretende o recorrente, implicaria o revolvimento do material fático-probatório, inviável nesta seara recursal, e não somente discutir a violação à Lei Federal e aos Tratados Internacionais referentes à *imparcialidade do Juiz*, conforme pretende fazer crer o Agravante.

Sobre o tema, colaciono os seguintes julgados:

Processo Penal. Agravo regimental no agravo regimental no agravo em recurso especial. Inexistência de ofensa aos arts. 619 e 620 do CPP. Exceção de suspeição. Reexame de provas. Súmula n. 7/STJ. *Decisum* mantido por seus próprios fundamentos. Agravo regimental desprovido.

1. Evidenciado que os embargos foram opostos na origem visando a rediscussão da matéria, não se vislumbra ofensa aos arts. 619 e 620 do Código de Processo Penal - CPP.

2. *A inversão do decidido pelo Tribunal de origem, no tocante à alegação de suspeição, demanda o reexame das provas, providência incompatível nesta seara especial, conforme entendimento consolidado na súmula n. 7 desta Corte.*

3. Razões de agravo que não infirmam a decisão agravada.

4. Agravo regimental desprovido (AgRg no AgRg no AREsp n. 1.035.359/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 16/08/2017).

Agravo regimental no recurso especial. Exceção de suspeição e impedimento. Art. 252 do CPP. Rol taxativo. Atuação do mesmo juiz em ações civil e penal. Possibilidade. Reconhecimento da quebra de imparcialidade. Revolvimento de conteúdo fático-probatório. Óbice da Súmula n. 7/STJ. Insurgência desprovida.

1. A jurisprudência deste Sodalício consolidou-se no sentido de que o rol de situações de impedimento previsto no art. 252 do Código de Processo Penal possui natureza taxativa, não podendo ser interpretado de maneira extensiva.

2. Inviável se estender a aplicação do mencionado dispositivo legal aos casos em que o mesmo juiz conhece, no mesmo grau de jurisdição, da causa no âmbito de ação civil pública e ação penal, pois não se está diante de um magistrado atuando em “outra instância”.

3. No caso dos autos, o fato de a juíza, na origem, ter proferido liminar em ação de natureza cível desfavorável ao recorrente não a torna impedida, pois há a necessidade de se comprovar qualquer circunstância que traga real dúvida quanto à imparcialidade do juízo.

4. O reconhecimento da suspeição na via do apelo nobre constitui-se em revolvimento de conteúdo fático-probatório, uma vez que as instâncias ordinárias concluíram pela ausência de elementos a indicar a quebra da imparcialidade da magistrada atuante no feito, razão pela qual o pleito contido no apelo nobre esbarra no óbice previsto na Súmula n. 7 do STJ.

5. Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp n. 1.409.854/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 1º/08/2017).

Agravo regimental no agravo regimental no agravo em recurso especial. Exceção de suspeição. Ausência de prequestionamento confirmada. Súmula n. 211/STJ. Revolvimento do acervo fático-probatório. Impossibilidade, Súmula n. 7/STJ.

I - Na espécie, verifica-se que o v. acórdão proferido pela eg. Corte paulista deixou de tratar da tese levantada no recurso especial quanto à violação aos dispositivos indicados pelo agravante, o que torna inviável a apreciação do tema nesta instância, diante da ausência do indispensável prequestionamento.

II - Para que se alterem as conclusões a que chegou a eg. Corte estadual a respeito da suspeição do magistrado sentenciante, é indispensável reingresso no conjunto probatório, de modo que se verifiquem as balizas fáticas a partir das quais a eg. Corte a quo firmou o seu entendimento, providência inviável em sede de recurso especial, a teor do enunciado sumular n. 7 desta Corte.

Agravo regimental desprovido (AgRg no AgRg no AREsp n. 831.174/SP, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe de 19/10/2016).

3) *Atuação abusiva dos Procuradores da República:*

Esclarece que, tendo o c. Tribunal de origem delimitado os fatos, a insurgência se volta à consequência jurídica deles advindo, de modo que a respectiva análise não demandaria incursão no conjunto probatório.

No ponto, assim, com fundamento na ausência de isenção na atuação do Ministério Público Federal, sustenta o recorrente a contrariedade ao art. 258 do Código de Processo Penal e do artigo 54.1, "a", do Estatuto de Roma, incorporado ao direito pátrio pelo Decreto n. 4.388/2002.

Sustenta, então, a suspeição dos Procuradores da República Deltan Martinazzo Dallagnol, Antonio Carlos Welter, Carlos Fernando dos Santos Lima, Januário Paludo, Isabel Cristina Groba Vieira, Orlando Martello, Diogo Castor de Mattos, Roberson Henrique Pozzobon, Júlio Carlos Motta Norocha, Jerusa Burmann Viecill, Paulo Roberto Galvão de Carvalho, Athayde Ribeiro Costa e Laura Gonçalves Tessler - integrantes da chamada Força Tarefa da denominada 'Operação Lava-Jato'.

O acórdão objurgado ao apreciar a matéria (fls. 72.826-72.833), registrou que a previsão inserta no art. 254 do CPP se trata de *numerus clausus*, destacando que tal questão, inclusive, já teria sido objeto de exceção de suspeição criminal, negada em primeiro grau, além de ter sido arguida no bojo do HC n. 5004195-95.2017.4.04.0000/PR.

Esclareceu-se que as exceções de suspeição em face de membros do Ministério Público não são sindicáveis em segundo grau, por expressa definição do art. 104 do Código de Processo Penal, concluindo que a “*apesar de a defesa narrar alguns fatos que, ao seu sentir, configurariam manifesta perseguição política, a exceção é genérica no que diz respeito à atuação de cada procurador, limitando-se a relacionar os nomes dos integrantes da chamada Força Tarefa, sem, todavia, individualizar as respectivas condutas*” (fl. 72.833).

Cumpra assentar, no ponto, que a análise das alegações dirigidas à suposta contrariedade aos art. 254, inciso I do CPP, art. 145, inciso IV do CPC c/c art. 3º do CPP (cláusula geral de suspeição) e ainda, ao art. 256 do Código de Processo Penal, demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório subjacente aos autos, o que também não é cabível em sede recursal especial, frente ao óbice contido na súmula n. 07 do STJ.

Acerca do tema, tal qual àquilo a que se refere à suspeição do magistrado sentenciante, assim tem entendido a c. *Suprema Corte*:

Processual Penal. Agravo regimental no recurso ordinário em *habeas corpus*. Argruiação de suspeição de membro do Ministério Público. Fatos e provas.

1. Para dissentir do entendimento perfilhado nas instâncias de origem, no sentido de que a representante do Ministério Público seria “inimiga pessoal e política” do acusado, é imprescindível o revolvimento de fatos e provas, o que não é possível na via processualmente restrita do *habeas corpus* (HC 146.286, Rel. Min. Alexandre de Moraes e RHC 116.947, Rel. Min. Teori Zavascki).

2. Agravo regimental desprovido (AgR no RHC n. 143.692/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 13/11/2018).

No mesmo sentido, já se posicionou esta Corte de Justiça:

Processual Penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Contravenção de jogo de azar, corrupção ativa, falsidade ideológica, lavagem de bens e valores e organização criminosa. 1. Parcialidade do membro do Ministério Público subscritor da denúncia. Matéria atinente a exceção de suspeição. 2. Tese apresentada. Decisão em audiência. Incidência do artigo 104 do CPP. Não cabimento de recurso. 3. Suspeição do integrante do *Parquet*. Exame aprofundado do contexto fático-

probatório. Necessidade. Matéria incabível na via eleita. 4. Prejuízo concreto. Não ocorrência. Princípio do *pas de nullité sans grief*. Constrangimento ilegal. Inexistência. 5. Recurso desprovido.

1. *A eventual parcialidade do membro do Ministério Público subscritor da exordial acusatória é matéria atinente a exceção de suspeição, na qual o Juízo a quo procede ao exame das alegações, sob o crivo do contraditório, sendo facultada a admissibilidade de produção probatória.*

2. *In casu, foi apresentada petição com a tese perante o juízo de primeiro grau, sendo a quaestio decidida em audiência, incidindo o óbice recursal previsto no artigo 104 do Código de Processo Penal.*

3. *Consignado pelas instâncias ordinárias apenas a existência de uma copropriedade de uma gleba rural entre o acusado e o promotor - cuja alienação ocorrera três anos antes da transferência do membro do Parquet para a comarca -, bem como a ausência de inimizade capital entre réu e acusador, a apreciação da tese defensiva de suspeição, nos termos em que ventilada, demanda inexoravelmente um exame amplo e profundo dos elementos dos autos, acarretando em incursão na seara fático-probatória, inviável nesta angusta via.*

4. *Ademais, não se logrou êxito na comprovação do prejuízo, tendo somente sido suscitada genericamente a matéria, sendo inviável, pois, o reconhecimento de qualquer nulidade processual, em atenção ao princípio do pas de nullité sans grief.*

5. *Recurso a que se nega provimento (RHC n. 60.172/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 06/11/2015, grifei).*

4) *Ausência de correlação entre a acusação e os acórdãos condenatórios:*

Narra o agravante que a discussão não envolve o reexame de provas, pois a questão jurídica em embate diz respeito à violação da regra de congruência disposta nos *artigos 383 e 384 do CPP*, em virtude da alteração, entre a denúncia e a condenação, do verbo nuclear do tipo penal do delito de corrupção passiva.

No presente recorte, verbera que os acórdãos recorridos contrariaram os mencionados dispositivos legais ao afastar a - manifesta - *ausência de correlação entre a denúncia e a decisão condenatória proferida em desfavor do recorrente.*

Salienta que *“a denúncia veiculou a acusação de que recursos provenientes de três contratos específicos firmados pela Petrobras teriam sido destinados ao Recorrente, na forma de vantagem indevida, mediante a propriedade e a reforma de um apartamento triplex”* (fl. 74.570).

Narra que o recorrente foi acusado de ter recebido a propriedade do imóvel em contrapartida à prática de atos na condição de Presidente da República, no

entanto, “a sentença e os acórdãos que confirmaram a condenação reconhecem que o recorrente jamais teve a propriedade desse imóvel – tampouco a posse. Mas acolheram a acusação sob o fundamento de que o imóvel teria sido ‘atribuído’ ao recorrente, figura que não tem qualquer significado perante a legislação brasileira” (fl. 74.571).

Pondera, assim, que a sentença e o acórdão o condenaram por ter recebido vantagem indevida, mas, ao mesmo tempo, reconhece que a suposta vantagem (imóvel) não foi transferida para a sua titularidade e, com isso, teriam inovado e criado um novo verbo para o tipo inscrito no art. 317 do CP.

Vale colacionar, entretanto, que a tese apresentada pela defesa é flagrantemente insustentável, a ensejar, de plano, como colacionado na decisão ora objurgada, a inadmissibilidade do apelo.

Extrai-se que a mera releitura do referido no acórdão guerreado deixa à evidência a flagrante improcedência da tese recursal a qual, na verdade, é deduzida pela defesa em mais uma tentativa de ver reapreciada a adequação típica dos fatos, sob o pretexto de afronta à regra infraconstitucional.

Sabe-se que não é permitida eventual análise de recurso especial que seja manifestamente improcedente ou vise a modificar acórdão de segundo grau de jurisdição que tenha apreciado a matéria de forma harmônica e coerente com a orientação jurisprudencial adotada sobre o tema, dessa maneira, apresentando-se de somenos importância a tese desenvolvida na via recursal, não há possibilidade de trânsito da irresignação extrema.

Denota-se que ao apreciar a apelação defensiva, a e. Corte *a quo* concluiu inexistir quebra da congruência entre a denúncia e a sentença, destacando que *a exordial e o decisum são bastante claros e seguem na linha de que o recorrente praticou o delito de corrupção passiva com o recebimento do triplex como parte do pagamento de propina oriunda dos contratos da Petrobras firmados com a OAS – e posterior lavagem –, pelo que não se tem qualquer nulidade por ausência de correlação, in verbis:*

“Todos os temas que permeiam as condutas imputadas foram exaustivamente avaliados na sentença, sequer se podendo falar em redefinição jurídica com relação aos fatos. É da jurisprudência deste Tribunal que ‘o princípio da correlação estabelece que há necessidade imperiosa da correspondência entre a condenação e a imputação, ou seja, o fato descrito na peça inaugural de um processo deve guardar estrita relação com o fato constante na sentença pelo qual o réu é condenado’ (TRF4, ACRIM n. 5001138-89.2015.404.7000/PR, 7ª Turma, Juiz Federal Guilherme Beltrami, por unanimidade, juntado aos autos em 05/07/2017).

*Igualmente já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que 'o princípio da correlação entre a denúncia e a sentença condenatória representa no sistema processual penal uma das mais importantes garantias ao acusado, porquanto descreve balizas para a prolação do édito repressivo ao dispor que deve haver precisa correspondência entre o fato imputado ao réu e a sua responsabilidade penal' (HC 284.546/SP, Rel. Ministro **Jorge Mussi**, Quinta Turma, DJe 8/3/2016).*

Do cotejo da inicial acusatória com a sentença tem-se que o magistrado respeitou os aspectos da peça inaugural. Não se olvida que a defesa traz à discussão questões relacionadas à inexistência de transferência do apartamento triplex ou mesmo à ausência de ilegalidade no armazenamento do acervo presidencial. Desta última conduta, aliás, os réus foram absolvidos.

Porém, tal argumentação – que será examinada no momento oportuno – não conduz à nulidade da sentença por ausência de correlação, pois não se exige da acusação ou do juízo a adoção de definição jurídica ou o reconhecimento de elementar que a defesa entende essencial ao tipo penal.

Todavia, no que diz respeito ao contraditório, a sentença não traz alteração com relação aos fatos ou à tipificação, conclusão esta que somente é possível se examinada no todo, e não apenas por um ou outro seguimento isoladamente. Significa dizer que a incorporação à denúncia de expressão indicativa de inexistência de transferência apenas reforça a percepção do órgão acusatório de elemento tendente a ocultar a real propriedade do bem, mas, não, fundamental à tipificação.

A leitura integral das quase 150 laudas da peça de acusação desfaz o equívoco. A optar-se por uma interpretação segmentada, talvez se chegue à equivocada conclusão, por exemplo, de que os crimes não estariam relacionados a contratos da Petrobras. Porém, em síntese, a denúncia e a sentença são bastante claras e seguem na linha de que o recorrente praticou o delito de corrupção passiva com o recebimento do triplex como parte do pagamento de propina oriunda dos contratos da Petrobras firmados com a OAS – e posterior lavagem –, pelo que não se tem qualquer nulidade por ausência de correlação” (fls. 72.885-72.886).

*Nessa seara, cotejando o traçado pelo acórdão regional, com as premissas levantadas no recurso especial, e agora na presente irresignação, em meio aos estreitos limites afetos aos apelos extremos, denota-se que o decisum emanado pela instância ordinária não transbordou os limites da imputação delineada pelo *parquet*, cabendo ponderar, ademais, que a utilização de expressões sinônimas para demonstrar que o imóvel recebido como vantagem indevida fora cedido/transmitido de fato ou, na exposição do acórdão, atribuído ao paciente, não representa afronta à*

estabilidade do objeto do processo, mormente ao se levar em consideração que os fatos que ensejaram a apresentação de denúncia correspondem àqueles reconhecidos em sede condenatória.

Ademais, cabe pontuar a jurisprudência do c. Supremo Tribunal Federal, quando atesta que a aferição de eventual violação ao princípio da correlação demandaria uma indevida incursão para além do quadro fático estampado no *decisum* guerreado, com a necessária imersão no cenário fático-probatório.

Sobre o tema, colaciono o seguinte julgado:

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Denúncia. Princípio da correlação. Observância. Trancamento da ação penal. Descabimento. Liberdade de manifestação religiosa. Limites excedidos. Recurso ordinário não provido. 1. *Inexiste violação do princípio da correlação quando há relação entre os fatos imputados na denúncia e os motivos que levaram ao provimento do pedido da condenação.* 2. O direito à liberdade religiosa é, em grande medida, o direito à existência de uma multiplicidade de crenças/descrenças religiosas, que se vinculam e se harmonizam – para a sobrevivência de toda a multiplicidade de fés protegida constitucionalmente – na chamada tolerância religiosa. 3. Há que se distinguir entre o discurso religioso (que é centrado na própria crença e nas razões da crença) e o discurso sobre a crença alheia, especialmente quando se faça com intuito de atingi-la, rebaixá-la ou desmerecê-la (ou a seus seguidores). Um é tipicamente a representação do direito à liberdade de crença religiosa; outro, em sentido diametralmente oposto, é o ataque ao mesmo direito. 4. Como apontado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgado recorrido, a conduta do paciente não consiste apenas na “defesa da própria religião, culto, crença ou ideologia, mas, sim, de um ataque ao culto alheio, que põe em risco a liberdade religiosa daqueles que professam fé diferente [d]a do paciente”. 5. Recurso ordinário não provido (RHC n. 146.303/RJ, *Segunda Turma*, Rel. Min. Edson Fachin, Rel. p/ Acórdão: Min. Dias Toffoli, DJe de 07/08/2018).

Habeas corpus. Processual Penal. Suposta inobservância do princípio da confiança. Necessidade de análise do conjunto fático probatório. Impossibilidade. *Alegação de violação do princípio da correlação*. Improcedência. Ordem denegada.

1. *A análise das alegações de eventual incidência do princípio da confiança e de ofensa ao princípio da correlação impõe, na espécie vertente, revolvimento de fatos e provas, o que ultrapassa os limites do procedimento sumário e documental do habeas corpus.*

2. Ordem denegada (HC n. 96.554/PR, *Primeira Turma*, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 25/05/2011).

E, no mesmo sentido, desta Corte de Justiça:

Agravos em recurso especial. Legislação extravagante. Crimes contra o sistema financeiro nacional. Indução ou manutenção em erro sócio, investidor ou repartição pública competente, sonogando informação ou prestando falsa, e obtenção de financiamento mediante fraude. Agravo em recurso especial de José Augusto dos Santos Neves. Recurso especial. Alegada violação dos arts. 59 e 62, II, ambos do CP, e 4º, 5º e 6º, todos da Lei n. 7.492/1986. Pleito de redução da pena. Inadmissão com suporte na Súmula 7/STJ. Recurso que não infirmou os fundamentos do *decisum* combatido. Inadmissibilidade. Incidência da Súmula 182/STJ. Agravo em recurso especial de Niro Viana Rodrigues. Alegada violação dos arts. 384 do CPP; 59 e 62, I e II, ambos do CP. Pleito de nulidade da condenação. Inadmissão com suporte na Súmula 7/STJ. *Emendatio libelli*. Ausência de prejuízo. Revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos. Correta aplicação do óbice sumular pelo Tribunal de origem. Dosimetria. Pena-base. Circunstâncias judiciais negativas. Culpabilidade e consequências do crime. Fundamentos concretos. Idoneidade. Manutenção que se impõe. Agravantes genéricas reconhecidas pelas instâncias ordinárias com lastro nas provas colhidas na instrução. Afastamento. Impossibilidade na via eleita.

1. Em referência ao agravo interposto por José Augusto dos Santos Neves, inexistindo impugnação, como seria de rigor, aos fundamentos da decisão objeto do presente agravo regimental, tal circunstância obsta, por si só, a pretensão recursal, pois, à falta de contrariedade, permanecem incólumes os fundamentos expendidos pela decisão recorrida. Incide na espécie a Súmula 182/STJ.

2. *No que tange ao agravo interposto por Niro Viana Rodrigues quanto à violação do art. 384 do Código de Processo Penal, correta a incidência da aplicada Súmula 7/STJ ante a necessidade de reexame do arcabouço fático-probatório para análise da correlação entre os fatos narrados na denúncia e a condenação perpetrada.*

3. *Desconstituir o entendimento proferido pelo eg. Tribunal de origem, quanto à adequação típica da conduta, exigiria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, inviável na via eleita ante o óbice da Súmula 7/STJ. [...] A equívoca capitulação jurídica encartada na denúncia pode ser objeto de aditamento ou de *emendatio libelli* na sentença, eis que o conteúdo da narrativa fática em nada se alterou, restando por ileso, assim, o princípio da correlação no sistema processual penal vigente. Entretanto, perquirir acerca da equivalência da condenação com os fatos narrados na denúncia demandaria a análise dos fatos e provas dos autos. Incidência da Súmula 7/STJ. (AgRg nos EDcl no REsp n. 1.389.417/BA, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 16/10/2017)*

4. A negatização dos vetores judiciais da culpabilidade e das consequências do crime apresentam robustez suficiente para justificar o incremento da pena-base do agravante, notadamente pela apresentação de elementos concretos, que particularizam o delito, quais sejam, valer-se de uma empresa, a NVR Auditores e Consultores Empresariais S/C, para proteger seu próprio nome e dificultar a apuração da autoria das fraudes e a gravidade do prejuízo da massa liquidanda do Banco Santos Neves.

5. Escorreita a aplicação do óbice constante da Súmula 7 desta Corte, pois para rever os fundamentos que motivaram as instâncias ordinárias a incidirem as agravantes previstas no art. 62, I e II, do Código Penal, seria necessária a análise de fatos e provas, medida essa vedada na via estreita do recurso especial.

6. Agravo em recurso especial de José Augusto dos Santos Neves não conhecido. Agravo em recurso especial de Niro Viana Rodrigues conhecido parcialmente e, nessa extensão, improvido (AREsp n. 1.120.134/ES, *Sexta Turma*, Rel. Min. *Sebastião Reis Júnior*, DJe de 1º/06/2018, grifei).

Processo Penal. Agravo regimental em recurso especial. Falsificação e supressão de documento público. Cerceamento de defesa. Não ocorrência. Inovação recursal. Ausência de prequestionamento. Nulidade laegada. Ausência de prejuízo. Revolvimento do conjunto fático probatório dos autos. Adequação típica. Súm. 7 desta Corte. Dosimetria. Revisão. Possibilidade. Personalidade. Ausência de fundamentação idônea.

I - Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, trata-se de inovação recursal, a matéria não alegada no momento oportuno, qual seja, apelação, sendo inviável a sua análise pelo Tribunal de origem, por força do princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*, ainda que se refira à matéria de ordem pública. Precedentes.

II - O argumento de ausência de defesa técnica ou da nulidade pela ausência de participação do representante do Ministério Público no interrogatório da ré não prosperam, pois vige no ordenamento pátrio, como regra, o princípio *pas de nullité sans grief*, segundo o qual não há falar em nulidade sem a efetiva ocorrência de prejuízo concreto para a parte, à qual compete revelar.

III - Rever as premissas do acórdão recorrido de ausência de prejuízo, bem como de efetiva defesa técnica, demandaria o revolvimento do acervo fático probatório dos autos, providência vedada nesta sede recursal, ante o óbice contido na Súmula 7 desta Corte.

IV - Desconstituir o entendimento proferido pelo eg. Tribunal de origem, quanto à adequação típica da conduta, exigiria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, inviável na via eleita ante o óbice da Súmula 7/STJ.

V - A equívoca capitulação jurídica encartada na denúncia pode ser objeto de aditamento ou de *emendatio libelli* na sentença, eis que o conteúdo da narrativa fática em nada se alterou, restando por ileso, assim, o princípio da correlação no sistema processual penal vigente. Entretanto, perquirir acerca da equivalência da condenação com os fatos narrados na denúncia demandaria a análise dos fatos e provas dos autos. Incidência da Súmula 7/STJ.

VI - A violação dos artigos 2º, 59, 68, 71, 109, IV, 110, *caput*, e § 2º, e 119, do Código Penal não pode ser analisada por esta Corte, uma vez ausente o prévio debate nas instâncias ordinárias. Incidência da Súmula 211/STJ.

VII - Quanto a alegada violação ao art. 59 do Código Penal, sob o discrepância na fixação da pena-base, uma vez que os tipos penais dos artigos 297 e 305, do Código Penal, tutelam o mesmo bem jurídico, verifica-se a ausência de prequestionamento.

VIII - A revisão do cálculo utilizado na dosimetria da pena pelas instâncias superiores depende da constatação de ocorrência de ilegalidade flagrante, que justifique a revisão da pena imposta a partir da adequada valoração dos fatos e provas que delineiam as circunstâncias peculiares de cada caso concreto.

IX - Não havendo dados suficientes para a aferição da personalidade do recorrente, mostra-se incorreta sua valoração negativa a fim de supedanear o aumento da pena-base, tal qual na hipótese. Precedentes.

Agravo regimental provido em parte, tão somente para redimensionar a pena, tornando-a definitiva em 7 (anos) anos, 4 (quatro) meses e 14 (quatorze) dias (AgRg nos EDcl no REsp n. 1.389.417/BA, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe de 16/10/2017).

5) *Cerceamento de defesa:*

No ponto, afirma que, embora seja faculdade do juiz indeferir os requerimentos de prova que julgar impertinentes, irrelevantes ou protelatórios, deve fazê-lo de forma fundamentada, não sendo suficiente a mera negativa injustificada.

Destaca que “*na instrução criminal, o Juiz (i) cerceou a defesa ao indeferir a produção de provas; (ii) deferiu a produção de prova documental sem conceder à defesa prazo razoável para análise; (iii) impediu arbitrariamente a gravação das audiências, garantia processual que integra o conceito de ampla defesa; (iv) indeferiu, a seu talante, a inquirição das testemunhas a respeito de acordos de colaboração premiada celebrados no exterior, autorizando que elas respondessem apenas o que julgassem conveniente e permitindo que elas se negassem até a dizer se tais acordos respeitavam as balizas formais diplomáticas; (v) suprimiu a fase de diligências complementares prevista no artigo 402 do Código de Processo Penal; e (vi), ao indeferir a juntada de documentos colhidos de ação penal supostamente conexa, promoveu prejuízo imensurável à defesa, perpetuando a disparidade de armas entre esta e a acusação*” (fls. 74.574-74.575).

Expressa que diante da acusação de que teria recebido valores oriundos de contratos com a Petrobrás, o recorrente teria postulado, com base no art. 158 do CPP (*quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado*), a necessária realização de prova pericial para demonstrar a falta de veracidade da

imputação, todavia, o juiz de primeiro grau, com chancela do e. Tribunal local, teria indeferido o então postulado, em patente violação ao dispositivo legal indicado.

Assevera, ainda, que:

“132. Necessário destacar que tal pedido formulado pelo recorrente mostrava-se (e ainda se mostra) imprescindível sob dois enfoques.

133. O primeiro está relacionado à competência da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR para o processamento e julgamento do feito, visto que, como acima asseverado, esta foi embasada justamente a partir da suposta conexão dos valores cujo recebimento se atribuiu ao recorrente com a Petrobrás. Assim, o fato de não se realizar a necessária perícia para análise da origem do dinheiro, somado à questão de que o próprio magistrado reconheceu a desvinculação do apartamento triplex e os contratos da Petrobras, sacramentam a incompetência daquele Juízo.

134. O segundo diz respeito ao déficit probatório gerado, eis que não há qualquer elemento que sequer comprove a existência do famigerado caixa-geral, a não ser a isolada e conveniente versão de Léo Pinheiro. No entanto, a imaginária e abstrata conta informal foi amplamente utilizada como fundamento a amparar a condenação. Deixou-se de lado o necessário ‘follow the money’.

135. Ou seja, não houve qualquer análise técnica e muito menos rastreamento aptos a demonstrar que valores da Petrobras, ou de qualquer esquema ilícito, tenham sido destinados ao recorrente. O recebimento de vantagens indevidas, insista-se, está lastreado exclusivamente nas palavras de dois corrêus” (fls. 74.575-74.576).

Diz que, *“se o caso dos autos imputou ao recorrente a prática do crime de corrupção relacionado a três contratos da Petrobras, é evidente a necessidade de realização de prova técnica a fim de verificar se foi ele, de alguma forma, beneficiado por valores deles provenientes. [...] Também é manifesta a necessidade de realização de prova pericial a fim de verificar a situação fática e jurídica do imóvel envolvido na denúncia, não bastando a palavra de corrêus para confirmar a hipótese acusatória”* (fl. 74.578), restando-se, nesse painel, evidenciada a violação aos artigos 158 e 400, § 1º do CPP.

Menciona, ainda, que, por ocasião do julgamento, o c. Tribunal *a quo* teria concedido 20 (vinte) minutos de sustentação oral ao Ministério Público, 10 (dez) minutos ao assistente de acusação, assegurando às defesas apenas 15 (quinze) minutos, em violação ao Regimento Interno do c. Tribunal de origem,

ao art. 7º, X, da Lei 8.906/1994 (*usar da palavra, pela ordem, em qualquer juízo ou tribunal, mediante intervenção sumária, para esclarecer equívoco ou dúvida surgida em relação a fatos, documentos ou afirmações que influam no julgamento, bem como para replicar acusação ou censura que lhe forem feitas*) e ao princípio da paridade de armas.

Nesse ponto, cumpre mencionar, em detida análise dos argumentos colacionados, naquilo que se refere ao disposto no artigo 158 e 400 § 1º, do CPP, que bem ressaltou a c. Corte de origem, *quando expressa que uma vez fundamentada a decisão que indefere intento probatório, não se há que se falar em nulidade do feito, em especial se a prova requerida não guarda pertinência com os fatos apurados no processo* (fls. 72.834-72.850).

Ademais, quando da análise da admissibilidade do recurso especial, pontuou o c. Tribunal Regional que:

“Conquanto tenha apontado diversas violações, a fundamentação no tópico está essencialmente assentada na relevância da prova pericial no caso, ao argumento de que o seu indeferimento é incompatível com o artigo 158, do CPP.

Inviável, pois, o exame acerca da utilidade e pertinência das provas postuladas sem o aprofundamento no exame dos autos, o que esbarra no óbice da Sumula 7, do STJ” (fl. 75.150).

De fato, destaca-se que conforme a jurisprudência desta Corte Superior, o indeferimento da produção de provas é ato norteado pela discricionariedade regrada do julgador, podendo ele, portanto, indeferir, motivadamente, as diligências que considerar protelatórias e/ou desnecessárias, ao passo em que, *o exame aprofundado acerca da viabilidade ou pertinência da prova, implicaria em incursão indevida no acervo probatório, salvo nos casos de patente ilegalidade, o que não se restou verificado no presente procedimento.*

No ponto, firme é a jurisprudência da c. Suprema Corte:

Agravo regimental no *habeas corpus*. Impetração contra decisão monocrática do Superior Tribunal de Justiça. Não esgotamento de jurisdição. Crime de estupro de vulnerável. *Writ* sucedâneo de revisão criminal. Indeferimento da oitiva de testemunha. Artigo 400, § 1º, do Código de Processo Penal. Dosimetria. Fundamentação idônea.

1. Há óbice ao conhecimento de *habeas corpus* impetrado contra decisão monocrática do Superior Tribunal de Justiça, cuja jurisdição não se esgotou, ausente o manejo de agravo regimental. Precedentes.

2. Inadmissível o emprego do *habeas corpus* como sucedâneo de recurso ou revisão criminal. Precedentes.

3. Na hipótese, “o acórdão recorrido está alinhado com a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal no sentido de que ‘o § 1º do art. 400 do CPP, faculta ao Juiz o indeferimento das provas consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias, desde, obviamente, que o faça de forma fundamentada’ (RHC 115.133, Rel. Min. Luiz Fux)” (RHC 148.340-AgR/SP, Rel. Min. Roberto Barroso, 1ª Turma, DJe 19.4.2018).

4. 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.

5. Agravo regimental conhecido e não provido (AgR no HC n. 153.457, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 16/10/2018).

Consigna-se também o entendimento deste Tribunal:

Penal e Processual Penal. Crime contra a ordem tributária. Denúncia. Crime societário. Alegação de falta de individualização das condutas dos agravantes. Peça inaugural que atende aos requisitos legais do art. 41 do CPP. Inépcia da denúncia. Prolação de sentença condenatória. Preclusão.

1. Não pode ser acoimada de inepta a denúncia formulada em obediência aos requisitos traçados no art. 41 do Código de Processo Penal, descrevendo perfeitamente a conduta delitiva de supressão de tributos federais, bem como a forma/conduta de materialização dos atos através da empresa Penta Castilhense, circunstâncias que permitiram o exercício da ampla defesa no seio da persecução penal.

2. Nos chamados crimes societários, embora a vestibular acusatória não possa ser de todo genérica, é válida quando, apesar de não descrever minuciosamente as atuações individuais dos acusados, demonstra um liame entre o seu agir e a suposta prática delituosa, caracterizado pela condição de sócios ou administradores ou gerentes da empresa, estabelecendo a plausibilidade da imputação, considerando-se preenchidos os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal.

3. De mais a mais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a inépcia da denúncia deve ser suscitada até a prolação da sentença condenatória, sob pena de preclusão.

4. *In casu*, tendo as partes suscitado a inépcia da vestibular acusatória após a prolação do édito condenatório, resta a alegação defensiva alcançada pela preclusão. *Instauração da persecução penal. Inquérito policial. Desnecessidade.*

5. O inquérito policial não é procedimento indispensável para a propositura da ação penal, podendo o Ministério Público iniciar a *persecutio criminis* com esboço

em outros elementos, como na espécie. *Produção de provas testemunhais, periciais e documentais. Indeferimento devidamente motivado. Conclusão em sentido contrário. Súmula n. 7/STJ.*

6. O legislador brasileiro adotou o sistema do livre convencimento motivado, cabendo ao juiz extrair sua convicção das provas produzidas legalmente no processo em decisão devidamente fundamentada.

7. Reconhecendo a suficiência das provas já produzidas nos autos, pode o Magistrado, fundamentadamente, indeferir a produção de novos elementos probatórios quando reputa-las desnecessárias ou impertinentes, estando referido ato dentro de seu âmbito discricionário.

8. In casu, o Juiz de Primeiro Grau indeferiu a reinquirição de testemunhas, a produção de novas provas periciais e documentais, por não guardarem correlação com os fatos objetos da presente ação penal. Assim, conclusão em sentido contrário quanto à necessidade ou pertinência de tais provas demandaria revolvimento do material fático/probatório dos autos, inviável na presente seara recursal - Súmula n. 7/STJ -

[...] (AgRg no REsp n. 1.168.353/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 14/09/2012, grifei).

Processual Penal. Recurso em *habeas corpus*. Estupro de vulnerável. Pleito de produção de prova (avaliação psicodiagnóstica do réu e da vítima) indeferido pelo magistrado. Alegado cerceamento de defesa. Não ocorrência. Princípio do livre convencimento motivado. Recurso desprovido.

1. Sem embargos acerca do amplo direito à produção das provas necessárias a dar embasamento às teses defensivas, ao magistrado, mesmo no curso do processo penal, é facultado o indeferimento, de forma motivada, das diligências protelatórias, irrelevantes ou impertinentes. Cabe, outrossim, a parte requerente, demonstrar a real imprescindibilidade na produção da prova requerida. Precedentes.

2. No caso em exame, após 7 anos sem que fosse realizada a avaliação psicodiagnóstica, por ausência de profissionais habilitados para tal fim na comarca, o Juízo singular proferiu decisão indeferindo o pedido, dando prosseguimento ao feito.

3. Hipótese em que não se verifica a imprescindibilidade da prova pericial requerida, uma vez que a vítima já foi submetida à avaliação psicológica logo depois da suposta prática criminosa pelo recorrente, razão porque desnecessária a renovação da referida prova técnica.

4. O patrono do recorrente deixou de demonstrar de que forma a sua avaliação psicológica poderia influenciar na solução da controvérsia, até mesmo porque a principal prova contra ele produzida consistiria no testemunho da vítima, inexistindo nos autos qualquer notícia de que teria algum distúrbio mental ou

de que existiria alguma circunstância apta a afastar a sua responsabilidade pelos fatos narrados na denúncia.

5. *Para uma melhor aferição acerca da concreta indispensabilidade da prova requerida durante a instrução, necessária seria uma profunda incursão em todo o acervo fático-probatório dos autos, providência incompatível com a via mandamental.*

6. Recurso ordinário desprovido (RHC n. 64.261/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 15/03/2017, grifei).

Cumprе destacar, nessa toada, que o agravante claramente confunde “*direito à ampla defesa*” com “*direito à defesa ilimitada*”, aquela exercida independentemente de sua utilidade prática para o processo, eis que enquanto o primeiro direito é, de fato, albergado pela ordem jurídica, o segundo, todavia, é por ela alijado.

Nas palavras de **Douglas Fischer e Eugênio Pacelli**, “*a ampla defesa não pode ser confundida com a possibilidade de a defesa escolher a forma que entender mais adequada para a prova, mesmo que sem qualquer utilidade prática. Ampla defesa não é o que a defesa quer, mas o que pode fazer à luz da concretização de todos os princípios constitucionais no processo penal. Portanto, não está em jogo apenas a ampla defesa, mas também o devido processo legal (que é devido pra ambas as partes), em que um dos princípios reguladores também é a celeridade processual*”. (Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência, 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 860).

Assim, é indubitável que *o exame acerca da utilidade e pertinência das provas postuladas, para se atestar que o seu indeferimento se deu em contrariedade ao art. 158 do CPP*, tal qual destacado pelo c. Tribunal *a quo* (fls. 72.834/72.850), demandaria, inexoravelmente, a aprofundada análise do acervo probatório carreado aos autos, providência inadmitida em sede de recurso especial.

De outro giro, no que tange à ofensa ao artigo 7º, inciso X, da Lei n. 8.906/94 (*usar da palavra, pela ordem, em qualquer juízo ou tribunal, mediante intervenção sumária, para esclarecer equívoco ou dúvida surgida em relação a fatos, documentos ou afirmações que influam no julgamento, bem como para replicar acusação ou censura que lhe forem feitas*) em eventual contradição ao princípio da paridade de armas, destacou o recurso especial que:

“147. Mas não é só. Em 24/01/2018, na ocasião do julgamento, a despeito da fundamentada insurgência da defesa do recorrente, o Tribunal *a quo* concedeu 20 minutos de sustentação oral ao Ministério Público, 10 minutos ao assistente

de acusação, e assegurou às defesas apenas 15, muito embora os corréus, delatores informais, tenham, na prática, aderido ao polo ativo do feito criminal.

148. Dessa forma, a Corte Regional ignorou dispositivo de seu próprio Regimento Interno, violou o art. 7º, X, da Lei n. 8.906/199477; e contrariou o nobre princípio da paridade de armas” (fl. 74.579).

Pontuou, nesse recorte, o c. Tribunal *a quo*:

“Não é de ser admitida a pretensão recursal uma vez que o recorrente não fundamenta qual a efetiva violação ao artigo 7º, inciso X, da Lei n. 8.906/94, esbarrando no óbice previsto na Súmula 284/STF, segundo a qual ‘é inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia’.

Além disso, o recorrente deixou de combater os demais fundamentos do julgado, o que atrai a incidência da Súmula n. 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’)” (fl. 75.158).

Ao que se observa, muito embora tenha colacionado os motivos de sua irresignação, deixou o agravante de infirmar, de maneira adequada e suficiente, quais os motivos e qual seria a afronta ao dispositivo mencionado, vale dizer, o que teria pontualmente violado o que predispõe o artigo 7º, inciso X, da Lei n. 8.906/94, ou seja, especificamente, não enfrentou de maneira adequada a incidência da *Súmula 284 do STF*.

Sobre o tema, colaciono os seguintes julgados:

Penal. Processo Penal. Agravo regimental no recurso especial. Tribunal do Júri. Homicídio tentado. Estupro. Concurso material. Nulidade por deficiência na quesitação. Tentativa de homicídio reconhecida pelo Conselho de Sentença. Prejudicialidade da tese de desistência voluntária. Precedentes. Recusa da magistrada em fazer registro em ata. Situação não verificada. Nulidade suscitada em momento posterior. Súmula 7/STJ. Pedido de diligência. Repetição de reconhecimento de pessoa. Inviabilidade. Decisão judicial fundamentada. Prejuízo não comprovado. Dosimetria. Súmula 284/STF.

I - Segundo entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal em seu enunciado n. 156: “É absoluta a nulidade do julgamento, pelo júri, por falta de quesito obrigatório”. No caso dos autos, verifica-se que todos os quesitos obrigatórios se foram quesitados, em especial a tentativa, não havendo que se falar em nulidade ou contrariedade aos arts. 482 e 483 do CPP.

II - “O acolhimento da tese relativa à tentativa de homicídio prejudica a análise da suposta desistência voluntária. Ademais, a impugnação à formulação dos quesitos deve ocorrer no julgamento em Plenário, sob pena de preclusão, nos termos do art. 571, inciso VIII, do Código de Processo Penal, ressalvadas as nulidades absolutas, não configuradas na hipótese. Precedentes” (REsp 1.190.774/CE, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 03/11/2010; grifei).

III - O reconhecimento de nulidade no curso do processo penal reclama efetiva demonstração de prejuízo, à luz do art. 563 do Código de Processo Penal, segundo o princípio *pas de nullité sans grief*. *In casu*, a MM. Juíza-Presidente indeferiu, de forma fundamentada, a repetição, em Plenário, do procedimento de reconhecimento do acusado. Preceitua o art. 423 do CPP que “deliberando sobre os requerimentos de provas a serem produzidas ou exibidas no plenário do júri, e adotadas as providências devidas, o juiz presidente: I - ordenará as diligências necessárias para sanar qualquer nulidade ou esclarecer fato que interesse ao julgamento da causa”. Assim, o “deferimento de diligências é ato que se inclui na esfera de discricionariedade regrada do Magistrado processante, que poderá indeferi-las de forma fundamentada, quando as julgar protelatórias ou desnecessárias e sem pertinência com a instrução do processo, não caracterizando, tal ato, cerceamento de defesa (precedentes do col. STF e do STJ). Recurso desprovido” (RHC 64.595/SP, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe de 30/05/2016);

IV - Em que pese as alegações da parte recorrente, verifico, in casu, a deficiência da fundamentação do recurso. Isso porque o recorrente não indicou de que forma teria havido a suposta violação aos arts. 59 e 68 do Código Penal, não sendo possível a exata compreensão da controvérsia, justamente porque os argumentos apontados no apelo nobre não demonstram, de forma clara e específica, como teria havido violação a legislação federal infraconstitucional. Apesar de apontar afronta à lei federal, não demonstrou a parte, com previsão, quais seriam tais afrontas e sua relação com o caso concreto. O apelo nobre, portanto, esbarra na Súmula 284 do STF, que preceitua, verbis: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”.

Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp 1.621.722/RO, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe de 17/08/2018).

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Agravo que não combateu os fundamentos da decisão agravada. Aplicabilidade do Verbete n. 182 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. Artigos do CP e do CPP. Alegação genérica. Súmula 284/STF. Litispendência e provas para a condenação. Súmula 7/STJ. Agravo improvido.

1. É inviável o agravo que deixa de atacar, especificamente, todos os fundamentos da decisão agravada. Incidência do verbete n. 182 da Súmula desta Corte.

2. *Aplica-se a Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal quando a arguição de ofensa ao dispositivo de lei federal é genérica, sem demonstração efetiva da contrariedade.*

3. Rever a conclusão do Tribunal de origem acerca da inexistência de litispendência e da suficiência de provas para a condenação constitui providência inadmissível em recurso especial. Incidência da Súmula 7/STJ.

4. Agravo regimental improvido (AgRg no AREsp n. 857.129/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 25/05/2016, grifei).

6) *Desprezo às provas de inocência:*

Sustenta que, no julgamento dos embargos de declaração, o Tribunal deixou de apreciar documentos novos e relevantes para a defesa, em violação aos artigos 619 e 231 do CPP, aduzindo que “*os documentos supervenientes carreados aos autos impedem a formação de um juízo de culpabilidade sobre o Agravante, de forma que é devida a realização de um novo julgamento pela Corte Regional*” (fl.76.797).

Consigna que “*julgado em tempo recorde o recurso de apelação interposto, o acórdão proferido continha graves omissões, contradições e obscuridades, motivo pelo qual foram opostos, em 20/02/2018, Embargos de Declaração (com supedâneo no art. 619 do CPP, bem como arts. 1.022 e 1.025 do CPC à luz do art. 3º da lei processual penal) nos quais se apontou um total de 61 pontos a serem aclarados em virtude de omissão ou contradição*” (fl. 75.480).

Aponta, todavia, que após a oposição de embargos de declaração, vieram ao conhecimento do recorrente fatos novos e documentos relevantes à sua defesa, razão pela qual, com amparo no *art. 231 do CPP*, requereu a respectiva juntada das seguintes peças:

a) Declaração da lavra de João Vaccari Neto, rebatendo a versão apresentada por Léo Pinheiro e desmentindo o suposto acerto de contas envolvendo valores provenientes de contratos de consórcio RNEST/CONEST;

b) Transcrição do depoimento de Márcio Faria, ex-diretor executivo da Odebrecht, no sentido de que a OAS não pagou vantagens indevidas ao Partido dos Trabalhadores ou a membros da diretoria de serviços da Petrobras nos contratos do consórcio RNEST/CONEST;

c) Documento relativo a manifestações públicas de autoridades estadunidenses sobre cooperação internacional com o Brasil, “*oficiosa, por fora, sem depender de passar pelos trâmites e canais oficiais e na base da confiança entre prosecutors das duas nações*” (fl. 74.581).

Relata que por ocasião do julgamento dos embargos de declaração, o c. Tribunal de origem *deixou de considerar os documentos novos, ao argumento de que teria ocorrido a preclusão consumativa*, limitando-se a corrigir meros erros materiais, contrariando, com isso, o que dispõe artigo 479 do CPP, o qual permite a juntada de documentos em qualquer fase do processo.

Narra, ainda, que, quando da interposição da apelação, acostou documentos, em seu entender relevantes para a presente ação penal, eis que se referem a depoimentos prestados por ex-membros do Conselho de Administração da Petrobras, hábeis a demonstrar que Paulo Roberto Costa, Nestor Cerveró e Renato Duque foram eleitos por aquele órgão à unanimidade e, inclusive, com o voto dos conselheiros eleitos pelos acionistas minoritários, sendo que não foram considerados no julgamento do apelo, maculando o art. 231 do CPP.

Na sequência, assevera que o c. Tribunal de origem deixou de analisar fatos sensíveis suscitados nos embargos de declaração, além de apreciá-los de forma contraditória, mantendo as omissões e contradições, não obstante a oposição de novos embargos de declaração, tudo em contrariedade ao art. 619 do CPP.

Veja-se. Compulsando as alegações em questão, denota-se que não restou comprovada a alegada infringência aos referidos dispositivos do Código de Processo Penal, eis que os declaratórios não foram acolhidos por falta de demonstração da suposta omissão em que teria incorrido o aresto hostilizado, verificando-se nada mais do que mero inconformismo do paciente com o *decisum* da e. Corte *a quo*, confirmatório da condenação.

Para delimitar a *quaestio*, colaciono excerto do acórdão regional que decidiu sobre os embargos declaratórios:

“2.7. Do prequestionamento

Por fim, a defesa de Luiz Inácio Lula da Silva (xlvii) prequestiona os arts. 254 do CPP (suspeição do magistrado); 70, § 3º, 71, 72, § 2º, 78, inciso II, alínea ‘c’, e 83 do CPP (teoria da dissonância cognitiva); 5º, caput e inciso LVII, da CF e 260 do CPP (suspeição do juízo – decisão que determinou a condução coercitiva); 5º, incisos XII e LVII, da CF e 8º e 9º da Lei n. 9.296/96 (suspeição do magistrado – decisão que levantou o sigilo das interceptações telefônicas); 5º, inciso XXXVII, da CF (resoluções que garantem ao juízo a quo se dedicar exclusivamente à ‘Operação Lava-Jato’); 158 do CPP (cerceamento de defesa); 5º, incisos LV e LIV, da CF e 158 e 231 do CPP (indeferimento de perguntas aos delatores); 616 do CPP (reinquirição); e 283 do CPP e 105 da Lei n. 7.210/84 (antecipação da execução da pena). Ao longo dos embargos

também prequestionou os arts. 5º, inciso XXXIX, 129, inciso I, da CF; 13, 29, 33, § 4º, 49, 59 e 317 do CP; 3º, 108, 214, 258 e 564, inciso I, do CPP; e 10 do CPC.

Consoante mencionado nas considerações iniciais sobre os embargos de declaração, estes só têm cabimento nas restritas hipóteses elencadas no artigo 619 do CPP, quais sejam, omissão, ambiguidade, obscuridade ou contradição, sendo desnecessário o prequestionamento expresso.

Dessa forma, não conheço dos embargos de declaração no ponto.

3.1. Em petição acostada no evento 128 dos autos, em 26/02/2018, a defesa de LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA apresenta declaração manuscrita de João Vaccari Neto que, segundo alega, desmente categoricamente as declarações de Léo Pinheiro. Diz que: 'Nela, João Vaccari aduz que jamais tratou de pagamentos de vantagens indevidas com Léo Pinheiro, muito menos que teria intermediado o afirmado acerto espúrio, em nome do Peticionário, para compensação de valores relativos ao apartamento 164-A (tríplex).'

Argumenta, ainda, que 'à luz do princípio da presunção constitucional de inocência, é o órgão acusador quem deve comprovar, de forma inequívoca, a culpabilidade do réu. Inconstitucional, portanto, exigir que o acusado seja obrigado a provar sua inocência. Nesse sentido, deve ser reconsiderado o entendimento firmado no voto-relator do presente apelatório, eis que recai em inconstitucional inversão do ônus probatório, exigindo-se do Peticionário, ainda, a produção de prova diabólica, vedada no ordenamento jurídico pátrio'.

Requer (xlvi) seja considerado o aludido documento para fins de julgamento, pugnano pela absolvição do embargante.

A pretensão é de todo descabida.

O Código de Processo Penal estabelece um rito a ser seguido nas ações penais, não havendo previsão de 'prazo eterno' para recursos, tampouco possibilita a juntada de provas em qualquer fase. No caso, a oportunidade para a oposição dos embargos de declaração se esgotou com o protocolo do recurso, em 20/02/2018, último dia de prazo, inexistindo qualquer peculiaridade que justifique a pretendida emenda da petição. Há, assim, clara preclusão consumativa.

Ademais, a fase instrutória já há muito está encerrada. Prolatada sentença e julgadas as apelações por este Tribunal, é inviável a reabertura da instrução e a apreciação de documento só agora colacionado.

De todo modo, restou afirmado no julgado que a defesa de LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA em nenhum momento requereu a oitiva de João Vaccari (item '3.3.6.5.' do voto). Isso não significa, ressalta-se, inversão do ônus probatório.

Conforme consignado, 'ao oferecer denúncia e instruir a causa na linha de suas alegações, o Ministério Público Federal apresenta as provas que, na sua visão, tem por suficientes para a persecução penal. À defesa cabe apresentar e requerer as que possam se contrapor à tese acusatória'. É dizer, o órgão acusatório juntou as provas que entendeu suficientes para embasar a pretensão punitiva. Se assim entendesse, caberia à defesa, no momento oportuno, produzir a contraprova.

No mesmo sentido, as considerações do órgão ministerial em parecer: 'De início, importante enfatizar que o caso já foi julgado e o processo de conhecimento se encerrou há bastante tempo. Quando isso acontece, a prova nova deve ser trazida em ação revisional própria, nos termos do artigo 621 e seguintes do Código de Processo Penal e não em sede de embargos de declaração em que não há a mínima previsão de reabertura de instrução'.

A declaração apresentada, portanto, não tem qualquer valor probatório ao feito, de forma que não conheço da petição do evento 128.

3.2. Também em razão da preclusão consumativa, não merece ser conhecida a petição juntada ao evento 144 (vídeos no evento 145), na qual a defesa de LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA requer seja considerado o depoimento prestado por Márcio Faria da Silva prestado em ação penal correlata e a conversão do julgamento em diligência.

Os embargos de declaração têm lugar específico nos casos de ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão, não se destinando para eternizar o curso do processo com a repetição de teses já enfrentadas, sob a ótica de fatos novos que sequer possuem aptidão, de per si, de modificar as conclusões extraídas do julgamento pelo Colegiado.

Faço referência ao já contido no voto condutor e nos presentes embargos de declaração, no sentido de que a compreensão do julgado não pode ser feita pela leitura de parágrafos isolados, como pretende a defesa. Tampouco em um ou outro meio de prova descontextualizado sem capacidade de desmerecer o restante do acervo.

Todas as questões foram exaustiva e detalhadamente examinadas ao longo do voto condutor, em especial no seu item 3.3.8.1. Como forma de agir, 'O método utilizado para contabilização das despesas relativas à diferença de preço entre a unidade padrão e o triplex, nelas computados igualmente os custos de reforma e fornecimento de mobiliário e equipamentos' (item 3.3.5.4).

E, neste contexto específico, nada obstante Márcio Faria da Silva ter confirmado o ajuste de propina com relação às empresas do consórcio, é natural que

desconhecesse as tratativas levadas a cabo pelo embargante LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA e por LÉO PINHEIRO, cuja relação de proximidade é inegável e mostrou-se fundamental para a sistemática de operação da propina, como também abordado no voto embargado.

Referi, ainda, no voto condutor que ‘... o recebimento pessoal dessa vantagem, ao meu sentir, decorre de desígnio autônomo em relação à corrupção havida em favor do Partido dos Trabalhadores. Esta se deu mediante o extenso esquema de corrupção havido no seio da Petrobras, com destinação de recursos de contratos obtidos mediante ajuste de vontades dos concorrentes, em benefícios de diversas pessoas e partidos políticos. Já em relação ao apartamento e suas melhorias, a vantagem está deslocada no tempo e no espaço em relação ao recebimento anterior. Há nova linha de nexo causal, no mínimo relativamente à diferença de preço entre a unidade adquirida (141) e aquela que lhe fora destinada (164-A) e os custeios das reformas e mobiliários, ainda que o dinheiro tenha a mesma origem espúria. Trata-se, a toda evidência, de crimes distintos’.

Por todas essas razões, sobretudo pelo inoportuno momento albergado pela preclusão consumativa, não conheço da petição lançada no evento 144.

3.3. Com relação à eventual colaboração informal entre autoridades brasileiras e americanas, a tese é inusitada, fantasiosa e sem qualquer proveito para o processo. Não há um elemento concreto sequer nos autos – tampouco apontado pela defesa – que indique que o processo tenha sido maculado por provas trocadas entre Brasil e Estados Unidos da América.

Novamente, se não for pelo amor à teoria das nulidades (item 2.6), cujos efeitos concretos carecem de demonstração e que, por isso, em nada aproveitaria à defesa, trata-se de tese que nada mais objetiva do que desacreditar toda a investigação e ampliar a discussão para questões estranhas à ação penal que ora se examina.

Portanto, igualmente não merece ser conhecida a manifestação (fls. 74.184-74.186).

Nesse compasso, não há que se falar, na hipótese, em negativa de prestação jurisdicional ou nulidade do acórdão proferido pelo e. Colegiado *a quo*, por violação ao artigo 619 do CPP, porquanto a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, apreciando-se, fundamentadamente, de modo coerente e completo, as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida.

No ponto, colaciono o seguinte julgado:

Embargos de declaração no agravo regimental no recurso especial. Art. 619 do CPP. Inexistência de vícios no julgado. Rediscussão do entendimento. Impossibilidade. Ausência de ilegalidade flagrante. Aclaratórios rejeitados.

1. Nos limites estabelecidos pelo artigo 619 do Código de Processo Penal, os embargos de declaração destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade, eliminar contradição ou ambiguidade eventualmente existentes no julgado combatido.

2. Inexistindo qualquer omissão, contradição ou obscuridade a ser sanada, tendo o acórdão embargado apreciado o inconformismo de forma clara e fundamentada, não é possível, em sede de aclaratórios, rediscutir o entendimento adotado.

3. As informações constantes do banco de dados criminais do SINIC não devem ser excluídas dos arquivos do Poder Judiciário, contudo, só devem ser objeto de acesso por meio de requisição judicial, nos termos do artigo 748 do CPP e 202 da Lei de Execução Penal.

4. Embargos de declaração rejeitados (EDcl no AgRg no REsp n. 1.361.520/PA, *Quinta Turma*, Rel. Min. *Jorge Mussi*, DJe de 15/06/2018).

Desse modo, porquanto fundamentada a decisão, não se configura a apontada contrariedade ao art. 619 do CPP, mas mera inconformidade do recorrente pelo fato de a decisão impugnada não ter acolhido a tese recursal de que, para o deslinde da causa, deveriam ter sido examinados os temas questionados, confundindo negativa de prestação jurisdicional com não-acolhimento da pretensão.

Já em relação à arguição de violação ao art. 231 do CPP, destaca-se que conforme a jurisprudência desta Corte Superior, o indeferimento da produção de provas, *tal qual acima demonstrado*, é ato norteado pela discricionariedade regrada do julgador, podendo ele, portanto, não deferir, motivadamente, as diligências que considerar protelatórias e/ou desnecessárias.

No caso em mesa, a reversão de tal entendimento não pode se dar sem o exame minucioso do conjunto probatório, tal qual já se manifestou esta Corte de Justiça:

Penal e Processual Penal. Agravo regimental em agravo em recurso especial. Violação aos artigos 396-A e 231, CPP. Reexame de fatos e provas. Súmula 7/STJ. Impossibilidade.

1. Nos termos da Súm. 7/STJ, não se conhece de nulidade processual se, para sua constatação, se fizer necessário o reexame de fatos e provas.

2. Agravo regimental improvido (AgInt no AREsp n. 580.555/RJ, *Sexta Turma*, Rel. *Nefi Cordeiro*, DJe de 04/04/2017).

Noutro compasso, além de mencionar inadequadamente o artigo 479 do *Estatuto Processual*, eis que não se anela ao presente caso, o faz de forma absolutamente genérica, destacando, simplesmente que “160. Salta aos olhos que a ‘preclusão consumativa’ suscitada pelos acórdãos recorridos não tem amparo na legislação federal. Ao contrário, a juntada dos documentos novos é expressamente prevista ‘em qualquer fase do processo’, não incidindo no caso concreto, à toda evidência, a limitação prevista no art. 479 do CPP” (fls. 74.583), em total confronto ao que aduz a súmula 284 do STF.

Sobre o tema, vale colacionar os seguintes julgados:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Tráfico de drogas. Provas para a condenação. Súmula n. 7/STJ. Violação do art. 59 do CP. Alegação genérica. Súmula n. 284/STF. Recurso improvido.

1. A questão relativa à existência de provas para a condenação não prescinde do revolvimento do conteúdo fático-probatório dos autos. Incidência do enunciado n. 7 da Súmula deste Tribunal.

2. A alegação genérica de violação do art. 59 do CP configura deficiência de fundamentação do recurso especial. Incidência da Súmula n. 284/STF.

3. Agravo regimental improvido (AgRg no AREsp n. 1.195.352/CE, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 25/05/2018).

Penal e Processual Penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Tráfico ilícito de entorpecentes. Associação para o tráfico. Participação. Análise do conjunto fático-probatório. Súmula 7/STJ. Divergência jurisprudencial não demonstrada. Ausência de cotejo analítico. Inépcia da denúncia. Falta de prequestionamento. Súmulas 211/STJ e 282/STF. Defeitos na denúncia e tipificação. Colocionamento de julgados e discurso retórico. Deficiência na fundamentação. Súmula 284/STF. Pedido de regime mais brando e substituição da pena. Deficiência na fundamentação. Súmula 284/STF. Agravo conhecido para não conhecer do recurso especial. Agravo regimental desprovido.

I - Desconstituir decisão que concluiu pela participação em associação para o tráfico exige, necessariamente, revolvimento do conjunto fático-probatório, procedimento inviável nesta via recursal a teor do óbice contido no verbete sumular n. 7 desta Corte.

II - O recurso especial interposto pelo permissivo constitucional constante do art. 105, inciso III, alínea c, exige a atenção dos requisitos contidos no art. 1.029, e § 1º do Código de Processo Civil, e no art. 255, § 1º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

III - A ausência de prequestionamento inviabiliza a análise de matéria em via de recurso especial, a incidir os enunciados sumulares n. 282 e 356/STF.

IV - As meras indicações de julgados e discurso retórico, sem indicar e justificar a legislação federal violada, caracteriza deficiência na fundamentação recursal, incidindo o óbice do enunciado sumular n. 284 do e. Supremo Tribunal Federal.

Agravo regimental desprovido (AgRg no AREsp n. 1.106.985/SP, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe de 13/03/2018).

7) Condenação fundada decisivamente em depoimento incriminatório do corréu (chamamento):

Refuta, nesse painel, a incidência da Súmula 7 do STJ, ao argumento de que o voto condutor foi expresso em afirmar a existência de dúvida quanto à materialidade e autoria do crime, que teria sido sanada a partir do depoimento do corréu Léo Pinheiro, indo o *decisum* de encontro ao que aduz o § 16º do art. 4º da Lei 12.850/2013.

Pondera que a leitura do acórdão recorrido evidencia que o depoimento do corréu Léo Pinheiro, ex-Presidente da OAS, foi o argumento essencial do decreto condenatório e apesar da exaustiva instrução processual, não há um único elemento de prova, oral ou documental, que confirme ter o ora recorrente solicitado, aceito ou recebido vantagem indevida.

Obtempera que “*embora o aresto condenatório transcreva inúmeros depoimentos de delatores – para dizer que o ex-Presidente tinha influência no Partido dos Trabalhadores e na Petrobras –; e de prepostos ou prestadores de serviço da OAS – que nunca tiveram qualquer contato com ele – não há sequer um, com exceção de Léo Pinheiro, que sugira a prática, pelo recorrente, de um dos verbos típicos do delito de corrupção passiva*” (fl. 74.587).

Aduz que o *decisum* objurgado teria, assim, recorrido ao chamamento do corréu como motivo de convicção, no ponto em que afirmou que “*se houvesse quaisquer hesitações quanto a estas assertivas, elas sucumbiram ao reinterrogatório de José Adelmário Pinheiro Filho*” (fl. 74.588).

Assevera que “*a palavra do corréu Léo Pinheiro para este processo na visão dos acórdãos recorridos equivale à verdade absoluta e deve se sobrepor ao depoimento de 73 (setenta e três) testemunhas que não confirmaram a hipótese acusatória*” (fl. 74.589), contrariando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a norma constante do § 16º do art. 4º da Lei 12.850/2013.

Sustenta que o voto condutor considerou sanada a dúvida quanto à materialidade e autoria do crime, com base no depoimento do corréu, delator informal, agraciado com benefícios na sentença condenatória e, não obstante

tenha o c. Tribunal de origem se valido das declarações deste colaborador, recusou-se a colher novo depoimento do recorrente, violando os *art. 616 e 196 do CPP*.

Ressai, todavia, da decisão de admissibilidade na origem que:

“Argumenta a defesa que o depoimento do corréu Léo Pinheiro, ex-Presidente da OAS, foi o argumento essencial do decreto condenatório, em contrariedade ao disposto no artigo 4º, § 16, da Lei n. 12.850/2013 segundo o qual “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”. E, embora se apegue às declarações do corréu, o Tribunal se recusou a colher novo depoimento do recorrente, em violação ao disposto nos artigos 196 e 616, do CPP.

O acórdão deixou assentada a necessidade de ser o depoimento do corréu harmônico com as demais provas dos autos, tendo concluído, após detida análise, pela suficiência do conjunto probatório a ensejar manutenção do decreto condenatório. Desta forma, certo é que alterar as premissas do acórdão, no sentido de que a condenação não fulcrou-se apenas no depoimento do corréu Leo Pinheiro, mas também em outros elementos de prova, impõe o reexame dos autos, o que é vedado pela Súmula 7, do STJ. O mesmo se diz em relação ao indeferimento de oitiva do recorrente” (fls. 75.151-75.152).

Em análise do requerimento e dos argumentos agora apresentados pelo agravante, não há dúvida alguma de que, pretendendo sua absolvição, a pretexto da ausência de provas suficientes, o recorrente busca ver reapreciados os elementos de cognição dos autos para que se examine se foram, ou não, adequadamente interpretados nas instâncias ordinárias, tarefa essa incompatível com a via do recurso especial, não vocacionada a tal espécie de análise, uma vez que de atribuição dos juízos ordinários.

Da mera leitura do acórdão reprochado, denota-se, claramente, que a condenação do agravante se deu pelo cotejo efetivado em relação aos diversos elementos de cognição, abarcando não somente a prova material (documental), como também a prova oral, dentre elas o depoimento do mencionado corréu *Léo Pinheiro*, destaca-se:

“O longo depoimento guarda coerência não apenas com aquilo que se acha imputado na acusação, mas também com as provas existentes no caderno processual, como faturas emitidas em nome da OAS emitidas pelas empresas Tallento, Kitchens

e Fast Shop. Muito embora LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA afirme desinteresse posterior pelo imóvel, no que é acompanhado por PAULO OKAMOTTO, por exemplo, a versão é enfraquecida pelas circunstâncias identificadas.

Ora, executivos do grupo OAS somente confirmaram a compreensão comum que se tem a respeito das transações de imóveis. Não é crível – além de negado por LÉO PINHEIRO e outros envolvidos – que a construtora canalizasse tantos recursos apenas como forma de tornar o negócio mais atrativo. Os gastos extrapolam inclusive o próprio valor de mercado do bem.

Não se cuida, pois, de reforma decorativa, mas sim com características e personalização para um programa de necessidades específico, com intervenções bastante profundas na planta padrão do imóvel. A instalação de um elevador entre os pisos internos, somente implementado na unidade 164-A, é um claro exemplo de modernização que desborda do padrão mercadológico” (fls. 72.985-72.986).

Alterar, pois, as premissas do acórdão, no sentido de se avaliar se teve a condenação se fulcrado apenas no depoimento do corréu Leo Pinheiro, e não também em outros elementos de prova, impõe de modo profundo o reexame dos elementos de convicção inserto nos autos, com o indevido revolvimento fático-probatório, o que é vedado pela súmula 07 desta Corte de Justiça.

8) Do crime de corrupção passiva: corrupção virtual, ausência de indicação de ato de ofício, da teoria da imputação objetiva e da inexistência de vantagem indevida:

Aduz o agravante que as teses sustentadas pela defesa foram analisadas de forma genérica e superficial, com direta violação ao dever de fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX do CF), destacando-as da seguinte forma:

I. *Corrupção virtual*: defende a inaplicabilidade da Súmula 7 do STJ, eis que a análise, nesse particular, limitaria-se a apreciar se o agente incorre na prática descrita no preceito incriminador do art. 317 do CP, na modalidade receber, na hipótese em que a vantagem indevida não ingressar na posse ou propriedade deste.

II. *Da imprescindível demonstração do ato de ofício inserido no rol de atribuições do intraneus à configuração do tipo de corrupção passiva*: assevera que a tese jurídica “(i) encontra-se presente na base empírica dos acórdãos e (ii) prescinde de reavaliação ou incursão no conjunto fático-probatório, versando, unicamente, (iii) na correta interpretação do preceito incriminador da corrupção passiva, de modo a definir se é exigível (ou não), enquanto elementar implícita do tipo, a presença do ato de ofício para fins de incidência da tutela penal” (fl. 76.806).

III. *Impossibilidade de imputação do resultado ao agravante*: com fundamento na tese de que a conduta do agravante não consistiu na criação e atribuição de um *risco não tolerado juridicamente (teoria da imputação objetiva)*, sustenta que a condenação viola o *art. 13, § 1º do CP*, por impossibilidade de imputação do resultado, bem como o *art. 317*, por atipicidade da conduta, sendo que tal análise não esbarraria no óbice da *Súmula 7 do STJ*.

IV. *Inexistência de vantagem indevida: crime impossível*: assevera que a existência de gravame financeiro sobre o apartamento é incompatível com a narrativa de Léo Pinheiro, no sentido de que o imóvel seria entregue ao Agravante sem pagamento algum, pois a transferência da propriedade demandaria, necessariamente, a quitação do preço do bem.

Com efeito, consigna o recorrente que a corrupção passiva consiste, segundo o artigo 317 do Código Penal, em “*solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem*”.

Ressalva, no ponto, a contradição ocorrida no acórdão regional, quando afirma que teria o recorrente recebido vantagem indevida, consistente no referido triplex, mas reconhece explicitamente que “*as provas são seguras quanto à inexistência de transferência da propriedade no registro imobiliário em favor do apelante Luiz Inácio Lula da Silva ou sua esposa e quanto à não ocorrência da transferência da posse*” (fl. 74.593), com violação expressa, portanto, ao que aduz o *artigo 317 do Código Penal*, em face à atipicidade de sua conduta.

Registra que o acórdão recorrido violou o mencionado dispositivo legal ao condenar o recorrente com base em inferências alheias à imputação, para tanto, teria empregado indevidamente a teoria do domínio do fato, a fim de que o agravante fosse publicamente enxovalhado e, ao final, julgado/condenado, não com base em ato comissivo ou omissivo inerente à função, mas, sim, *pela teórica ascendência do Presidente da República nas nomeações da Petrobras, em frontal violação ao artigo 29 do Código Penal*.

Pondera que, malgrado seja atribuição do Conselho de Administração a nomeação dos executivos da Petrobrás - e não do Presidente da República - o *decisum* sustenta que, em contrapartida à vantagem indevida em tese recebida pelo ex-Presidente, teria ele exercido influência para assegurar a nomeação e a manutenção de diretores da Estatal.

Verbera que o c. Supremo Tribunal Federal não dispensa a demonstração de ato de ofício, inserido no complexo de atribuições do funcionário público,

para configurar o crime de corrupção passiva, invocando precedente constante da Edição 57 da “*Jurisprudência em tese*” desse Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, no crime de corrupção passiva, é indispensável o nexo de causalidade entre a conduta do servidor e a realização de ato funcional de sua competência.

Assevera inexistir vinculação entre a nomeação de diretores, que ocorreu durante 2003 e 2004, com os contratos utilizados para fundamentar a condenação, firmados em 2009, ao passo em que refuta a aplicação, *in casu*, da teoria do domínio do fato, cujo fundamento foi indevidamente adotado pelo e. colegiado de origem para suprir a ausência de prova da culpa do recorrente, baseando a condenação e a exasperação da pena, unicamente, no cargo por ele ocupado no período de 2003 e 2010.

Insiste na tese de que não se restou comprovado o ato de ofício, sobretudo porque o Presidente da República não possuía total controle sobre a estatal, notadamente o seu Conselho de Administração. Faz alusão as inúmeras testemunhas que afastaram a referida hipótese, evidenciando que a nomeação de diretores se dava de forma técnica, isenta e independente. Desse modo, traz à baila os arts. 13 e 317 do CP, bem assim a jurisprudência desta Corte, para subsidiar a tese consistente na atipicidade do crime de corrupção passiva.

Destaca que o processo de nomeação dos diretores *Paulo Roberto Costa, Renato Duque e Nestor Cerveró* seguiu todas as exigências legais e estatutárias vigentes, restando constatado que os então candidatos possuíam todos os requisitos para ocupar o cargo, tendo sido observados, pelo Presidente da República, os parâmetros normativos para encaminhar o nome dos três diretores ao Conselho de Administração da Petrobrás. Nesse contexto, tendo como norte a Teoria da Imputação Objetiva, pontua que não há como se afirmar que a conduta do recorrente tenha incorrido na criação e realização de um *risco não tolerado juridicamente*.

Diz que os *acórdãos recorridos* não apontaram qualquer conduta relativa ao delito de corrupção passiva, praticada pelo recorrente com vistas ao recebimento do apartamento ou das reformas nele realizadas, tendo, ao contrário, reconhecido a relação outrora existente entre sua esposa e a BANCOOP, cooperativa que antecedeu a OAS Empreendimentos, sustentando, pois, que tal fato também ofenderia o disposto no art. 317 do CP.

Salienta que a denúncia partiu da falsa premissa de que ‘*Os valores pagos como propina e utilizados pela OAS Empreendimentos para transferir a propriedade*

da cobertura triplex 164-A do Condomínio Solaris para Lula e Marisa Leticia advieram, portanto, de recursos auferidos ilicitamente pela Construtora OAS em contratos firmados com a Administração Pública Federal, incluindo a Petrobras', vale dizer, de acordo com o Ministério Público Federal, o recorrente teria recebido vantagem indevida - apta a configurar o crime previsto no art. 317 do CP - por meio da transferência da propriedade do apartamento triplex (fl. 74.616).

Faz alusão ao reconhecimento, pelas instâncias ordinárias, da existência de gravame financeiro envolvendo o referido imóvel, o qual teve todo o seu valor econômico-financeiro transferido em favor de um fundo administrado pela Caixa Econômica Federal, o que, em seu entender, reforçaria a impossibilidade de haver uma reserva do imóvel em favor do recorrente.

Destaca que somente mediante a quitação do preço é que a propriedade seria transferida da OAS Empreendimentos para terceiros, configurando, pois, crime impossível, a narrativa de Léo Pinheiro, no sentido de que o apartamento seria entregue ao recorrente sem pagamento algum, violando, portanto, o art. 17 do CP.

Aduz que o imóvel sempre pertenceu à OAS Empreendimentos S/A, que jamais teve contrato com a Petrobras, fato que descaracteriza a elementar do crime, em manifesta contrariedade ao *art. 317 do CP*, diante da inexistência de vantagem indevida direcionada ao recorrente.

Pois bem. Destacou a decisão de admissibilidade recursal que:

“Em suas razões, o recorrente alega afronta ao artigo 317, do CP, uma vez que foi condenado por receber a vantagem consistente no imóvel, mas o aresto reconhece textualmente que ele nunca teve a propriedade ou posse, isto é, que o bem nunca ingressou em sua esfera patrimonial, sendo atípica a conduta.

Argumenta que, ao condenar o recorrente com base em inferências alheias à imputação, empregou-se indevidamente a Teoria do Domínio do Fato, para que ele fosse publicamente enxovalhado e, ao final, julgado, não com base em ato comissivo ou omissivo inerente à função, mas, sim, pela teórica influência do Presidente da República nas nomeações da Petrobrás, em violação ao artigo 29, do Código Penal’.

Destaca que a contradição do raciocínio é tão evidente, que o acórdão, por um lado, afirma que o recorrente cometeu o crime de corrupção passiva ‘por sua capacidade de influência’ e ‘sem que se mostre necessário sua conduta ativa nos contratos’ - embora seja certo que as nomeações da Petrobrás não integram as atribuições do Presidente da República; mas, por outro, a decisão aumenta a pena com base em ato de ofício

indeterminado. Em não sendo constatado e comprovado o ato de ofício determinado, a atipicidade da conduta atribuída ao recorrente é inegável, repelindo a causa especial de aumento prevista no § 1º do artigo 317, do CP.

Em outro tópico, indica a ofensa ao artigo 1º, da Lei 9.613/98, pela condenação por lavagem de dinheiro com base em conduta virtual, atípica e que, ainda que fosse ilícita, seria mero exaurimento do delito de corrupção a ele imputado.

Sem maiores digressões, é pacífico o entendimento no sentido de que a análise acerca da adequação típica dos fatos integrantes da persecução criminal não dispensa o reexame aprofundado do conjunto probatório, o que é vedado nos termos da Súmula n. 07 do STJ (‘a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial’) (fl. 75.152).

Dentre as argumentações exaradas em seu recurso especial, aponta-se afronta ao artigo 317 do CP, por não ter sido comprovada a relação entre o suposto recebimento da vantagem e a prática, por ele, de um *ato de ofício* pertencente a sua esfera de atribuições.

No ponto, destacou o acórdão regional que:

‘Alega a defesa de LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA que não foi indicado qual seria o ato de ofício praticado pelo ex-Presidente. Segundo entende, tal identificação seria imprescindível para a caracterização do crime do art. 317 do CP.

Há equívoco na tese. O tipo penal, diversamente da prevaricação, dispensa a ocorrência de ato de ofício, exigindo-se somente a solicitação/recebimento de vantagem indevida em decorrência do cargo ou função. Trata-se de crime formal que se concretiza com a solicitação ou o recebimento da benesse, de modo que a prática efetiva de ato de ofício não consubstancia elementar do tipo penal, mas somente causa de aumento de pena (§ 1º do art. 317, CP).

Igualmente responde pelo crime aquele que solicita/recebe vantagem antes mesmo de assumir o cargo ou após tê-lo deixado. Na correta acepção do termo ‘ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela’, o tipo penal não alcança exclusivamente aqueles que se encontram no exercício de cargos e funções, sendo certo que sobre estes deve recair maior censura. Sobre o tema, manifestação da Ministra Rosa Weber na Ação Penal Originária 695/MT (data de publicação DJe 12/12/2016 - ATA n. 191/2016. DJe n. 263, divulgado em 09/12/2016):

‘32. Verticalizo a questão do ato de ofício.

33. *Em alegações finais, a defesa aponta que a destinação de emendas parlamentares é um ato funcional lícito. Logo, no seu entendimento, inábil a tipificar a corrupção.*

33.1. *Equívoca-se uma vez mais, na minha compreensão.*

33.2. *A destinação de emendas parlamentares no caso concreto não consistiu em ato de ofício lícito na medida em que indexada ao interesse de obter vantagens indevidas. Viabilizar emendas parlamentares com o intuito de beneficiar determinado grupo empresarial e se associar a ele em busca de lucro constitui prática de ato de ofício com violação de dever funcional. A atuação parlamentar, nessas circunstâncias, viola a moralidade e impessoalidade administrativas (art. 37 da CF).*

33.3. *Por outro lado, desimportante à corrupção passiva que a vantagem indevida seja contrapartida da prática de um ato funcional lícito ou ilícito. O ato de ofício, aliás e a rigor, não é elementar do crime de corrupção passiva (art. 317 do CP), apenas causa de aumento dele (§ 1º), conforme fundamentarei adiante. DESTAQUEI, NO PONTO.*

33.4. *Distinguindo a corrupção própria da imprópria, explica HUNGRIA, citado por GRECO (...) é irrelevante que o ato funcional (comissivo ou omissivo) sobre que versa a venalidade seja lícito ou ilícito, isto é, contrário ou não aos deveres do cargo ou função.*

No primeiro caso fala-se em corrupção própria, e no segundo, em corrupção imprópria'. (GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. 2ª ed. São Paulo: Impetus, 2009, p. 758).

33.5. *Exige-se, para a configuração do delito, apenas o nexo causal entre a oferta (ou promessa) de vantagem indevida e a função pública exercida, sem que necessária a demonstração do mesmo nexo entre a oferta (ou promessa) e o ato de ofício esperado, seja ele lícito ou ilícito. Ou seja, não é necessário estabelecer uma subsunção precisa entre um específico ato de ofício e as vantagens indevidas, mas sim uma subsunção causal entre as atribuições do funcionário público e as vantagens indevidas, passando este a atuar não mais em prol do interesse público, mas em favor de seus interesses pessoais.*

33.6. *Na experiência do direito norte-americano, As leis e casos de corrupção política deixam alguns princípios dessa área claros (...). O acordo entre o funcionário público e a pessoa que oferece suborno não precisa explicitar quais pagamentos vinculam específicos atos desse funcionário. Ao contrário, é suficiente que o funcionário*

público tenha entendido que era dele ou dela esperado o exercício de alguma influência em favor daquele que paga o suborno caso tais oportunidades surgissem (United States v. Abbey, 560 F.3d 513, 518 (6th Cir. 2009); accord United States v. Jefferson, 674 F.3d 332, 358-59 (4th Cir. 2012); Ryan v. United States, 688 F.3d 845, 852 (7th Cir. 2012); United States v. Ganim, 510 F.3d 134, 147 (2d Cir. 2007). US v. Terry, (6th Cir. 2013). ('The Honest Services of Public Officials' (Criminal Law Series) (English Edition)' by LandMark Publications. Kindle: 2015, posição 2156) (tradução livre). No original: The political corruption statutes and cases make a few principles in this area clear (...). The agreement between the public official and the person offering the bribe need not spell out which payments control which particular official acts. Rather, 'it is sufficient if the public official understood that he or she was expected to exercise some influence on the payor's behalf as opportunities arose.' (negritos no original).

Outra não é a lição acadêmica. Segundo José Paulo Baltazar Júnior, há duas posições na jurisprudência acerca da necessidade de definição na denúncia de ato determinado a ser praticado pelo funcionário, em contrapartida à vantagem indevida.

Prossegue o autor:

Para a primeira, haveria a necessidade da indicação de ato determinado que seria praticado pelo agente, por ocasião do oferecimento da denúncia, embora o caput do art. 317 do CP não contenha a expressão ato de ofício, mencionada apenas no § 1º, como causa de aumento, ao contrário do que se dá com o art. 333. Entendeu-se, porém, que a circunstância de mencionar o tipo, que a vantagem é solicitada em razão do exercício da função pública, a suficiente a demandar a indicação, já por ocasião da denúncia, do ato pretendido, o que torna mais fechado o tipo (STF, AP 307, Galvão, P1., u., DJ 13.10.95; STF, Inq 785, Galvão, P1, m., DJ 7.12.00, caso Zélia Cardoso de Mello; STF, AP 470, Barbosa, P1., 17.12.12, caso Mensalão; STJ, HC 13.894, Fernando Gonçalves, 6ª T., u., 21.2.02; STJ, HC 13.487, Fernando Gonçalves, 6ª T. u., DJ 27.5.02; TRF4, AC 20030401007503-4, Élcio, 8ª T., u., 10.12.03; Mirabete, 1993: 97; Thompson Flores: 99) (in Crimes Federais, 10 ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 299)

Nada obstante algumas divergências pontuais, o voto proferido pelo Ministro do Luiz Fux, na Ação Penal n. 470/STF é esclarecedor:

O corruptor deseja influenciar, em seu próprio favor ou em benefício de outrem. O corrupto 'vende' o ato em resposta à vantagem indevidamente recebida. Se o ato de ofício 'vendido' foi praticado pouco importa. O crime de corrupção consuma-se com o mero tráfico da coisa pública.

Vê-se, assim, que na corrupção passiva, o que é chamado de 'em razão da função pública' e, na corrupção ativa, 'ato de ofício', é, em outras palavras, o (potencial) desvio da impessoalidade e da moralidade da atuação estatal, atingindo o cerne dos valores republicanos definidos na CR/88.

O conceito de ato de ofício, portanto, ao aproximar-se da expressão função pública, deixa de corresponder a um ato determinado e concreto, que corresponda sinalagmaticamente à vantagem indevida conferida, para assumir uma conotação ampla, menos palpável e, não raro, indefinível.

Isto é mais evidente em face da natureza de algumas funções, quando os atos têm característica eminentemente política, especialmente quando praticados por detentores de cargos eletivos dos poderes Legislativo ou Executivo. Não é viável exigir-se, em tais casos, que o agente atue na realização de atos determinados e concretos típicos de alguns funcionários públicos, v.g., aplicação de multa, liberação de alvará, concessão de licença, etc.

Na mesma Ação Penal n. 470 pelo STF, o Ministro Relator consignou que 'o ato de ofício' deve ser representado no sentido comum, como o representam os leigos, e não em sentido técnico-jurídico', concluindo assim, citando precedente daquela Corte (AP 307, Rel. Ilmar Galvão), que 'basta, para os fins dos tipos penais dos artigos 317 e 333 do Código Penal que o 'ato subornado caiba no âmbito dos poderes de fato inerentes ao exercício do cargo do agente' (RTJ 162, n. 1, p. 46/47)' (STF, AP 470, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJe 22/04/2013) (grifei).

Na mesma oportunidade, o Ministro Dias Toffoli foi bastante específico quanto à posição da Excelsa Corte sobre o tema:

***'Como já decidido por este Plenário em capítulo anterior, no que inclusive fiquei vencido, a corrente majoritária formou-se no sentido de ser despicienda a existência do ato de ofício para a tipificação do crime de corrupção passiva, bastando, para tanto, que a vantagem seja oferecida em razão do exercício do cargo público. A partir desta premissa, curvo-me a essa orientação e, doravante, passo a orientar o teor deste meu voto nesse sentido.'* (fl. 4.225).**

E, pouco adiante, arrematada sobre a função pública, relativamente a parlamentares:

Note-se que a conduta descrita, na interpretação agora dominante perante o Supremo Tribunal Federal (a orientar o comportamento de todos os agentes públicos e políticos indistintamente), se adéqua ao tipo imputado aos parlamentares, na medida em que a solicitação da vantagem, na espécie, estaria motivada pela função

pública por eles exercida, o que basta para configurar a relação de causalidade entre ela e o fato imputado.’ (fl. 4.229).

Depreende-se, assim, que o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que, para a configuração do delito de corrupção, não se exige que o oferecimento da vantagem indevida guarde relação com as atividades formais do agente público, bastando que esteja relacionado com seus poderes de fato. E, no caso de agente político, esse poder de fato está na capacidade de indicar ou manter servidores públicos em cargos de altos níveis na estrutura direta ou indireta do Poder Executivo, influenciando ou direcionando suas decisões, conforme venham a atender interesses escusos, notadamente os financeiros. Outro não é o entendimento do e. STJ:

*Recurso em habeas corpus. Corrupção ativa e passiva. Nulidade. Magistrado substituto. Retorno dos autos ao relator originário. Princípio da identidade física do juiz. Inocorrência. Exaurimento da competência. Embargos de declaração. Omissão. Contradição. Efeitos infringentes. Trancamento da ação penal. Ausência de justa causa. Atipicidade da conduta. Não ocorrência. Extinção da punibilidade. Prescrição. Não configuração. 1. (...) 6. Não se pode falar em atipicidade da conduta apta a ensejar o trancamento da ação penal se a denúncia faz identificação dos atos de ofício eventualmente praticados pela magistrada bem como da vantagem indevida supostamente recebida. 7. O crime de corrupção passiva é formal e prescinde da efetiva prática do ato de ofício, sendo incabível a alegação de que o ato funcional deveria ser individualizado e indubitavelmente ligado à vantagem recebida, uma vez que a mercancia da função pública se dá de modo difuso, através de uma pluralidade de atos de difícil individualização. (...) (STJ – RHC 48.400 Relator(a) **Gurgel de Faria Quinta Turma** DJe data: 30/03/2015)*

Alamiro Velludo Salvador Netto, ao comentar os posicionamentos surgidos quando do julgamento da Ação Penal n. 470/STF, explicou a linha argumentativa que apontou no sentido de que quanto maior a margem de atuação e discricionariedade do funcionário corrompido, menor será a necessidade de se individualizar o ato negociado entre os agentes, dada a ampla gama de poderes de que funcionários de alto escalão dispõem:

Sobre este ponto, talvez uma ideia possa ser lançada. A dependência existente entre o delito de corrupção e a prática de ato de ofício correlata é diretamente proporcional ao grau de discricionariedade que detém o cargo ocupado pelo servidor público. Isto é, nos casos de funcionários com estreitas margens de atuação, como, por exemplo, a prática de restritos atos administrativos vinculados, parece

ser mais crucial a preocupação, até em nome da segurança jurídica, com a relação (o sinalagma) entre vantagem indevida e ato de ofício praticado. Já em cargos nitidamente políticos aflora com maior clareza esta ilícita mercancia com a função, em si mesma considerada, esvaindo-se a dependência pontual entre a benesse e o exercício de algum ato. (in Reflexões pontuais sobre a interpretação do crime de corrupção no Brasil à luz da APn 470/MG. Revista dos Tribunais: Vol. 933/2013. p. 47/59. jul/2013).

Com efeito, as corrupções envolvendo agentes políticos ganham contornos próprios e a solução deve ser buscada caso a caso, tomando-se como norte o contexto da atividade criminosa, o modus operandi empregado, a capacidade de influência do agente e os desdobramentos da empreitada delitiva considerada em seu todo. Não há como se definir, portanto, uma fórmula de ouro aplicável a todo e qualquer processo, pois a atividade política transborda muitas vezes os estritos limites do cargo - inclusive temporais -, podendo interferir nos mais variados órgãos da administração pública direta ou indireta.

No caso, a corrupção passiva perpetrada pelo réu difere do padrão dos processos já julgados relacionados à 'Operação Lava-Jato'. Não se exige a demonstração de participação ativa de LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA em cada um dos contratos. O réu, em verdade, era o garantidor de um esquema maior, que tinha por finalidade incrementar de modo subreptício o financiamento de partidos, pelo que agia nos bastidores para nomeações e manutenções de agentes públicos em cargos chaves para a empreitada criminosa" (fls. 72.899/72.902).

Denota-se, pela mera leitura do voto condutor emanado do e. Tribunal Regional, que aquela e. Corte demonstrou claramente todos os contornos a que se submete a ideia daquilo que se pode entender por ato de ofício, delineando, amplamente, por meios de dados empíricos, a atitude perpetrada pelo agravante, atrelando-a com as provas colacionadas ao feito, ponderando, nesse turno, tal qual acima referido, que a destinação de emendas parlamentares no caso concreto não consistiu em ato de ofício lícito na medida em que indexada ao interesse de obter vantagens indevidas e que viabilizar emendas parlamentares com o intuito de beneficiar determinado grupo empresarial e se associar a ele em busca de lucro constitui prática de ato de ofício com violação de dever funcional, ao passo em que a atuação parlamentar, nessas circunstâncias, violaria a moralidade e impessoalidade administrativas.

Pontua, ademais, que o paciente, em verdade, era o garantidor de um esquema maior, que tinha por finalidade incrementar de modo subreptício o financiamento de partidos, pelo que agia nos bastidores para nomeações e

manutenções de agentes públicos em cargos chaves para a empreitada criminosa, não cabendo prosperar a proposição aqui levantada pela defesa, eis que qualquer solução diversa, inevitavelmente, levaria à indevida incursão no acervo fático-probatório, vedado pela *Súmula 07 desta Corte*.

Sobre o tema, colaciono o seguinte julgado:

Penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Corrupção passiva. Recebimento de vantagem indevida em razão da função - Policial Militar Rodoviário. Absolvição. Provas. Afastamento da causa de aumento de pena prevista no § 1º do art. 308 do CPM. Reexame do acervo fático-probatório. Impossibilidade. Súmula 7 do STJ. Agravo não provido.

1. A absolvição do recorrente baseada na insuficiência de provas demandaria, necessariamente, nova análise do conjunto fático-probatório dos autos, providência inviável no âmbito do recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

2. Conforme assentado pela Corte de origem, “o recorrente, em razão do recebimento da vantagem indevida, deixou, efetivamente, de praticar ato de ofício” (e-STJ, fl. 475), razão pela qual, para se chegar à conclusão diversa, necessário o revolvimento de toda a prova carreada aos autos. Incidência da Súmula 7/STJ.

3. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp n. 1.012.343/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 19/12/2017).

9) *Falta absoluta de provas para a condenação:*

Insiste o agravante na tese de que não há uma única prova direta de que o tenha recebido, aceito ou solicitado vantagem indevida, em violação *ao art. 156 do CPP*, situação que, sob sua ótica, não demandaria reexame de fatos, eis que emerge da própria base empírica dos acórdãos recorridos.

Destaca que “a conclusão de que o recorrente teria se corrompido pelo tal *tríplice não possui respaldo probatório idôneo*” (fl. 74.619), ao tempo em que afirma que os depoimentos dos informantes se limitaram a narrar a suposta influência do ex-Presidente no Partido dos Trabalhadores e na Petrobras, o que não caracteriza corrupção passiva e tampouco integra o objeto da presente ação penal.

Discorre acerca do teor dos depoimentos das testemunhas, por meio dos quais não há como se inferir, sob seu viés, a assertiva de aceitação ou recebimento de vantagem indevida pelo recorrente, sendo que o depoimento de Léo Pinheiro se faz inútil, “já que se trata de *corrêu, interessado em benefícios processuais concedidos pelo juiz sentenciante em troca de ‘confissão’*” (fl. 74.625).

Aponta violação ao conteúdo processual da presunção de inocência do recorrente, bem assim ao comando do *art. 156 do CPP*, ao ser atribuído a este o ônus “*diabólico*” da prova negativa, na medida em que exigiu da defesa “*a produção de contraprova para descaracterizar o depoimento do corréu*” (fl. 74.625).

Aqui, da mesma forma, pode-se observar, mais uma vez, *pela mera leitura das argumentações exaradas pelo recorrente, que se pretende buscar, no mérito, a reanálise probatória, com a promoção de um novo julgamento, visando o cotejo analítico dos elementos de cognição, o que não se viabiliza em recurso especial, frente ao óbice da Súmula 07 do STJ.*

Sobre o tema, colaciono o seguinte julgado:

Penal e Processo Penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Tráfico de drogas. Nulidade do feito. Interceptações telefônicas. Transcrição integral. Juntada da mídia. Desnecessidade. Prejuízo não demonstrado. Pretendida absolvição. Provas insuficientes. Reexame de prova. Incidência da Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça - STJ. Incompetência. Juízo que autorizou a interceptação telefônica diverso do que recebeu a denúncia. Inocorrência. Acórdão em harmonia com o STJ. Súmula n. 83/STJ. Agravo regimental desprovido.

1. Firme nesta Corte o entendimento de que é suficiente que a autoridade policial apresente a transcrição dos diálogos que deram suporte para a elaboração da peça acusatória, sendo que a Lei n. 9.296/96 não faz qualquer exigência em tal sentido.

2. Não se verifica a alegada nulidade quanto à falta de juntada da mídia, pois o procedimento da interceptação permaneceu nos autos originários à disposição da defesa. Desse modo, não há falar em cerceamento de defesa.

3. Esta Corte não admite a declaração de nulidades por presunção, devendo, em todo caso, inclusive nas nulidades ditas absolutas, ser demonstrado o efetivo prejuízo sofrido pela defesa em decorrência da irregularidade no ato processual. Precedentes.

4. *Tendo a Corte de origem concluído que há provas aptas a embasar a condenação, entender de forma diversa, demandaria o reexame do conjunto probatório, o que não se viabiliza em recurso especial. Incidência do verbete n. 7 da Súmula do STJ.*

5. Com relação à arguição de incompetência do juízo processante, incide a Súmula n. 83 desta Corte, uma vez que o entendimento adotado pelo aresto recorrido está em harmonia com a jurisprudência deste Pretório.

Agravo regimental desprovido (AgRg no AREsp n. 996.104/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 31/10/2018, grifei).

10) *Bis in idem na condenação pelo delito de lavagem de dinheiro:*

Ressai das alegações do apelo extremo que o agravante pondera, ainda, afronta ao *artigo 1º da Lei 9.613/98*, uma vez que o crime de lavagem de dinheiro a que foi condenado constituiria mero exaurimento de crime de corrupção passiva anterior, em relação ao qual também teria sido condenado, de modo que estaria sendo indevidamente responsabilizado *duplamente por um mesmo fato*.

Nas razões do recurso especial, o recorrente pontua que em relação ao delito de lavagem de dinheiro, a conduta considerada típica pelo c. Tribunal Regional, se tivesse ocorrido, quando muito, caracterizaria exaurimento da imputada corrupção, asseverando que “*ao considerar caracterizado o crime de lavagem de capitais pela ‘propositada intenção de ocultar o patrimônio que pertencia de fato ao ex-Presidente’, o acórdão puniu duas vezes o recorrente pela mesma conduta, e violou o artigo 1º da Lei 9.613/1998*” (fl. 74.628).

Registra que ainda que essa única conduta pudesse caracterizar duas infrações penais autônomas, o certo é que o acórdão contrariou o dispositivo legal que prevê o delito de lavagem, porque trata como consumado um delito virtual.

Esclarece que o acórdão violou o *artigo 1º da Lei 9.613/1998*, uma vez que considerou prescindível perquirir a origem dos recursos que Léo Pinheiro teria empregado no triplex, supostamente em benefício do recorrente, ou seja, julgou desnecessário avaliar se essa quantia de fato tinha origem criminoso.

Obtempera que o dispositivo foi “agredido”, ainda, porque o *decisum* reputou o crime consumado, embora reconheça que não houve disponibilidade do bem no circuito econômico, já que seria incontroverso que o recorrente nunca teve a posse ou a propriedade do imóvel, consignando que:

“*as balizas fáticas delineadas pelo acórdão recorrido revelam, sem necessidade de reexame, que o Tribunal a quo violou o artigo 1º da Lei 9.613/1998, ao condenar o recorrente por lavagem de dinheiro com base em conduta virtual, atípica e que, ainda que fosse ilícita, seria mero exaurimento do delito de corrupção a ele imputado*” (fls. 74.630).

No ponto, destacou o acórdão regional que:

“*Sustenta a defesa, em tese alternativa, que à corrupção e à lavagem de dinheiro deve-se aplicar o entendimento segundo o qual esta é mero exaurimento daquela.*”

A legislação brasileira não incorporou ou fez qualquer referência à segmentação, motivo pelo qual para a tipificação não tem ela maior importância. A realização de qualquer das condutas atinentes a qualquer fase é apta a configurar a prática do crime.

O objetivo da criminalização da lavagem foi o de impedir que os criminosos pudessem fruir do produto de sua atividade. Na feliz expressão de Kai Ambos, o criminoso ‘deve, no verdadeiro sentido da palavra, permanecer sentado em seu capital sujo’ (AMBOS, Kai. Lavagem de dinheiro e Direito Penal. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2007, p. 63). Assim, pela essência da norma, qualquer movimentação do dinheiro sujo sob disfarce de valores lícitos, como aconteceu no caso presente, caracteriza crime de lavagem.

A norma possui objeto muito claro, não apenas o de criar mais um tipo penal, mas, também, o de estabelecer a natureza autônoma do crime de lavagem de dinheiro com relação ao seu antecedente, no caso, já exaurido pela disponibilização de créditos em favor de LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA em 2014.

Nos crimes de corrupção, cabe recordar, o efetivo pagamento sequer é essencial ao tipo penal. Nessa conjugação de balizas, é impensável admitir-se, como regra geral, que o ato – posterior, autônomo e sem necessária relação com o antecedente – tendente a ocultar ou dissimular a origem ilícita de dinheiro já incorporado ao patrimônio do agente seja mero exaurimento da corrupção.

Caso contrário, equiparar-se-ia aquele que recebe dinheiro da corrupção e nada mais faz, com aquele que busca – com nova conduta – incorporar o proveito do crime dando-lhe a aparência de legalidade. Neste caso, diferentemente daquele citado no item 3.4.2.4 (Land Rover Evoque de Paulo Roberto Costa), há condutas que extrapolam a tipificação do crime antecedente, de modo que não se pode tratá-las como seu mero desdobramento.

Demais disso, constatou-se a ocorrência de operações de compensação entre contas de diferentes empresas do Grupo OAS (OAS Empreendimentos S.A. e Construtora OAS Ltda.), como forma de repassar as vantagens indevidas e dificultar o rastreamento dos valores ilícitos. Isso, por si só, caracteriza a técnica de lavagem por mera movimentação, intitulada de mescla, como destacado em razões finais do órgão de acusação.

Embora seja singela a técnica utilizada, pelo menos com relação aos últimos atos, a manutenção de bem em nome de terceiro – em particular com o encobrimento da verdade pela própria incorporação do empreendimento habitacional – caracteriza ato de lavagem de dinheiro.

Não fosse o farto conjunto probatório e os atos posteriores na tentativa de fazer desaparecer qualquer vínculo jurídico com o imóvel (denúncia do contrato e exclusão do imposto de renda) o alibi seria satisfatório, porque não se poderia, em uma situação normal, suspeitar da razão de permanência do imóvel em nome da construtora até a destinação final. Contudo, reforça-se, o triplex nunca foi comercializado ou oferecido a terceiros, sem contar o elevado e incomum investimento em melhorias do imóvel.

Nesse sentido, anotou o Ministério Público Federal que ‘consistiu na ocultação do beneficiário dos valores decorrentes da prática criminosa. Tanto o triplex permaneceu em nome da OAS, quanto as obras e o mobiliário foram contratados em nome da empresa, tendo sido contra ela emitidas as respectivas notas fiscais. E isto basta à configuração do crime de lavagem. Importante também trazer dados do processo que demonstram a perfeita ciência do ilícito e a preocupação de Luiz Inácio em não se vincular nem ao apartamento nem às reformas que foram feitas’.

Para não passar in albis, não se confunde o presente caso com o que fora tratado pelo Supremo Tribunal Federal no bojo da Ação Penal n. 470 (‘Mensalão’). Naquele conhecido feito discutia-se se o simples proveito do crime, particularmente o saque de valores diretamente em conta bancária, poderia ser classificado como ato autônomo a caracterizar o crime de branqueamento de ativos. Nesse sentido, por elucidativo, faço referência ao parecer do Ministério Público Federal em segundo grau (fls. 62-63):

‘Por fim, importante refutar a ideia do recurso defensivo que aponta a atipicidade do crime de lavagem pelo qual Luiz Inácio foi condenado a partir de uma interpretação equivocada da 3ª etapa da lavagem, a integração. Embora reconheça que ‘não é necessário que o valor proveniente da atividade ilícita seja integrado à economia, bastando a consumação da primeira etapa para que se caracterize a materialidade delitiva, incidindo sobre a conduta a mesma pena aplicável à dissimulação e reintegração’, contraditoriamente alarga o elemento subjetivo do tipo para nele incluir ‘a vontade de reinseri-lo (o produto do crime) na economia com aparência de licitude’. Ora, a integração nada mais é do que a possibilidade de fruição dos valores branqueados. Quando a ocultação já envolve um bem da vida que pode ser tido como o objetivo do criminoso, não há sentido em se exigir essa reinserção na economia. Grandes criminosos, especialmente os de colarinho branco, utilizam-se com muita frequência desse expediente, dificilmente registrando algum bem de seu patrimônio, auferido de forma ilícita, em nome próprio. Distingue-se a lavagem do exaurimento da corrupção exatamente porque mesmo a fruição se dá de forma dissimulada, através de interpostas pessoas, que servem a mascarar o real

proprietário do bem adquirido com valores oriundos da corrupção. No caso dos autos, Luiz Inácio pôde desde sempre dispor de seu imóvel e a partir do segundo semestre de 2014, tendo sido encerradas as reformas e mobiliado o apartamento, poderia dele usufruir livremente como proprietário. Isso ficou muito claro a partir da análise da prova dos autos. Estivesse em seu nome o apartamento, ou, ainda, tivessem sido feitas as compras e reformas em seu nome, não seria possível cogitar do crime de lavagem. No entanto, sempre houve o objetivo de ocultar a real propriedade do imóvel, justamente para dificultar eventual vínculo entre a corrupção na Petrobrás e o ex-Presidente da República.

Por isso, absolutamente inapropriada a utilização do precedente trazido no recurso defensivo, em que os Ministros do Supremo Tribunal Federal discutem, ainda no bojo da Ação Penal 470, se o recebimento de valores, em espécie, pela esposa do corrupto configuraria crime autônomo de lavagem, situação totalmente diversa da presente.

Trata-se do caso em que o ex-deputado federal João Paulo Cunha recebeu cinquenta mil reais de propina por intermédio de sua esposa. De se salientar que o julgamento que o absolveu do crime de lavagem se deu por maioria de 6 votos a 4, vencido o relator, Ministro Luiz Fux, que entendeu que 'o modo como dinheiro chegou ao ex-parlamentar mostrou a clara intenção de dissimular a sua origem, o que já tipificaria o crime'.

*Ora, o quanto decidido pela Corte Constitucional em nada se distingue do que já foi examinado em julgamentos precedentes neste Tribunal, como a citada Apelação Criminal n. 5026212-82.2014.4.04.7000/PR. Certamente a regra não é absoluta, sendo impositiva, diante da complexidade e do polimorfismo do crime, a análise da(s) conduta(s) em consonância com todo o contexto, e não isoladamente. **E, nesse aspecto, não pode ser desprezado que o imóvel permaneceu indefinidamente em nome da OAS Empreendimentos, sem que tenha sido colocado à venda e, durante longo período, tratado como se fosse efetivamente destinado ao apelante LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA.***

Por tais fundamentos, não deve prevalecer a tese da defesa de que o crime de lavagem configura mero exaurimento do delito de corrupção" (fls. 73.040/73.042).

Pode-se observar, mais uma vez, por meio das argumentações exaradas pelo recorrente, que o que se pretende buscar, de fato, não obstante a condução dos argumentos apresentados pelo agravante, no sentido de se discutir qual tese serviria como vetor a nortear a presente insurgência, é que, mais uma vez, busca-se adentrar

na matéria fática, a fim de merecer novo julgamento da causa, eis que o e. Tribunal de origem, firmou o entendimento acima traçado, com base nos elementos de cognição insertos nos autos, para concluir, de forma inequívoca, a autonomia do crime de lavagem de dinheiro frente ao crime antecedente, não havendo como se conceber a ocorrência de mero exaurimento.

Os fatos, dentro da moldura fática apresentada no apelo extremo, adequam-se perfeitamente ao tipo penal, não havendo elementos hábeis a elidir a tipicidade sem se aprofundar no arcabouço probatório, sob pena de se vulnerar a *súmula 07 do STJ*.

Sobre o tema, colaciono os seguintes julgados:

Processo Penal. Agravo regimental da decisão que não conheceu do *habeas corpus*. Sucedâneo. Recurso próprio. Flagrante ilegalidade. Ausente. Sustentação oral. Agravo interno. Inadmissibilidade. Atipicidade. Condutas. Corrupção ativa. Lavagem de dinheiro. Dosimetria. Confissão. Causa de aumento. Crime continuado. Fração. Concurso material. Agravo regimental desprovido.

I - Na esteira do que dispõe o art. 159, IV, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, "não haverá sustentação oral no julgamento de agravo".

II - 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.

III - Para a configuração do delito de corrupção ativa, a norma penal sequer exige que o ato de ofício tenha sido efetivamente praticado, até porque, em se constatando que o funcionário retardou ou omitiu ato de ofício, ou o praticou infringindo dever funcional, incidirá a causa de aumento de pena prevista no parágrafo único do artigo 333 do Código Penal.

IV - A demonstração, pelo Colegiado *a quo*, dos fundamentos que moldaram a tipicidade, inclusive a majorante prevista no art. 333, parágrafo único, do Código Penal, afasta, dentro dos limites cognitivos do *writ*, a patente ilegalidade apontada na presente irresignação.

V - In casu, o voto condutor objurgado demonstra, de forma inequívoca, a autonomia do crime de lavagem de dinheiro frente ao crime antecedente, não havendo como se conceber a ocorrência de mero exaurimento. Os fatos, dentro da moldura fática apresentada no mandamus, adequam-se perfeitamente ao tipo penal, não havendo elementos hábeis a elidir a tipicidade.

VI - Em relação à dosimetria da pena, a via do *writ* somente se mostra adequada para a respectiva análise se não for necessário o exame aprofundado do conjunto probatório, devendo a suposta nulidade estar demonstrada de plano.

VII - No caso em tela, não se vislumbra a ilegalidade apontada pela Defesa, quanto mais ao se levar em consideração que os respectivos aumentos se encontram devidamente justificados na existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, valoradas negativamente com base em elementos concretos, enfatizando maior reprovabilidade da conduta.

VIII - A análise jurídica dos delitos de corrupção ativa e lavagem de dinheiro é realizada de forma distinta, sobretudo porque são delitos autônomos. A escorreta fundamentação do acórdão de origem, deduzida pela instância que detém soberania na análise do conjunto probatório, aliada ao arbitramento da fração advinda da continuidade delitiva, em harmonia com a orientação firmada por esta Corte, afasta a pecha de flagrante ilegalidade.

IX - O exame dos requisitos objetivos e subjetivos para a configuração de concurso formal nas modalidades própria e imprópria e sobre a existência de unicidade de conduta ou de desígnios demanda revolvimento do conjunto fático-comprobatório dos autos, inviável na via estreita do *habeas corpus*. Agravo regimental desprovido (AgRg no HC n. 446.612/PR, *Quinta Turma*, de *minha relatoria*, DJe de 18/09/2018).

Recursos especiais. Admissibilidade. Óbices preliminares. Denúncia anônima. Inexistência. Ministério Público. Investigação. Nulidade do procedimento investigatório. Sigilo fiscal e telefônico. Quebra. Nulidades. Persecução penal. Elementos de informação não utilizados para deflagração do processo penal. Matérias analisadas em *habeas corpus*. Superação. Atipicidade. Não ocorrência. Nulidades na instrução criminal. Não configuração. Omissão do acórdão. Improcedência. Dosimetria. Flagrante ilegalidade. Recursos especiais conhecidos para reduzir as penas impostas. Concessão de *habeas corpus*, de ofício, para corréus em idêntica situação.

1. A oposição de embargos infringentes contra acórdão não unânime proferido em apelação exige, consoante a jurisprudência desta Corte, que o recurso especial interposto contra a parte unânime do *decisum* proferido em apelação seja ratificado no prazo de interposição de recurso especial contra o acórdão exarado nos embargos infringentes.

2. O entendimento jurisprudencial e doutrinário é firme quanto ao julgador não estar obrigado a rebater, de forma pormenorizada, todas as questões trazidas pelas partes, desde que fundamente suficientemente sua decisão com os elementos que foram determinantes à formação de seu entendimento na solução do problema. O acórdão, nesse particular, contestou, ponto por ponto, todas as questões relevantes para o deslinde do processo e que foram alegadas pela defesa. Inexiste, portanto, omissão.

3. Uma vez analisada, em *habeas corpus*, a legalidade formal das interceptações telefônicas, da quebra de sigilo fiscal, da possibilidade de investigação promovida pelo Ministério Público, bem como reafirmada a inexistência de nulidades insertas

no referido procedimento, não há como reiterar idêntico pedido em recurso especial, porquanto preclusas as matérias. Cuidando-se de questionamento sobre a validade formal de decisão que autorizou a interceptação telefônica dos então investigados, a avaliação é predominantemente objetiva e não se altera com particularidades que até poderiam render margem a sucessivas apreciações judiciais, fosse o caso de providência cautelar de natureza pessoal, qual a prisão preventiva. É que, nesta última hipótese, o exame judicial recai não apenas sobre o *fumus comissi delicti*, mas, especialmente, sobre o *periculum libertatis*, consistente na aferição do grau de periculosidade do agente - conforme os sinais, do presente e do passado, de seu comportamento -, a autorizar, amiúde, que um mesmo decreto preventivo seja válido para um investigado e inválido para outro. A seu turno, na medida cautelar de natureza probatória, como a que ora se examina, a decisão judicial, conquanto tomando como pressupostos também a prova de materialidade do crime e os indícios razoáveis de sua autoria, busca, acima de tudo, evitar o perecimento do direito punitivo estatal, ante a constatação de que outras providências menos gravosas não se mostrem idôneas a conduzir ao esclarecimento do delito investigado.

4. É insubsistente a alegação de que todo o procedimento investigatório foi deflagrado com base em denúncia anônima quando, na verdade, iniciou-se a partir de notícia criminis encaminhada ao Ministério Público pela Secretaria da Fazenda (Coordenadoria da Administração Tributária - CAT), subsidiado em análises internas feitas pela Equipe de Inteligência Fiscal, a partir de uma denúncia de sonegação fiscal. A referida análise culminou em produção de relatório de inteligência, o qual continha informações protegidas pelo sigilo fiscal. Tais informações, contudo, não foram utilizadas para subsidiar a denúncia ou mesmo a sentença condenatória, fato que pode ensejar algum reflexo na persecução penal ou no édito condenatório.

5. *Fica caracterizado o crime de lavagem quando o acórdão, de maneira objetiva, detalha todo o modus operandi para dar aparência de licitude na movimentação de dinheiro oriunda de práticas criminosas, e mostra-se inviável a pretensão de reverter o quadro fático descrito pelo Tribunal de origem, haja vista o óbice contido no enunciado da Súmula n. 7 do STJ.* O mesmo se diga em relação ao delito de quadrilha, cuja descaracterização enseja o reexame de provas, máxime porque, segundo o acórdão recorrido, ficou evidenciado, por meio dos elementos de convicção, o vínculo associativo permanente entre os acusados, com características de estabilidade e permanência.

[...] (REsp n. 1.639.698/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Rel. p/ Acórdão Min. Rogério Schietti Cruz, DJe de 20/02/2018, grifei).

11) *Teses subsidiárias. Incorreta dosimetria da pena:*

Refuta a incidência da Súmula 283 do STF, ao argumento de que as premissas que não foram abordadas no recurso consistem em meras repetições

de idênticos fundamentos, simplesmente com redação diversa, o que, inclusive, sob a ótica defensiva, configuraria *bis in idem* na dosimetria da pena, na mesma oportunidade em que também rechaça o óbice da *Súmula 07 do STJ*, sustentando que o debate se circunscreve a teses jurídicas e não a fatos e provas.

Nas razões recursais, aduz que, no julgamento da apelação, a pena-base do crime de corrupção passiva foi majorada com a única finalidade de evitar a prescrição dos delitos, em tese, ocorridos em 2009, argumentando que se aplicou ao cálculo da reprimenda, por diversas vezes, os mesmos elementos e circunstâncias, em flagrante configuração do refutado *bis in idem*.

Além disso, dispõe que a c. Corte Regional entendeu por bem exasperar a punição, recorrendo ao discurso genérico e retórico de um “*contexto muito mais amplo e, assim, de efeitos perversos e difusos*”, quando, na verdade, deveria se ater aos crimes e fatos discutidos nos autos, quais seriam, um único ato de corrupção e outro de lavagem de capitais.

Pontuou que o e. Tribunal de origem se utilizou da fixação da pena em “bloco”, ou seja, não a partir da análise das circunstâncias judiciais do caso posto e não se pautou pelo princípio da individualização da pena, mas sim, valeu-se de parâmetros e condenações ocorridas casos outros, que nada há de semelhança com o vertente procedimento.

Relata inexistir qualquer elemento concreto no acórdão vergastado - vício que tampouco foi suprido quando da oposição dos embargos declaratórios - capaz de fundamentar a indevida exasperação, muito menos no patamar em que foi realizada. Agindo assim, pondera que teria a c. Corte Regional contrariado o artigo 59 do Código Penal, em primeiro lugar, ao se apoiar no contexto criminoso e na função ocupada pelo recorrente.

Aduz, nesse recorte, que:

“312. O Tribunal de origem considerou negativas a culpabilidade, as circunstâncias, os motivos e as conseqüências do crime.

313. No que diz à culpabilidade, o acórdão se apoia em aventado “*sofisticado esquema de fraude a licitações da Petrobras*”; sobre as circunstâncias nada diz expressamente, mas remete à sentença, que, de sua vez, se apega a suposto “*esquema criminoso mais amplo*”; para reprovar os motivos, exagera ao afirmar a “*colocação em xeque da própria estabilidade democrática em razão de um sistema eleitoral severamente comprometido*”; e, quanto às conseqüências, repete que “*boa parte dos valores foram utilizados para deturpar o processo político eleitoral*”

314. É certo, porém, que nenhuma dessas justificativas tem lugar no caso concreto ou foram devidamente aferidas durante a instrução processual. Como dito à exaustão, a suposta participação do recorrente em esquema de corrupção na Petrobras é objeto de apuração perante o Supremo Tribunal Federal e, assim como não serve de fundamento para a condenação e tampouco é critério válido para a exasperação da pena – seja a pretexto de culpabilidade, circunstâncias, motivos ou conseqüências.

315. A função pública ocupada pelo recorrente, por outro lado, consiste em circunstância elementar do tipo penal.

316. Com efeito, todos os argumentos empregados pela sentença e pelo acórdão para aumentar a pena do recorrente são inválidos e infundados. Ainda que assim não fossem, caracterizariam evidente bis in idem.

317. Ora, é indiscutível que o recorrente é primário, de bons antecedentes e conduta social exemplar, e essas circunstâncias favoráveis, preponderantes, sugerem a fixação da pena-base no mínimo legal.

[...]

321. O acórdão violou o § 1º do artigo 317 do Código Penal, ao aplicar a causa especial de aumento de pena com base em ato de ofício fictício: segundo o Tribunal **a quo**, para corromper-se, o recorrente teria influenciado na nomeação e manutenção de diretores da Petrobras, mas esse ato, assim como a representação da Estatal nas licitações e contratos, não integra as atribuições do Presidente da República” (fls. 74.634-74.635).

Pois bem. Compulsando as razões que traçam o voto guerreado, primeiro quanto ao crime de corrupção passiva, observa-se que o acórdão consignou as seguintes premissas:

“A culpabilidade, de fato, é elevada.

Apesar de o lucro fácil ser inerente aos crimes de patrimônio, não se pode ignorar, com o que se colheu neste processo e nas mais de duas dezenas de conexos já julgados por esta Corte, o sofisticado esquema de fraude a licitações da Petrobras, perpetrados por empresas que agiam de modo cartelizado, escolhendo obras em detrimento do processo licitatório, na forma de ‘clube’, com o pagamento de propinas a vários diretores e gerentes da estatal petrolífera, além de recursos carreados a partidos políticos e agentes políticos. **Tais fatos não se deram ao arrepio da vontade do governante maior, mas, com maior gravosidade, pela nomeação do Conselho de Administração e demais dirigentes da Petrobras, como se deu no episódio da indicação de Paulo Roberto Costa.**

Este mecanismo - de similaridade com o chamado caso do Mensalão - acabou por fragilizar não apenas o funcionamento hígido da Petrobras, mas todo o processo político brasileiro. E aqui, a motivação do crime extrapola os reflexos pessoais.

A par de vantagens em benefício próprio, censuráveis e graves não somente os bilhões de reais desviados, mas também a colocação em xeque da própria estabilidade democrática em razão de um sistema eleitoral severamente comprometido. Tais aspectos não podem ser ignorados.

Infelizmente, e reafirme-se, infelizmente, está sendo condenado um ex-Presidente da República, mas que praticou crime e pactuou, direta ou indiretamente, com a concretização de tantos outros, o que indica a necessidade de uma censura acima daquela que ordinariamente se firmaria na dosagem da reprimenda.

[...]

Se, até o presente julgamento, para praticamente nenhum dos condenados a pena foi fixada sequer em seu grau médio (no caso, 7 anos), tenho que no presente caso esse limite deve ser no mínimo atingido (o que, aliás, ainda é uma aplicação bastante tímida das vetoriais do art. 59 do CP). Certamente a maior reprovabilidade da conduta sobressai da alta posição que o réu ocupava no sistema republicano.

Ademais, a sofisticação do esquema criminoso, o longo e articulado iter criminis, os diversos mecanismos utilizados para alcance dos seus desideratos, o engenhoso procedimento para que os recursos fossem desviados rumo aos cofres de partidos políticos e de diversos agentes que davam sustentação ao esquema, estão a justificar um incremento na pena-base. A consciência da ilicitude de sua conduta, sua condição pessoal de, então, Presidente da República, afora o elevado domínio sobre toda a cadeia delitiva, optando em dela fazer parte no lugar de atuar para debelá-la, como lhe exigia o cargo, são condições que importam em especial e elevadíssima reprovabilidade.

As conseqüências dos delitos também devem ser negativas, uma vez que boa parte dos valores foram utilizados para deturpar o processo político eleitoral e, nessa perspectiva, vulnerar o próprio estado democrático de direito, pois milhões de reais foram objeto de doações eleitorais ilícitas, fragilizando o equilíbrio na disputa eleitoral.

Corroboram esta assertiva, portanto, a negatificação da vetorial culpabilidade, somada à negatificação da vetorial conseqüências do delito, dado o elevado valor milionário recebido para aquisição de unidade residencial em balneário do litoral, com os seus implementos de reformas, instalação de elevador, mobiliário

e utensílios, bem como do gigantesco prejuízo causado pelo esquema de corrupção sistêmica instaurado na Petrobras. As circunstâncias, como destacado na sentença e nas afirmativas anteriores, igualmente merecem ser negatizadas.

Incide a causa especial de aumento de pena prevista no art. 317, § 1º, do Código Penal, vez que o crime fora cometido com infração a dever funcional, na medida em que o réu dava suporte ao esquema de corrupção com a indicação e nomeação de agentes públicos, devendo a pena deve ser exasperada em um terço, elevando-a para 8 (oito) anos e 4 (quatro) meses de reclusão” (fls. 73.061-73.063).

No ponto, de uma detida análise das premissas aventadas no voto guerreado, vê-se que *o Juízo de origem na primeira fase da dosimetria de pena, naquilo que concerne às circunstâncias judiciais, reconheceu como desfavoráveis a culpabilidade do agente, assim como as circunstâncias e as conseqüências do crime, tendo definido a pena-base em 5 (cinco) anos de reclusão.*

O c. Tribunal Regional, por sua vez, negou provimento ao recurso defensivo que almejava a fixação da pena no mínimo legal, ao passo em que proveu o recurso ministerial para valorar negativamente, além das circunstâncias já consideradas, os motivos do crime, o que ensejou o incremento da básica para 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Nessa seara, quanto às vetoriais referentes ao delito de *Corrupção Passiva*, destaca a *e. Corte de origem*, assim, que:

Culpabilidade: No caso em exame, *trata-se de ex-Presidente da República que recebeu valores em decorrência da função que exercia e do esquema de corrupção que se instaurou durante o exercício do mandato, com o qual se tornara tolerante e beneficiário. É de lembrar que a eleição de um mandatário, em particular o Presidente da República, traz consigo a esperança de uma população em um melhor projeto de vida.* Críticas merecem, portanto, todos aqueles que praticam atos destinados a trair os ideais republicanos, sem descuidar, por óbvio, que a corrupção aqui tratada está inserida em um contexto muito mais amplo e, assim, de efeitos perversos e difusos (fls. 73.060-73.061)

Motivos: Apesar de o lucro fácil ser inerente aos crimes de patrimônio, não se pode ignorar, com o que se colheu neste processo e nas mais de duas dezenas de conexos já julgados por esta Corte, o sofisticado esquema de fraude a licitações da Petrobras, perpetrados por empresas que agiam de modo cartelizado, escolhendo obras em detrimento do processo licitatório, na forma de ‘clube’, com o pagamento de propinas a vários diretores e gerentes da estatal

petrolífera, além de recursos carreados a partidos políticos e agentes políticos. *Tais fatos não se deram ao arrepio da vontade do governante maior, mas, com maior gravosidade, pela nomeação do Conselho de Administração e demais dirigentes da Petrobras, como se deu no episódio da indicação de Paulo Roberto Costa.*

Este mecanismo - de similaridade com o chamado caso do Mensalão - acabou por fragilizar não apenas o funcionamento hígido da Petrobras, mas todo o processo político brasileiro. E aqui, destaca o e. Tribunal, *a motivação do crime extrapola os reflexos pessoais. A par de vantagens em benefício próprio, censuráveis e graves não somente os bilhões de reais desviados, mas também a colocação em xeque da própria estabilidade democrática em razão de um sistema eleitoral severamente comprometido. Tais aspectos não podem ser ignorados (73.061).*

No tocante, ainda, à motivação do delito, utilizou a c. Corte Regional, obiter dictum, que “Infelizmente, e reafirme-se, infelizmente, está sendo condenado um ex-Presidente da República, mas que praticou crime e pactuou, direta ou indiretamente, com a concretização de tantos outros, o que indica a necessidade de uma censura acima daquela que ordinariamente se firmaria na dosagem da reprimenda” (fls. 73.061), não sendo esse, portanto, o fundamento da majoração.

Consequências dos delitos: também devem ser negativas, uma vez que boa parte dos valores foram utilizados para deturpar o processo político eleitoral e, nessa perspectiva, vulnerar o próprio estado democrático de direito, pois milhões de reais foram objeto de doações eleitorais ilícitas, fragilizando o equilíbrio na disputa eleitoral (fls. 73.062).

Circunstâncias: Ressalta, no ponto, a c. Corte Regional que as circunstâncias, como destacado na sentença e nas afirmativas anteriores, igualmente merecem ser negativadas, remetendo, *per relationem*, à decisão proferida pelo Juízo na origem, a qual relata que: *“Circunstâncias devem ser valoradas negativamente. A prática do crime de corrupção envolveu a destinação de dezesseis milhões de reais a agentes políticos do Partido dos Trabalhadores, um valor muito expressivo. Além disso, o crime foi praticado em um esquema criminoso mais amplo no qual o pagamento de propinas havia se tornado rotina” (fls. 73.059)*

Sabe-se que a individualização da pena é vetorizada por diversos elementos cognitivos, os quais são submetidos à apreciação judicial, cabendo, segundo firme entendimento jurisprudencial somente o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios utilizados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades.

Faz-se cediço, nesse painel, que a *circunstância judicial da culpabilidade* prevista no artigo 59 do Código Penal não se confunde com a culpabilidade que

compõe o conceito analítico de crime. Esta última é o juízo de reprovação que recai sobre o autor de um fato típico e ilícito. Já a culpabilidade como elemento da fixação da pena-base compreende o grau da censura da conduta do réu que praticou um fato típico, ilícito e que é culpável.

Cezar Roberto Bitencourt enuncia a culpabilidade prevista no artigo 59 do Código Penal como *limite* de pena, uma vez que ela está afeta à dosimetria da reprimenda e não à configuração do crime, ponderando que:

“A culpabilidade, aqui, funciona como elemento de determinação ou de medição da pena. Nessa acepção, a culpabilidade funciona não como fundamento da pena, mas como limite desta, impedindo que a pena seja imposta além da medida prevista pela própria ideia de culpabilidade, aliada, é claro, a outros critérios, como importância do bem jurídico, fins preventivos etc. Por isso, constitui rematado equívoco, frequentemente cometido no cotidiano forense, quando, na dosagem da pena, afirma-se que ‘o agente agiu com culpabilidade, pois tinha a consciência da ilicitude do que fazia’. Ora, essa acepção de culpabilidade funciona como fundamento de pena, isto é, como característica negativa da conduta proibida, e já deve ter sido objeto de análise juntamente com a tipicidade e a antijuridicidade, concluindo-se pela condenação. Presume-se que esse juízo tenha sido positivo, caso contrário nem se teria chegado à condenação, onde a culpabilidade tem função limitadora da pena e não fundamentadora.” (BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral. 15ª ed. Saraiva. São Paulo: 2010. p. 663).

No caso em mesa, escorreita se encontra a decisão da c. Corte Regional, pois o fato de o recorrente ter se utilizado de seu poder e influência política inerente ao cargo de Presidente da República para obter vantagens ilícitas em transações realizadas por empresas privadas junto a órgãos da administração Pública constitui um elevado índice de reprovação de sua conduta, merecendo, assim, ser mantido a majoração da pena-base.

As circunstâncias do crime “são as modalidades da ação criminosa, particularmente no que respeita à sua natureza, à espécie dos meios empregados, ao objeto, ao tempo, ao lugar, à atitude ou estado de ânimo do réu antes, durante ou após o crime” (SILVA, Jorge Vicente. Manual da sentença penal condenatória, Curitiba: Juruá, 2003).

In casu, pode-se vislumbrar que a situação narrada no presente feito abarca o repasse de 16 (dezesesseis) milhões de reais ao Partido dos Trabalhadores, em meio a um complexo quadro criminoso em que se restaram praticadas sucessivas

fraudes à licitação e avenças com a Estatal, especialmente naqueles que tangem a OAS, sendo devido, portanto, em razão de tamanho desvalor, o incremento da reprimenda.

As *consequências do crime* caracterizam-se pela maior ou menor gravidade do dano ou perigo de dano ocasionado à vítima e o maior ou menor alarde social provocado, sendo necessário, entretanto, que superem o resultado típico, tratando-se de um desdobramento não natural do delito.

No *presente feito*, bem se ressaltou nas instâncias ordinárias o tamanho prejuízo causado à Petrobrás, transbordando os contornos do tipo penal, razão pela qual se faz legítimo o agravamento da circunstância judicial.

Os *motivos do crime*, por sua vez, representam os antecedentes psíquicos da vontade do agente. Assim, representam um conjunto de situações psíquicas, que faz alguém agir criminosamente, podendo representar a finalidade do delito a ser atingida pelo agente.

In concreto, deve ser mantida a majoração, eis que o agravante não agiu imbuído apenas pelo lucro fácil, mas também, conforme assinalou a c. Corte de origem, a *par de vantagens em benefício próprio, censuráveis e graves, não somente pelos milhões de reais desviados, mas também a colocação em xeque da própria estabilidade democrática, em razão de um sistema eleitoral severamente comprometido (73.061)*.

Nesse panorama, não se verifica ilegalidade ou mesmo arbitrariedade na valoração negativa das *quatro circunstâncias judiciais*. Não obstante, em uma maior reflexão sobre o tema e sobre as razões alicerçadas na irrisignação recursal, necessário se faz remodelar, devo admitir, o entendimento que firmei anteriormente, para, assim, reduzir o patamar estipulado pelo e. Tribunal de origem e exasperar em 09 (nove) meses cada uma das vetoriais, considerada a faixa de apenamento estabelecido no preceito secundário do tipo incriminador, o qual estabelece a pena de 2 a 12 anos de reclusão.

Dessa maneira, entendo que deverá a pena-base do referido delito ser fixada em 05 (cinco) anos de reclusão.

Já na *segunda fase* de aplicação da pena, deverá ser mantida a atenuante inserta no artigo 65, I, do CP, todavia, com a redução fixada pelo e. Tribunal de origem, no patamar de 1/6 (um sexto), restando a reprimenda concretizada, portanto, em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão.

No compasso, quanto à insurgência inserta no § 1º, do artigo 317 do CP, avaliar, conforme pretende a defesa, em meio ao restrito âmbito de cognição dos recursos

extremos, a configuração daquilo que se propõe como ato de ofício fictício e que o recorrente, para se corromper, teria influenciado na nomeação e manutenção de diretores da Petrobrás, mas que esse ato, assim como a representação da Estatal nas licitações e contratos, não integraria as atribuições do Presidente da República, e que, portanto, os elementos de convicção acostados não seriam legítimos para edificar o édito condenatório, *demandaria profunda reanálise do quadro fático probatório, o que é vedado pela súmula 07 desta Corte de Justiça.*

Na esteira, já decidiu esta Corte de Justiça:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/67 e art. 89 da Lei n. 8.666/93. Ofensa ao art. 619 do Código de Processo Penal. Ausência de omissão. Pleito de absolvição. Art. 386, VII, do CPP. Dosimetria. Fundamentação concreta. Incidência da Súmula n. 7 do STJ. Compensação entre circunstâncias judiciais. Impossibilidade. Agravo não provido.

1. Para admissão do recurso especial com base no art. 619 do CPP, a omissão, ambiguidade, obscuridade ou contradição devem ser notórias, ou seja, imprescindíveis para o enfrentamento da questão nas Cortes superiores. No presente caso, não é o que se verifica, tratando-se, pois, de mero inconformismo da parte. Outrossim, ressalte-se que cabe ao julgador fundamentar todas as suas decisões, de modo a robustecê-las, bem como afastar qualquer dúvida quanto a motivação utilizada, nos termos do art. 93, IX da Constituição Federal de 1988, devendo ser considerada a conclusão lógico-sistemática adotada pelo *decisum*, como ocorre *in casu*.

2. Quanto ao art. 386, VII, do Código de Processo Penal, verifica-se que o acórdão recorrido, após análise acurada dos elementos probatórios, concluiu pela existência de elementos suficientes para fundamentação a condenação dos acusados. Reexaminá-lo para desconstituir o entendimento firmado pelo Tribunal de origem e decidir pela absolvição, como quer o insurgente, implicaria o revolvimento de matéria fático-probatória, inviável em sede de recurso especial, conforme orientação da Súmula 07 do STJ. Precedentes.

3. Na hipótese, o acórdão recorrido entendeu, fundamentadamente, por valorar negativamente a culpabilidade em relação a L. E. e as circunstâncias do crime dos demais recorrentes. Reexaminá-lo para desconstituir o entendimento firmado pelo Tribunal de origem, considerando a circunstância judicial favorável aos recorrentes, *in casu*, implicaria o revolvimento de matéria fática-probatória, inviável em sede de recurso especial, conforme orientação da Súmula 07 do STJ.

4. Não é demais mencionar, ainda, que não é possível haver compensação entre as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, na medida em que as circunstâncias favoráveis ou neutras apenas impedem o acréscimo da pena-base de seu grau mínimo, mas não anulam outra já considerada desfavorável. Assim, um único vetor desfavorável, já autoriza o acréscimo da pena-base, desde que de feito forma razoável, como no caso.

5. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp n. 1.404.788/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 06/03/2019).

Frente a tais considerações, levando-se em conta a readequação das circunstâncias judiciais, com a manutenção das 4 (quatro) vetoriais consignadas pela c. Corte de origem e a respectiva exasperação em 9 (*nove*) meses, bem como a *redução da atenuante referente à maioria em 1/6 (um sexto)* e a *majoração de 1/3 (um terço)* inserta na causa de aumento de pena consignada no § 1º, do artigo 317 do Estatuto Repressivo, **torno a pena definitiva em 5 (cinco) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão.**

Quanto ao delito de lavagem de dinheiro, destacou o e. Tribunal Regional:

Culpabilidade: O juízo de primeiro grau já considerou a elevada culpabilidade do réu, no que não merece reparos a sentença pelos fundamentos lá expressos. De fato, trata-se, o réu, de ex-Presidente da República que recebeu valores em decorrência da função que exercia e do esquema de corrupção que se instaurou durante o exercício do mandato, com o qual se tornara tolerante e beneficiário. É de lembrar que a eleição de um mandatário, em particular o Presidente da República, traz consigo a esperança de uma população em um melhor projeto de vida (fl. 73.063).

Quanto às *circunstâncias e conseqüências* registrou a c. Corte Regional que “*Reporto-me aqui, no que coincidente, aos fundamentos para a majoração da pena-base para o crime de corrupção. Postula o Ministério Público Federal a majoração da pena-base pela negativação das circunstâncias e conseqüências. Dentre as razões, porque os envolvidos se utilizaram de vários estratagemas para branqueamento, em um esquema de lavagem que perdurou por anos*” (fl. 73.063).

No ponto, denota-se que o *Juízo de origem*, sopesou como desfavorável somente a circunstância judicial da culpabilidade, sendo que o c. *Tribunal* a quo *deu parcial provimento ao apelo ministerial, para valorar, também, as circunstâncias e as conseqüências do crime.*

A culpabilidade, da mesma forma que o delito anterior, revela elevado grau de reprovação, mormente em virtude da natureza do cargo exercido pelo agravante, uma vez que a lavagem de capitais tinha como objetivo mascarar a origem espúria de valores originários de delito anterior de crime de corrupção passiva, praticado pelo ex-chefe do Poder Executivo Federal.

De outro flanco, não se pode levar em consideração a fundamentação colacionada pela e. Corte de origem para valorar negativamente, *nem as circunstâncias, nem mesmo as consequências do delito*, eis que, no *primeiro ponto*, quanto às *circunstâncias do crime*, as manobras descritas na sentença são próprias ao tipo penal do art. 1º da Lei n. 9.613/1998, quando realizadas diversas transações, na tentativa de distanciar ao máximo o ativo de sua origem ilícita, não permitindo concluir sobre a existência de sofisticação superior à necessária construção delitiva.

No segundo ponto, quanto às *consequências do crime*, observa-se que a motivação emanada da e. Corte de origem são vagas do necessário embasamento, de fato e de direito, não servindo, de modo suficiente, para o aumento da pena-base.

Dessa feita, tendo em conta a presença de apenas uma vetorial negativa, deve ser restabelecida, no que se refere à pena-base, a reprimenda definida na sentença condenatória, vale dizer, *4 (quatro) anos de reclusão*.

Já na *segunda fase* de aplicação da pena, deverá ser mantida a atenuante inserta no artigo 65, I, do CP, todavia, com a redução fixada pelo e. Tribunal de origem, no patamar de 1/6 (um sexto), restando a reprimenda concretizada, portanto, em *3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão*.

Em continuidade, não havendo causas de diminuição ou aumento de pena, **torno a pena definitiva em 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.**

Do Concurso Material:

Por fim, pelo concurso material (CP, art. 69), devem ser somadas as penas do crime de lavagem de dinheiro (03 anos e 04 meses de reclusão) e aquela correspondente ao crime de corrupção passiva (05 anos, 06 meses e 20 dias de reclusão), *ficando definida a pena em 08 (oito) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão*.

12) Inobservância dos parâmetros legais na aplicação da pena de multa:

Nesse tópico, assevera o agravante que a tese levantada não exige revolvimento fático ou o reexame de provas, *“mas somente a solução de questão jurídica, qual seja: na fixação da pena de multa, o julgador pode levar em consideração apenas a renda do apenado em apenas um exercício anual, mesmo que tal critério avilte sua capacidade econômica?”* (fl. 76.824).

Relata que na fixação da pena de multa, c. Corte *a quo* agiu com arbítrio pois, além do confisco da vantagem indevida que teria recebido sem nunca ter de fato assumido a posse ou propriedade do imóvel, impôs ao recorrente a tamanha multa de 280 dias-multa, estipulando cada dia-multa em cinco salários-mínimos, tendo totalizado mais do que a renda do recorrente durante um ano todo (2016), em violação ao artigo 60 do CP.

Neste ponto, observa-se que frente à redução do *quantum* da reprimenda corporal, *necessário se faz adequar o número de dias-multa*, em um primeiro ponto, *quanto ao crime de corrupção passiva*, para 35 (trinta e cinco) dias-multa e *para o crime de lavagem de dinheiro*, 15 (quinze) dias multa, os quais, frente ao que dispõe o artigo 72 do Estatuto repressivo, uma vez somados, *correspondem à 50 (cinquenta) dias-multa*.

Noutro compasso, a linha argumentativa da defesa, na via recursal, é dirigida contra o *valor unitário do dia-multa*, considerado incompatível com a situação econômica do réu.

Aqui, vale ressaltar que a favorável condição socioeconômica do agravante foi devidamente explicitada no édito condenatório, sendo posteriormente confirmada pelo e. Tribunal de origem que, soberano na análise das circunstâncias fáticas da causa e com base nos dados concretos dos autos, asseverou que o valor fixado a título de dia-multa é condizente com a “renda declarada de LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA (evento 3, comp227, cerca de R\$ 952.814,00 em lucros e dividendos recebidos da LILS Palestras só no ano de 2016)”.

Portanto, não há dúvida alguma de que, para desconstituir as decisões ordinárias, concluindo pela desfavorável condição financeira do então recorrente, seria inevitável a reapreciação dos dados fático probatórios do processo-crime, tarefa que é incompatível com a via do recurso especial, tendo em conta o disposto *na súmula 07 do STJ*.

Para tanto, colaciono os seguintes julgados:

*Agravo interno nos embargos de declaração no recurso extraordinário. Penal e Processual Penal. Crime de tráfico ilícito de entorpecentes. Artigo 33, caput, da Lei 11.343/2006. Alegada violação ao artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal. Individualização da pena. Dosimetria da pena. Matéria de índole infraconstitucional. Ofensa reflexa. **Capacidade econômica para pagamento da multa. Necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos. Impossibilidade.** Súmula 279 do STF. **Pena de multa.** Proporcionalidade. Precedentes. Hipótese da alínea b do permissivo constitucional. Inadmissibilidade. Alegada extinção da*

punibilidade pelo decurso do prazo prescricional. Análise pelo juízo da execução. Agravo interno desprovido (RE n. 1.133.451/SP- ED-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 24/08/2018, grifei).

Agravo regimental no habeas corpus. Processo Penal. Decisão monocrática. Inexistência de argumentação apta a modificá-la. Sentença condenatória. Dosimetria da pena. Diretrizes para fixação do valor unitário da pena de multa e da prestação pecuniária. Capacidade econômica do condenado. Revolvimento dos fatos e das provas. Impossibilidade. Agravo regimental desprovido. 1. A inexistência de argumentação apta a infirmar o julgamento monocrático conduz à manutenção da decisão recorrida. 2. Orientação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que assinala que “o juízo revisional da dosimetria da pena fica circunscrito à motivação (formalmente idônea) de mérito e à congruência lógico-jurídica entre os motivos declarados e a conclusão” (HC 69.419/MS, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 28.08.1992). 3. Em se tratando do cômputo do valor unitário da pena de multa e da prestação pecuniária, é pertinente a avaliação de aspectos inerentes à capacidade econômica do condenado (artigos 45, 49 e 60 do CP), matéria de conteúdo eminentemente fático e que se submete ao crivo do Juiz natural sob a ótica da suficiência e adequação da pena. 4. “É inviável a utilização do habeas corpus, ação desprovida do direito ao contraditório, para reexaminar fatos e provas com vistas a refutar a conclusão fixada pelas instâncias ordinárias relativamente à extensão do dano causado e à capacidade econômica do acusado” (HC 122.563, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe 16.9.2014). 5. Agravo regimental desprovido (AgR no HC n. 137.755/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 05/12/2017, grifei).

13) Ocorrência da prescrição da pretensão punitiva:

Aduz, no particular, que o *quantum* da pena imposta ao agravante teve como finalidade afastar a prescrição da pretensão punitiva, eis que as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP foram majoradas de forma demasiada e indevida.

Postula o reconhecimento da pretensão punitiva dos delitos de corrupção passiva e lavagem de dinheiro, com base na pena em abstrato cominada, pois (a) a suposta consumação do crime de corrupção passiva teria ocorrido nos anos de 2003 e 2004, ocasiões em que Renato de Souza Duque (2003) e Paulo Roberto Costa (2004) foram indicados às diretorias de serviço e abastecimento, respectivamente; (b) após 2012, Renato Duque e Paulo Roberto Costa não estavam mais no cargo de dirigentes da Petrobras, de modo que não há como se cogitar do crime de corrupção passiva até 2014; (c) em 2009 o crime de lavagem de dinheiro já estaria consumado.

No painel, considerando que o réu contava com mais de setenta anos na data da sentença, obtempera que o prazo prescricional deveria ser calculado

pela metade, à luz do art. 115 do CP, e, em se considerando que os fatos se deram antes do advento da Lei 12.334/2010, seria possível que o cálculo do prazo prescricional fosse feito entre a data do fato (28/10/2009) e a data do recebimento da denúncia (20/09/2016).

Pois bem. Da mesma forma que os pontos anteriormente destacados, a presente hipótese não merece prosperar.

Registra-se que a Ação Penal n. 5046512-94.2016.4.04.7000/PR *tinha como objeto apurar se o agravante, na condição de Presidente da República, concorreu para o ambiente de corrupção sistêmica instalado na Petrobrás, obtendo vantagens indevidas para os partidos políticos, para agentes públicos e para si próprio mediante contratos firmados entre a Petrobrás e a Construtora OAS.*

Restou-se demonstrado pelas instâncias ordinárias que, como parte de acertos de propinas destinadas ao PT em contratos da Petrobrás, o Grupo OAS concedeu, em 2009, ao recorrente, vantagem indevida consubstanciada na entrega do apartamento 164-A do Edifício Solaris, e também em 2014, quando das reformas e benfeitorias realizadas no mesmo imóvel, sem o pagamento do preço e, uma vez ultimada a definição de que o valor do imóvel e os custos das reformas seriam abatidos da conta corrente geral da propina, o que teria ocorrido, segundo as provas dos autos, em meados de 2014, quando João Vaccari Neto autorizou a compensação do crédito.

Nesse recorte, embora os acertos de corrupção remontem a 2009, durante a contratação pela Petrobrás do Consórcio CONEST/RNEST, é certo que a definição final da utilização de parte dos créditos em benefício do recorrente ocorreu somente em 2014. Foi nesse momento que o valor da diferença de preço entre o apartamento simples e o triplex, as reformas e mobiliários foram efetivamente debitados do crédito ilícito que o Partido dos Trabalhadores tinha com a OAS e deixaram de ser pagas devidamente.

Assim, uma vez certificada as datas corretas dos delitos em que se viu condenado o recorrente, não há que se dizer da ocorrência de lapso prescricional na hipótese dos autos, mesmo considerando a idade superior a 70 anos, quando da prolação a sentença.

Como se observa, no mesmo sentido das teses anteriormente ponderadas, o recorrente, buscando o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, propõe uma construção intelectual de fatos, sugerindo, inclusive, a readequação do tipo penal, com a concatenação de ideias, que não seguiriam de forma desatrelada de uma nova e exauriente reanálise da matéria fática-probatória, vedada pela súmula 07 deste Tribunal Superior.

Assim é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

Processo Penal. Agravo regimental da decisão que negou provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus*. Prescrição. Revolvimento fático-probatório. Procedimento investigativo. Constrangimento ilegal. Não configurado. Supressão de instância. Agravo regimental desprovido.

I - O agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada por seus próprios fundamentos.

II - Em se considerando a fase embrionária em que se encontra o procedimento investigativo, revela-se prematura, e de tamanha complexidade, a aferição do termo *a quo* referente à realização das condutas delitivas, ademais dos seus reflexos na seara da persecução penal.

III - In casu, a análise da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, com a certeza necessária à se extinguir a punibilidade, demanda indevida incursão em matéria fático-probatória, cuja medida é inadmissível em sede de *habeas corpus*.

IV - O indiciamento, enquanto ato peculiar à fase de investigação e, portanto, anterior ao recebimento da denúncia, não configura, por si só, constrangimento ilegal à liberdade de ir e vir do paciente, hábil a ser sanado pela via estreita do *habeas corpus*.

V - A alegação de eventual vício, em tese capaz de macular o feito de nulidade, deve ser apreciada pelo Tribunal de origem, a fim de inaugurar a competência desta Corte.

Agravo regimental desprovido (AglInt no RHC 98.576/CE, Quinta Turma, minha Relatoria, DJe 10/09/2018, grifei).

14) Imposição do descabido valor a título de reparação de danos:

Sustenta o agravante, no ponto, não ser “necessário incursionar na avaliação do conteúdo probatório para perceber que, realmente, a Corte de Apelação estabeleceu referido quantum em completa dissociação de qualquer conduta praticada pelo Agravante, o que foi sublinhado na base empírica dos acórdãos recorridos, afastando-se a incidência da Súmula 07/STJ” (fl. 76.832).

Nas razões do recurso especial, portanto, insurge-se contra o valor dos danos fixados a título de reparação de dano, a qual, em seu entender, teve por fundamento exclusivamente a palavra do corréu Léo Pinheiro, sem a necessária prova pericial.

Assevera que, não obstante o valor do dano deva estar diretamente vinculado à conduta do agente e àquilo que foi a ele imputado no processo, os

acórdãos recorridos lhe atribuíram a responsabilidade de reparar a totalidade dos valores indevidos que teriam sido destinados ao Partido dos Trabalhadores, ao mesmo passo em que diz que a manutenção da condenação “*não pode gerar para o recorrente o dever de indenizar que ultrapasse os limites da vantagem cujo recebimento lhe foi imputado*” (fl. 74.648), em violação ao art. 387, IV do CPP.

Denota-se que a pretensão recursal se direciona no sentido de afastar a condenação à reparação dos danos fixados de valores que não guardariam relação com o delito então imputado. Acerca do tema, *ressai dos argumentos que embasaram o acórdão de origem*, ao julgar o recurso de apelação, que:

“6.2. No tocante ao valor a título de reparação do dano, deve ser mantida a sentença na íntegra.

Como já minudentemente examinado em outras passagens, na divisão de propinas foi destinado R\$ 16 milhões ao Partido dos Trabalhadores. Como salientado por Agenor Franklin Magalhães Medeiros, Léo esteve em contato com João Vaccari e ficou decidido que 16 milhões de reais, por conta da nossa parte na Rnest, seriam para o PT. O pagamento neste patamar foi admitido pelo próprio Léo Pinheiro. Sobre a questão, transcrevo excerto da sentença:

770. Milton Pascowitch também prestou depoimento em Juízo (evento 417). Antes, celebrou acordo de colaboração com o MPF e que foi homologado pelo Juízo. Em seu depoimento, declarou que intermediava o pagamento de vantagem indevida entre fornecedoras da Petrobras e agentes da Área de Serviços e Engenharia da Petrobrás, Renato de Souza Duque e Pedro José Barusco Filho, bem como para agentes do Partido dos Trabalhadores, entre eles o ex-Ministro Chefe da Casa Civil José Dirceu de Oliveira e Silva. As propinas eram calculadas em 1% sobre o valor do contrato e divididas entre os agentes da Petrobrás e os agentes políticos. Milton Pascowitch, assim como José Dirceu de Oliveira e Silva, foram condenados por crimes de corrupção e lavagem na ação penal 5045241-84.2015.4.04.7000, com cópia da sentença no evento 847. Afirmou não ter conhecimento da participação do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

771. Também, como já adiantado nos itens 516-537 e 568-578, José Adelmário Pinheiro Filho, Presidente da OAS, e Agenor Franklin Magalhães Medeiros, reconheceram a existência do esquema criminoso que vitimou a Petrobrás, os ajustes fraudulentos de licitação e o pagamento de vantagem indevida em contratos com a Petrobrás para agentes da Petrobrás, agentes políticos e partidos políticos.

772. Também reconheceram especificamente o pagamento de vantagem indevida nos contratos da Petrobrás com o Consórcio CONPAR e no Consórcio RNEST/

CONEST nas obras da Refinaria Presidente Getúlio Vargas (REPAR) e Refinaria do Nordeste Abreu e Lima (RNEST).

773. *Para ser mais preciso, José Adelmário Pinheiro Filho declarou não se recordar especificamente dos acertos na Refinaria Presidente Getúlio Vargas (REPAR), mas que, quanto ao contrato na Refinaria do Nordeste Abreu e Lima (RNEST), foi procurado diretamente por João Vaccari Neto para o pagamento de 1% sobre o valor do contrato ao Partido dos Trabalhadores ('Eu fui procurado pelo senhor João Vaccari e ele me falou que tinha um pagamento de 1% para o PT, isso foi diretamente comigo'). Concordeu com a solicitação e o valor foi incorporado na aludida conta corrente geral de propinas, depois debitada para, entre outros propósitos, abater a diferença do preço do apartamento 164-A, triplex, do Condomínio Solaris, e o custo da reforma do aludido apartamento. Declarou que o pagamento foi inicialmente motivado para que a Construtora OAS passasse a ser convidada pela Petrobrás para participar de grandes obras, o que viabilizou o seu ingresso no grupo das empreiteiras que ajustavam fraudulentamente as licitações.*

774. *Agenor Franklin Magalhães Medeiros, encarregado especificamente dos contratos da Construtora OAS com a Petrobrás, confirmou que José Adelmário Pinheiro Filho interferiu junto ao Governo Federal para que a OAS passasse, ao final de 2006, a ser convidada para grandes obras na estatal. Também declarou que os contratos envolviam pagamento de propinas de 2% a agentes públicos e agentes políticos e que os contratos na Refinaria Presidente Getúlio Vargas (REPAR) e na Refinaria do Nordeste Abreu e Lima (RNEST) foram obtidos mediante ajuste fraudulento de licitação.*

775. *Declarou que no contrato da CONPAR, na Refinaria Presidente Getúlio Vargas (REPAR), a vantagem indevida aos agentes públicos e políticos ficou a cargo da Odebrecht e da UTC Engenharia, desconhecendo o depoente os detalhes de como isso foi feito.*

776. *No caso dos contratos da CONEST/RNEST, na Refinaria do Nordeste Abreu e Lima (RNEST), confirmou que houve ajuste de 2% de propinas sobre o valor dos dois contratos, que elas se destinavam aos agentes da Petrobrás e aos agentes políticos e que parte dos valores foram pagos pela Odebrecht e parte pela OAS.*

777. *Do total das propinas, dezesseis milhões de reais foram destinados ao Partido dos Trabalhadores, através de João Vaccari Neto ('Aí é onde está, 13 milhões e meio mais 6 milhões e meio totalizam 20, para os 36 sobraram 16 milhões para o PT, e assim foi feito, Léo esteve em contato com João Vaccari e ficou decidido que 16 milhões de reais, por conta da nossa parte na Rnest, seriam para o PT).*

778. Há que se reconhecer como provado, acima de qualquer dúvida razoável, considerando cumulativamente a prova material e a quantidade de depoimentos, incluindo dos pagadores de propinas e dos beneficiários, que os contratos discriminados na denúncia, entre a Petrobrás e os Consórcios CONPAR e CONEST/RNEST, integrados pela Construtora OAS, seguiram as regras do esquema criminoso que vitimou a Petrobrás, ou seja, foram obtidos com ajuste fraudulento de licitações e envolveram o pagamento de vantagem indevida de cerca de 2% sobre o seu valor e que foram destinados aos agentes da Petrobrás, mas especificamente à Diretoria de Abastecimento e à Diretoria de Serviços e igualmente a agentes políticos e a partidos políticos.

779. Dos valores, da parte cujo pagamento ficou sob a responsabilidade da OAS, cerca de dezesseis milhões de reais foram destinados exclusivamente à conta corrente geral de propinas mantida entre o Grupo OAS e agentes políticos do Partido dos Trabalhadores.

A importância definida está, de maneira lógica, associada à parcela a que fez jus o Partido dos Trabalhadores e administrado pela OAS em conta informal de créditos e débitos.

Salienta-se que os crimes relativos à lei de licitações não foram imputados nesta ação penal em desfavor dos denunciados, não podendo este fundamento justificar o valor de reparação mínima dos danos. Aliás, se isto fosse possível, tratando-se de fraude à licitação desde sua origem, a nulidade ocorreria em todo o contrato e o valor mínimo de reparação corresponderia à integralidade do contrato ilícito, na esteira dos ensinamentos de Mário Sérgio de Albuquerque Schirmer (Dano indireto para fins do artigo 10 da Lei n. 8.429/92, in Aspectos Controvertidos da Lei de Improbidade Administrativa. Org. Cláudio Smime Diniz, Mauro Sérgio Rocha e Renato de Lima Castro. Del Rey editora: Belo Horizonte, 2016, pgs. 169/194).

Todavia, os danos não decorreram exclusivamente das fraudes nos processos licitatórios, mas, sobremaneira, da prática dos crimes de corrupção e de lavagem de dinheiro.

Assim, a par do pedido ministerial de majoração, nos termos do art. 387, IV, do Código de Processo Penal, 'reputa-se, mais apropriado, como valor mínimo limitá-lo ao montante destinado à conta corrente geral de propinas do Grupo OAS com agentes do Partido dos Trabalhadores, ou seja, em dezesseis milhões de reais, a ser corrigido monetariamente e agregado de 0,5% de juros simples ao mês a partir de 10/12/2009. Evidentemente, no cálculo da indenização, deverão ser descontados os valores confiscados relativamente ao apartamento', como consignado na sentença recorrida" (fls. 73.080-73.082).

Já em sede de decisão de admissibilidade recursal, pontuou o c. Tribunal que:

“Por fim, sustenta o recorrente que o valor do dano previsto no artigo 387, inciso IV, do CPP, deve estar diretamente vinculado à conduta do agente e aquilo que foi a ele imputado no processo.

Nos dizeres da defesa, os arestos recorridos atribuíram ao recorrente a responsabilidade de reparação pela totalidade dos valores indevidos que – segundo versão de Agenor Medeiros – teriam sido dirigidos ao Partido dos Trabalhadores.

Alega que, no caso de hipotética manutenção da condenação lançada nestes autos, não se pode gerar para o recorrente o dever de indenizar que ultrapasse os limites da vantagem cujo recebimento lhe foi imputado.

*Destaca que, segundo os julgados, ‘Do total reservado ao partido, R\$ 3.738.738,00 teriam sido destinados especificamente ao ex-Presidente **Luiz Inácio Lula da Silva**, representados pelo apartamento 164-A, triplex, do Condomínio Solaris (...). Daí a contrariedade ao disposto no artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, pela fixação do quantum de R\$ 16 milhões a serem reparados pelo recorrente.*

Conquanto a indicação precisa do quantum da reparação demande incursão no contexto fático-probatório, o que se alega é a pertinência do valor exigido com a imputação atribuída ao recorrente, frente ao disposto no artigo 387, IV, do CPP, de modo que estão presentes os requisitos legais de admissibilidade recursal quanto ao ponto” (fl. 75.160).

Em detida análise das razões recursais, *mais uma vez revendo meu entendimento anterior*, denoto que não há que se falar em necessidade de revolvimento fático-probatório, uma vez que se exige apenas a reavaliação dos parâmetros adotados na definição do valor indenizatório.

Cumprе observar que a manutenção do pagamento de um *quantum debeatur* inexecuível, diante do patrimônio declarado pelo ora recorrente, poderá impedir a sua progressão a regime prisional menos gravoso, mesmo após cumpridos os demais requisitos legais, já que concessão de tal benesse depende da reparação dos danos, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior.

No ponto, de fato, tenho que deve ser mantida a condenação do agravante à reparação dos danos. O que se vislumbra, entretanto, é a necessidade de se

definir do valor mínimo a ser pago pelo recorrente, levando-se em consideração o valor do prejuízo suportado pelo ofendido (CPP. Art. 387, IV, do CPP).

No édito condenatório, foi estabelecido o valor mínimo a ser ressarcido aos cofres da Petrobrás, no patamar de R\$ 16.000.000,00 (dezesseis milhões de reais), a ser corrigido monetariamente e agregado juros simples de 0,5% a partir de 10/12/2009, devendo ser descontado o valor do imóvel confiscado (CP, art. 91,11, do CP).

Porém, muito embora tenha sido reconhecido que na divisão de propinas foram destinados o referido valor ao Partido dos Trabalhadores, não se mostra razoável admitir que o réu seja condenado a arcar, sozinho, com todo esse montante, já que inexistente prova de que ele tenha sido beneficiado com o valor integral desviado para o PT.

Assim, e como parâmetro indenizatório, considerando que o agravante se encontra condenado pelo recebimento de parte da propina total atribuída ao Partido dos Trabalhadores, consistente no valor de R\$ 2.424.991,00, tenho que esse deve ser o valor reparatório, nos moldes em que preconiza o artigo 384, IV, do CPP.

15) Da invasão da competência do juízo da execução e prisão por dívida:

Diz o agravante que a vinculação da progressão de regime à reparação dos danos é medida afeta ao juízo da execução penal, além de configurar prisão por dívida cível e que o julgamento da constitucionalidade do art. 33, § 4º do CPP, pelo c. Supremo Tribunal Federal não vincularia esta Corte de Justiça, eis que não foi realizado em sede de controle concentrado de constitucionalidade, tratando-se de jurisprudência isolada.

Verbera que ao condicionar a progressão de regime à reparação do dano, o Juízo *a quo* e o c. Tribunal de origem invadiram a competência do juízo da execução, contrariando o disposto no art. 66, III, "b" da Lei 7.210/1984, ao mesmo tempo em que tal determinação impõe a manutenção da prisão por suposta dívida civil, em contrariedade ao disposto no art. 7º, item 7, da *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Suscita, por fim, violação ao art. 283 do CPP, à vista da ordem de execução provisória da pena.

A fim de se delimitar a *quaestio*, cumpre colacionar o que pontua a decisão de admissibilidade recursal:

“Não é de ser admitido o recurso no que tange à ofensa ao disposto no artigo 66, III, “b”, da LEP, bem como o artigo 7º, item 7, da Convenção Americana sobre

Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa – Decreto n. 678/1992), na medida em que, na prática, segundo os arestos impugnados, o recorrente poderá ser mantido preso por suposta dívida civil, em razão da determinação no sentido de que a progressão fica condicionada à reparação dos danos, por força do disposto no artigo 33, § 4, do CP.

O entendimento adotado no julgado está harmonizado com a jurisprudência consolidada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, incidindo também neste ponto do disposto na Súmula n. 83 (“não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida”), do Superior Tribunal de Justiça conforme jurisprudência que ora se destaca:

Habeas corpus. Substitutivo de recurso ordinário. Não cabimento. Execução penal. Art. 1º, I, Decreto-Lei 201/67. Crime contra a administração pública. Reparação do dano. Condição para a progressão de regime. Ausência de ilegalidade na determinação. Impossibilidade de cumprir a obrigação. Aprofundado exame de provas. Inviabilidade. Writ 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 habeas corpus substitutivo do 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, em homenagem ao princípio da ampla defesa.

II – “É constitucional o art. 33, § 4º, do Código Penal, que condiciona a progressão de regime, no caso de crime contra a Administração Pública, à reparação do dano ou à devolução do produto do ilícito.” (EP 22 ProgReg-AgR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, public 18-03-2015).

*III – Inviável o exame acerca da alegada impossibilidade de reparar o dano na via estreita do habeas corpus, instrumento que não permite aprofundado exame do acervo fático probatório. Habeas corpus não conhecido. HC 417.971/PB, Rel. Ministro **Felix Fischer**, Quinta Turma, julgado em 24/04/2018, DJe 08/05/2018).*

[...]

No que tange à alegação de violação ao disposto no artigo 283, do CPP, igualmente não merece ser admitida a pretensão recursal. O Código de Processo Civil em vigor, cujas disposições se aplicam de forma subsidiária ao Processo Penal, nos termos do artigo 3º, do Código de Processo Penal, consagra a chamada “teoria do precedente”, fulcrada na segurança jurídica e no princípio da isonomia, impondo tratamento uniforme aos que recorrem ao Poder Judiciário.

Em seu artigo 927, dispõe que os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Sobre o tema em questão, o Plenário do Supremo Tribunal Federal se pronunciou sobre a possibilidade de início da execução da pena condenatória em virtude do esgotamento da jurisdição ordinária nos autos do HC n. 126.292/SP, em julgamento ementado nos seguintes termos:

'Constitucional. Habeas corpus. Princípio constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII). Sentença penal condenatória confirmada por Tribunal de Segundo Grau de jurisdição. Execução provisória. Possibilidade. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado.' (STF, HC n. 126.292-SP, **Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, por maioria, julgado em 17/02/2016, DJe 17/05/2016**)

A tese foi confirmada, em repercussão geral, quando do julgamento do ARE n. 964.246 (DJe 25/11/2016), verbis:

Tema 925 - STF: A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. (ARE 964.246 RG / SP)

Nesse sentido, impõe-se o acatamento das decisões finais proferidas pela Corte Constitucional, em estrita observância à supremacia hierárquica do Supremo Tribunal Federal no julgamento dos temas que lhe são afetos.

Não é demais referir, ainda, que a questão relativa à possibilidade de execução provisória da pena imposta ao recorrente foi submetida ao Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus n. 152.752, tendo sido denegada a ordem, o que

mais reforça a ausência de plausibilidade na pretensão deduzida pelo recorrente” (fls. 75.156-75.160).

No primeiro ponto, naquilo que toca à progressão de regime condicionada à reparação do dano, ao que se pode observar, portanto, na esteira do acórdão objurgado, é que a *c. Suprema Corte reconheceu como constitucional o art. 33, § 4º, do Código Penal*, que condiciona a progressão de regime, no caso de crime contra a Administração Pública, à reparação do dano ou à devolução do produto do ilícito, veja-se:

Execução Penal. Progressão de Regime. Crime contra a Administração Pública. Devolução do produto do ilícito. 1. É constitucional o art. 33, § 4º, do Código Penal, que condiciona a progressão de regime, no caso de crime contra a Administração Pública, à reparação do dano ou à devolução do produto do ilícito. 2. Tendo o acórdão condenatório fixado expressamente o valor a ser devolvido, não há como se afirmar não se tratar de quantia líquida. 3. A alegação de falta de recursos para devolver o dinheiro desviado não paralisa a incidência do art. 33, § 4º, do Código Penal. O sentenciado é devedor solidário do valor integral da condenação. 4. Na hipótese de celebração de ajuste com a União para pagamento parcelado da obrigação, estará satisfeita a exigência do art. 33, § 4º, enquanto as parcelas estiverem sendo regularmente quitadas. 5. Agravo regimental desprovido (ProgReg-AgR na EP n. 22/DF, *Tribunal Pleno*, Rel. Min. Roberto Barroso, Processo eletrônico DJe-052, DJe de 18/03/2015, grifou-se).

Noutro compasso, quanto à possibilidade de se executar provisoriamente a reprimenda, após exauridas as instâncias ordinárias, denota-se que a decisão está em consonância com a jurisprudência tanto da *c. Corte Suprema*, quanto *desta Corte de Justiça*, cabendo citar, nesta oportunidade, os seguintes precedentes:

A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal (HC n. 126.292/SP, *Tribunal Pleno*, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 17/5/2016).

Constitucional. Recurso extraordinário. Princípio constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII). Acórdão penal condenatório. Execução provisória. Possibilidade. Repercussão geral reconhecida. Jurisprudência reafirmada. 1. *Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado*

pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria (ARE n. 964.246/SP, Rel. Min. *Teori Zavascki*, *Processo Eletrônico Repercussão Geral* – Mérito, DJe de 25/11/2016).

Já no seio desta Corte de Justiça:

Habeas corpus. Corrupção passiva e lavagem de dinheiro. Prisão determinada pelo Tribunal após o julgamento da apelação. Possibilidade. Execução provisória da pena. Legalidade. Recente entendimento do Supremo Tribunal Federal. Ausência de violação do princípio da presunção de inocência. Constrangimento ilegal não evidenciado. Regime inicial fechado. Possibilidade. Suspensão de direitos políticos. Matéria não enfrentada pelo Tribunal *a quo*. Supressão de instância. *Habeas corpus* denegado.

I - Após o julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292/SP (STF, Relator Ministro **Teori Zavascki**, **Tribunal Pleno**, julgado em 17.2.2016), esta Corte passou a adotar o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal”. Em outras palavras, voltou-se a admitir o início de cumprimento da pena imposta pelo simples esgotamento das instâncias ordinárias, ou seja, antes do trânsito em julgado da condenação, nos termos da Súmula 267/STJ. 2. O Supremo Tribunal Federal também reconheceu a repercussão geral do tema (ARE 964.246/SP, Rel. Ministro **Teori Zavascki**) e, em 11.11.2016, decidiu, em Plenário Virtual, pela reafirmação de sua jurisprudência externada no mencionado HC 126.292/SP.

II - No particular, como a sentença condenatória foi confirmada pelo Tribunal de origem, se eventualmente rejeitados os Embargos de Declaração sem efeitos modificativos, e porquanto encerrada a jurisdição das instâncias ordinárias (bem como a análise dos fatos e provas que assentaram a culpa do condenado), é possível dar início à execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da condenação, sem que isso importe em violação do princípio constitucional da presunção de inocência.

III - O Superior Tribunal de Justiça já firmou orientação no sentido de que não há que se falar em *reformatio in pejus*, pois a prisão decorrente de acórdão confirmatório de condenação prescinde do exame dos requisitos previstos no art. 312 do Código Penal. Entende-se que a determinação de execução provisória da pena se encontra dentre as competências do Juízo revisional e independe de recurso da acusação. HC 398.781/SP, *Quinta Turma*, Rel. **Min. Ribeiro Dantas**, DJe 31/10/2017).

IV - Sobressai a incompetência deste Superior Tribunal de Justiça para a análise da impetração, quando a matéria de fundo, alegada na *mandamus*, que é questão

eleitoral, não foi objeto de debate e decisão pelo Tribunal a quo, sob pena de indevida supressão de instância. Precedente.

Habeas Corpus *denegado* (HC n. 434.766/PR, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe de 15/03/2018).

Ante o exposto, *conheço do agravo regimental, para dar parcial provimento ao recurso especial*, a fim de remodelar as penas referentes aos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro, *para 8 (oito) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 50 (cinquenta) dias multa, bem como para reduzir o valor mínimo indenizatório a R\$ 2.424.991,00.*

É o voto.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Mussi: Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão proferida pelo eminente Ministro Felix Fischer, por meio da qual Sua Excelência conheceu parcialmente e, nessa extensão, negou provimento ao recurso especial de *Luiz Inácio Lula da Silva*.

Preliminarmente, o agravante sustenta que o julgamento singular da irresignação seria ilegal, pois teria privado o colegiado de analisar as teses defensivas, bem como inviabilizado a sustentação oral por seus procuradores, violando os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Como se sabe, o artigo 34, inciso XVIII, alíneas “a” e “b”, e o artigo 255, § 4º, incisos I e II, ambos do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, permitem que o relator não conheça de recurso ou pedido inadmissível, ou negue provimento ao recurso ou ao pedido contrário a Súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, ou, ainda, a jurisprudência dominante acerca do tema, previsão contida, também, no artigo 932 do Código de Processo Civil.

O entendimento está consolidado no verbete 568 da Súmula deste Sodalício, que preceitua que “o relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema”.

Na espécie, da leitura da decisão agravada, constata-se que a atuação unipessoal do Relator está de acordo com as citadas normas legais, o que impede a anulação do julgamento, como pretendido.

Ademais, é necessário ressaltar que contra o julgamento monocrático de seu recurso especial a defesa do agravante impetrou no Supremo Tribunal Federal o HC n. 165.973/PR, tendo o eminente Relator, Ministro Edson Fachin, negado seguimento ao *writ*, ocasião em que atestou que a decisão monocrática proferida no apelo nobre por ele interposto é legítima, não tendo vulnerado o princípio da colegialidade.

Mostra-se manifestamente improcedente, outrossim, o pleito de intimação dos patronos do recorrente para a sessão de julgamento da presente insurgência, pois de acordo com o artigo 159 do Regimento Interno desta Corte Superior de Justiça “não haverá sustentação oral no julgamento de agravo, embargos declaratórios, arguição de suspeição e medida cautelar”.

Na mesma esteira, “o Supremo Tribunal Federal reconhece a validade do julgamento monocrático (em casos de aplicação de jurisprudência dominante) e a constitucionalidade da vedação de sustentação oral no julgamento de agravo regimental” (HC n. 138.413 AgR, Relator: Min. *Roberto Barroso*, Primeira Turma, julgado em 7/3/2017, Processo Eletrônico DJe-050 divulg 15-03-2017 public 16-03-2017).

Por meio da petição de fls. 77.362/77.395, a defesa do agravante suscitou questão de ordem, afirmando que os fatos cuja prática lhe foi imputada, se verdadeiros, caracterizariam não apenas delitos contra a administração pública, mas também crimes eleitorais, o que revelaria a incompetência da justiça comum para processá-lo e julgá-lo.

Com efeito, é cediço que, no dia 14.3.2019, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Inq n. 4.435/DF, por maioria de votos, firmou o entendimento de que compete à Justiça Eleitoral julgar os crimes eleitorais e os comuns que lhe forem conexos.

Nesta ação penal, contudo, o recorrente foi condenado porque obteve vantagem indevida consistente no recebimento de um apartamento triplex e nas reformas e melhorias nele realizadas, bem como por haver ocultado e dissimulado a efetiva titularidade do imóvel, obtido com recursos ilícitos.

Tais crimes, por serem comuns e não possuírem natureza eleitoral, foram julgados pela Justiça Federal, circunstância que, por si só, afasta a alegação de incompetência ora suscitada.

Por outro lado, ainda que tais ilícitos estivessem relacionados a alguma infração eleitoral, a pretensão de que fossem todos analisados pela Justiça Eleitoral encontra-se superada.

Isso porque já foi proferida sentença condenatória no presente feito, inclusive confirmada em sede de apelação, inexistindo razões para o envio do processo à Justiça Especializada, onde sequer há procedimento instaurado para apuração de eventual crime eleitoral conexo. Ademais, como é cediço, a reunião de processos sobre objetos conexos, quando cabível, somente encontra espaço em hipóteses nas quais os procedimentos se encontram em fases compatíveis, o que, definitivamente, não é o caso.

A propósito, o artigo 82 do Código de Processo Penal preceitua que, “se, não obstante a conexão ou a continência, forem instaurados processos diferentes, a autoridade com jurisdição prevalente deverá avocar os processos que corram perante outros juízos, *salvo se já estiverem com sentença definitiva*” (Grifei). Importante salientar que ao se referir a “sentença definitiva” a lei quer dizer “sentença de mérito ou recorrível, e não a “sentença transitada em julgado”.

Esse, aliás, é o ensinamento que se extrai da doutrina, *ipsis litteris*:

Sentença definitiva: é a decisão de mérito, que comporta apelação, pois encerrou, em primeiro grau, o litígio. Não se deve ver nessa expressão a sentença com trânsito em julgado. (NUCCI, *Guilherme de Souza. Código de Processo Penal comentado. 16ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 287*)

Na mesma esteira é o que se depreende do verbete 235 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, que dispõe que “a conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado”.

Com efeito, se um dos processos já foi sentenciado, não há mais razão para a sua análise conjunta, pois os objetivos da conexão, quais sejam, maior eficácia probatória e evitar julgamentos conflituosos, não poderão mais ser atingidos.

Portanto, mesmo que se estivesse diante da prática de algum crime eleitoral, como hipoteticamente sustenta a defesa, não seria possível a remessa da presente ação penal à Justiça Eleitoral.

Ademais, o reconhecimento da existência ou não de conexão demandaria o revolvimento de matéria fático-probatória, procedimento incompatível com os limites cognitivos do recurso especial.

Nesse sentido:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Penal e Processual Penal. Ofensa ao juiz natural. Pleito de afastamento da conexão. Impossibilidade. Vinculação reconhecida com base em provas obtidas durante as investigações. Reexame probatório vedado na via eleita. (...) Agravo regimental desprovido.

1. A tese recursal no sentido de inexistir a conexão reconhecida, no caso, exigiria a inversão do entendimento das instâncias ordinárias para afirmar os fatos apurados são completamente distintos, o que também não pode ser aferido no espectro de cognição do recurso especial, por demandar a análise do conteúdo fático-probatório dos autos.

(...)

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 1.404.678/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 26/02/2019, DJe 15/03/2019)

No mesmo diapasão:

Processo Penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Conexão entre ações penais. Verificação. Revolvimento probatório. Incidência da Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental desprovido.

1. Para se concluir de forma diversa do entendimento do Tribunal de origem quanto à ocorrência de conexão entre ações penais, seria inevitável o revolvimento das provas carreadas aos autos, procedimento sabidamente inviável na instância especial, a teor da Súmula n. 7/STJ.

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 1.125.120/MA, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 14/09/2017, DJe 22/09/2017)

Igualmente, para alterar a classificação jurídica dada aos fatos imputados ao recorrente pelas instâncias de origem, a fim de que sejam enquadrados como crimes eleitorais ao invés de corrupção passiva ou lavagem de dinheiro, seria necessário profundo ingresso nos elementos probatórios encartados nos autos, o que é vedado na via eleita, nos termos do enunciado 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

A propósito:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. *Emendatio libelli* no recebimento da denúncia. Hipótese que não se enquadra nos casos excepcionais em que esta Corte Superior a admite. Desclassificação. Súmula n. 7 do STJ. Agravo regimental não provido. [...]

3. A denúncia apresentada atende aos requisitos descritos no art. 41 do CPP. A desclassificação da conduta para o crime de falsidade material de atestado ou certidão demandaria o reexame do contexto fático-probatório dos autos, procedimento vedado em recurso especial pelo disposto na Súmula n. 7 do STJ.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 1.268.233/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 19/02/2019, DJe 11/03/2019)

Além disso, as instâncias de origem – soberanas na apreciação de matéria fático-probatória – não se manifestaram sobre o assunto, que foi suscitado diretamente perante esta Corte Superior, o que inviabiliza o seu conhecimento, seja por se tratar de inovação processual, seja pela falta de prequestionamento.

Nesse norte:

Processo Penal. Agravo regimental nos embargos de divergência em recurso especial. Decisão de indeferimento liminar. Exame do mérito do especial. Não ocorrência. Ausência de prequestionamento. Súmula 211/STJ. Regra técnica. Impossibilidade. Agravo não provido.

(...)

3. *“A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que, no recurso especial, mesmo as questões de ordem pública necessitam ser debatidas na instância ordinária, para caracterização do prequestionamento” (EDcl nos EREsp 784.146/AP, Rel. Ministro **Jorge Mussi, Terceira Seção**, DJe 30/4/2015).*

4. No caso em exame, o acórdão embargado concluiu pela impossibilidade de se analisar o mérito do recurso especial, no ponto, em razão da incidência da Súmula 211/STJ. Tal situação impede, por si só, o conhecimento da presente via de impugnação, uma vez que não se admite a oposição de embargos de divergência na hipótese de não ter sido analisado o mérito do recurso especial.

5. A jurisprudência deste Tribunal consolidou-se no sentido de que são inadmissíveis os embargos de divergência quando discutem a aplicação de regra técnica de conhecimento de recurso especial.

6. Agravo regimental não provido.

(AgRg nos EREsp 1.472.191/RS, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Terceira Seção, julgado em 13/03/2019, DJe 21/03/2019)

A jurisprudência dos Tribunais Superiores é firme quanto à impossibilidade de enfrentamento da tese de incompetência absoluta quando a matéria não tiver sido discutida pelo Tribunal de origem, máxime quando a análise pretendida depender de substancial incursão em tema de índole fático-probatório.

Sobre o assunto, colhe-se o seguinte julgado deste Sodalício:

Penal. Processual Penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. (...) Incompetência da Justiça Federal. Ausência de prequestionamento da matéria. Incidência da Súmula n. 211 do STJ. Agravo regimental não provido.

(...)

3. *A Corte local não se manifestou sobre a suscitada incompetência da Justiça Federal, a despeito da oposição de embargos declaratórios pela defesa. Ausência de prequestionamento. Incidência da Súmula n. 211 do STJ.*

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 360.825/RJ, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016)

No mesmo sentido já decidiu a Suprema Corte:

Ementa: Constitucional. Penal. Recurso extraordinário: alegação de ofensa ao art. 5º, LV. *Incompetência absoluta. Prequestionamento.* C.F., arts. 142, § 3º, VI, e 42, § 1º. I. - O acórdão recorrido não cuidou das questões constitucionais invocadas no RE. Ausente o necessário prequestionamento, incidem as Súmulas 282 e 356-STF. II. - *Alegação de nulidade absoluta: exame inviável, dado que tal matéria não foi prequestionada no acórdão recorrido.* III. - Alegação de ofensa à Constituição que, se ocorrente, seria indireta, reflexa, o que não autoriza a admissão do recurso extraordinário. IV. - R.E. inadmitido. Agravo não provido.

(AI 393.589 AgR, Relator(a): Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 29/10/2002, DJ 29/11/2002 pp-00038 Ement vol-02093-09 pp-01815)

Superadas as questões preliminares, passa-se ao exame de mérito do recurso.

Em seu recurso especial, interposto com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, o recorrente sustenta que o aresto impugnado violou diversos dispositivos legais, a seguir especificados.

1. *Condenação injusta - Negativa de vigência ao artigo 155 do Código de Processo Penal.*

A alegada ofensa ao artigo 155 do Código de Processo Penal não foi alvo de deliberação pela Corte Federal no julgamento da apelação e nos sucessivos embargos de declaração opostos pelo recorrente, o que impede o exame da insurgência no ponto, ante a ausência de prequestionamento da matéria, nos termos dos enunciados 211 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça e 282 do Pretório Excelso.

Ademais, tratando-se de édito repressivo confirmado em segundo grau de jurisdição, e não tendo a defesa demonstrado como a motivação contida na sentença condenatória seria inidônea ou violaria o dispositivo processual

penal em tela, o que também não foi feito quanto ao acórdão recorrido, incide o óbice contido no verbete 284 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, pelo qual “é inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”.

2. Juízo de exceção - Negativa de vigência aos artigos 69, 70 e 76 do Código de Processo Penal, 5º, incisos XXXVII e LIII, e 109 da Constituição Federal.

Este Tribunal Superior, no julgamento do CC n. 145.705/DF, consignou que “nos casos dos processos decorrentes da chamada ‘Operação Lavajato’, há estreito liame tanto intersubjetivo quanto instrumental”, advertindo que “a conexão para o processamento dos feitos decorrentes da ‘Operação Lavajato’ foi fixada na 13ª Vara Federal da Seção Judiciária do Paraná; estendeu-se ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região e perdura no Supremo Tribunal Federal”, não havendo “razão para que não seja reconhecida no âmbito deste Sodalício”.

Tal entendimento tem-se mantido em diversos julgados relativos à referida operação, a exemplo do AgRg no HC n. 339.340/PR e do RHC n. 62.385/PR, nos quais se concluiu que a multiplicidade de ações, com imputações separadas, não afasta a existência de conexão, desde que constatados os requisitos de interligação entre os sujeitos e as organizações envolvidas, além da vinculação probatória.

Inviável, portanto, o reconhecimento da existência de um juízo de exceção, uma vez que a competência do Juízo processante já foi firmada por esta Corte Superior em diversos precedentes, sendo certo, outrossim, que eventual ausência de conexão probatória ou instrumental entre os crimes apurados na presente ação penal e os demais praticados em detrimento da *Petrobras* não pode ser aferida sem que se revolva o acervo fático-probatório.

3. Suspeição do juiz - Negativa de vigência aos artigos 254, inciso I, do Código de Processo Penal, 145, inciso IV, do Código de Processo Civil, 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos e 14.1 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

Na hipótese em apreço, a defesa do recorrente opôs diversas exceções de suspeição na origem, cujas decisões foram alvo de deliberação por este Superior Tribunal de Justiça em agravos interpostos contra a inadmissão dos recursos especiais, a exemplo dos *AREsp n. 1.097.624/RS*, *AREsp n. 1.102.139/PR*,

AREsp n. 1.105.620/RS e AREsp n. 1.142.929/PR, tendo o eminente Ministro Relator consignado, em todos eles, que a análise da suposta parcialidade do juízo demandaria o reexame de fatos, atraindo o óbice contido no verbete 7 da Súmula deste Sodalício.

4. Suspeição do Ministério Público - Negativa de vigência aos artigos 258 do Código de Processo Penal e 54.1, alínea “a”, do Estatuto de Roma, incorporado ao direito pátrio pelo Decreto n. 4.388/2002.

Não há como reconhecer a suspeição dos representantes do Ministério Público que atuaram no processo, pois o órgão acusatório é parte na ação penal, dele não se exigindo postura neutra e isenta. Inexiste, outrossim, qualquer fato concreto e objetivo ocorrido no trâmite da presente ação penal que demonstre “perseguição política” ou tratamento desigual ao ora recorrente, motivo pelo qual não se pode cogitar da parcialidade dos membros da Procuradoria da República que integram a Força Tarefa da Operação Lava Jato.

Em arremate, tal como consignado no tópico relativo à alegação de parcialidade do Magistrado singular, observa-se que a ofensa aos dispositivos legais em exame foi analisada na origem com base em fatos e provas, razão pela qual a alteração do que decidido no acórdão impugnado encontra óbice no disposto no enunciado 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

5. Ausência de correlação entre a acusação e a condenação - Violação aos artigos 383 e 384 do Código de Processo Penal.

Como se sabe, o princípio da correlação representa no sistema processual penal uma das mais importantes garantias ao acusado, porquanto descreve balizas para a prolação do édito repressivo, ao dispor que deve haver precisa correspondência entre o fato imputado ao réu e a sua responsabilidade penal.

Na espécie, não obstante conste da denúncia que o recorrente praticou os crimes de corrupção passiva e de lavagem de dinheiro porque recursos provenientes de três contratos específicos firmados pela *Petrobras* com a OAS foram-lhe destinados na forma de vantagem indevida mediante a *propriedade* e a reforma de um apartamento triplex, o certo é que o Ministério Público esclareceu que se tratava de *propriedade de fato*, tanto que a ausência de transferência formal do bem constituiu uma das formas de lavagem do capital decorrente da prática ilícita.

E, ao proferir o édito repressivo, o Magistrado singular se ateu à descrição contida na exordial, advertindo que “não se está aqui a discutir a titularidade

formal do imóvel ou questões de Direito Civil, mas sim crime de corrupção e lavagem de dinheiro, este último pressupondo condutas de dissimulação e ocultação”, acrescentando que “o imóvel, segundo a matrícula n. 104801 (...) encontra-se em nome da OAS Empreendimentos, tendo sido, porém solicitado a José Adelmário Pinheiro Filho a ocultação da titularidade de fato, que era do ex-Presidente, e que o imóvel permanecesse em nome da OAS” (e-STJ fls. 70.488/70.489).

Por sua vez, a Corte Federal assentou que “nenhuma pertinência reside, portanto, na tentativa de se associar o crime de lavagem de ativos à comprovação de transferência de titularidade, pois o bem jurídico tutela exatamente a sua ocultação ou dissimulação”, havendo “na tese, clara incompatibilidade lógica com pluralidade de condutas e objetos da norma incriminadora” (e-STJ fls. 73.036/73.037).

Portanto, sob qualquer ângulo que se examine a questão, não se extrai qualquer alteração da tese acusatória pelo Juízo Federal e pelo Tribunal de origem, não havendo que se falar, assim, em ofensa ao princípio da correlação.

Nesta esteira orienta-se a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça:

Penal e Processual Penal. Agravo regimental nos embargos de declaração no agravo em recurso especial. Comércio ilegal de arma de fogo de uso restrito. Omissão. Inocorrência. Fundamentação *per relationem*. Validade. Correlação entre a denúncia e a sentença. (...)

(...)

3. Não se cogita da falta de correlação entre a denúncia e a sentença que condenou o réu pela conduta típica de “expor a venda”, mesmo tendo constado da exordial que o fato era de o réu “ter em depósito e venda”, pois a descrição fática é igual, tendo apenas sido usados termos sinônimos.

(...)

9. Agravo regimental desprovido.

(AgRg nos EDcl no AREsp 967.396/RS, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 15/05/2018, DJe 28/05/2018)

6. Violação à ampla defesa - Negativa de vigência aos artigos 158, 400 e 402 do Código de Processo Penal.

Como se sabe, embora o acusado, no processo penal, tenha o direito à produção da prova necessária a dar embasamento à tese defensiva, ao magistrado é facultado o indeferimento motivado das providências que julgar

protelatórias, irrelevantes ou impertinentes, devendo a sua imprescindibilidade ser devidamente justificada pela parte.

Da leitura do acórdão impugnado, verifica-se que o indeferimento de parte das provas requeridas pela defesa foi sobejamente fundamentado, tendo-se explicitado, à exaustão, as justificativas para a negativa de parte dos pedidos formulados, não havendo que se falar, assim, em ofensa aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa.

Aliás, é imperioso ressaltar que o eminente Relator, Ministro Felix Fischer, ao apreciar o HC n. 390.433/PR, o HC n. 398.577/PR e o HC n. 398.589/PR, todos impetrados em favor do ora recorrente, afastou a existência de ilegalidade em diversos dos provimentos judiciais ora questionados, o que reforça a ausência de qualquer mácula apta a contaminar o processo em apreço.

Ademais, para se concluir que as providências em questão seriam indispensáveis para a comprovação das teses defensivas, seria necessário o revolvimento de matéria fático-probatória, providência vedada no recurso especial, consoante o óbice contido no enunciado 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. (...) Cerceamento de defesa não demonstrado. Súmula 7/STJ. (...) Agravo regimental desprovido.

(...)

2. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que, em regra, salvo situação excepcionalíssima, não se acolhe alegação de nulidade por cerceamento de defesa, em função do indeferimento de diligência requerida pela defesa, porquanto o magistrado é o destinatário final da prova, logo, compete a ele, de maneira fundamentada e com base no arcabouço probatório produzido, analisar a pertinência, relevância e necessidade da realização da atividade probatória pleiteada.

Incidência da Súmula 7/STJ.

(...)

9. Agravo Regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 1.259.749/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 17/05/2018, DJe 30/05/2018)

7. *Sustentação oral no Tribunal de origem – Violação ao artigo 7º, inciso X, da Lei n. 8.906/1994.*

Os fundamentos utilizados para justificar os prazos de sustentação oral conferidos às partes não foram impugnados pela defesa nas razões do presente recurso especial, do qual, por essa razão, não se deve conhecer no ponto.

Mesmo que superado este óbice, é certo que a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que não há nulidade quando o tempo de sustentação oral está de acordo com as normas regimentais pertinentes, circunstância que corrobora a inexistência de ilegalidade no procedimento adotado pela Corte regional.

Nesse norte:

Habeas corpus. Arts. 288, *caput*, 304 (16 vezes) e 344, todos do Código Penal, 1º, II, do Decreto-Lei n. 201/1967 e 90 da Lei n. 8.666/1993 (16 vezes). Ação penal originária. Corréu com advogados diversos. Prazo de 15 minutos destinado à sustentação oral. Violação do princípio da ampla defesa. Não ocorrência. Ordem denegada.

1. O direito à sustentação oral constitui prerrogativa de essencial importância, cuja frustração afeta o princípio constitucional da amplitude de defesa.

2. Arguição de cerceamento do direito à sustentação oral afastada, porquanto, havendo pluralidade de réus com vários advogados, é possível a distribuição do tempo previsto no art. 12 da Lei n. 8.038/1990. Acordou-se, consoante as normas do regimento interno, o prazo de 15 minutos para sustentação oral de cada causídico, tempo razoável para o exercício da defesa. Precedentes desta Corte.

[...]

(HC 364.512/RJ, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 15/12/2016, DJe 06/02/2017)

8. Cerceamento de defesa - Violação ao artigo n. 231 do Código de Processo Penal.

Conquanto o artigo 231 do Código de Processo Penal preceitue que, “salvo os casos expressos em lei, as partes poderão apresentar documentos em qualquer fase do processo”, o magistrado pode indeferir a medida, desde que justificadamente.

Nesse sentido:

Recurso especial. Quadrilha, estelionato e porte ilegal de arma de fogo. Juntada de documento após a prolação da sentença. (...).

I - Segundo entendimento assente desta Corte, é facultado às partes a juntada de documentos em qualquer fase processual. Entretanto, o seu indeferimento pelo órgão julgador é admissível desde que evidente sua irrelevância. (Precedentes).

(...)

Recurso desprovido.

(REsp 1.101.620/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 18/02/2010, DJe 29/03/2010)

No caso, embora a instância de origem tenha considerado preclusa a juntada de documentos após o prazo para a oposição dos aclaratórios, apreciou o conteúdo de cada um deles, concluindo que não seriam hábeis a desconstituir o édito repressivo, não havendo que se falar, assim, em ofensa ao artigo 231 da Lei Penal Adjetiva.

A propósito:

Processual Penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Atentado violento ao pudor. Alegada nulidade pelo desentranhamento de laudo produzido pela defesa. Apontada violação ao art. 231 do CPP. Inocorrência. Pleito de absolvição. Necessidade de reexame do acervo probatório. Vedação da Súmula 7/STJ. Agravo não provido.

1. "O Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar o preceito contido no art. 231 do CPP, firmou entendimento de que é facultada às partes a juntada de documentos em qualquer fase processual, admitindo-se, entretanto, o indeferimento pelo órgão julgador na hipótese de os documentos apresentados terem caráter meramente protelatório ou tumultuário" (HC 151.267/PR, Rel. Ministro **Arnaldo Esteves Lima**, **Quinta Turma**, julgado em 25/05/2010, DJe 14/06/2010).

2. Por outro vértice, a desconstituição do entendimento firmado pelo Tribunal de piso diante de suposta contrariedade a lei federal, buscando a absolvição, não encontra campo na via eleita, dada a necessidade de revolvimento do material probante, procedimento de análise exclusivo das instâncias ordinárias - soberanas no exame do conjunto fático-probatório -, e vedado ao Superior Tribunal de Justiça, a teor da Súmula 7/STJ.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 13.573/RS, de minha Relatoria, Quinta Turma, julgado em 15/10/2013, DJe 23/10/2013)

Em arremate, para alterar tal entendimento e concluir que a documentação em tela comprovaria a inocência do recorrente, seria necessário revolver o conjunto fático-probatório, o que não é permitido em recurso especial, nos termos do verbete 7 da Súmula deste Sodalício.

9. Novo interrogatório - Violação aos artigos 196 e 616 do Código de Processo Penal.

Como se sabe, no julgamento das apelações criminais, o Código de Processo Penal prevê, no artigo 616, a possibilidade de novo interrogatório do réu, de reinquirição de testemunhas e de realização de outras diligências.

Esta Corte Superior de Justiça consolidou o entendimento de que o Tribunal, diante do conjunto probatório já produzido, tem a *faculdade* de determinar ou não a realização de novas diligências, sendo imprópria a implementação de nova instrução processual no segundo grau de jurisdição.

A propósito:

Penal e Processo Penal. Agravo regimental. Recurso especial. Atentado violento ao pudor contra vítima menos de 14 anos de idade. (...) Violação do art. 616 do CPP. Não ocorrência. (...)

(...)

4. De acordo com entendimento deste Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar o artigo 616 do Código de Processo Penal, há faculdade, e não obrigação, do tribunal de segundo grau determinar ou não o reinterrogatório do acusado ou a reinquirição da vítima ou de testemunhas, diante do conjunto probatório produzido.

(...)

6. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1.418.746/SC, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 26/05/2015, DJe 02/06/2015)

Com idêntica orientação, merece menção o seguinte precedente do Pretório Excelso:

Ementa: Penal e Processo Penal. *Habeas corpus*. Crime de roubo. CP, art. 157, § 2º, I e II. Requerimento de novo interrogatório e oitiva de nova testemunha em sede de apelação. Arguição de nulidade por descumprimento do art. 616, CPP. Cerceamento de defesa. Constrangimento ilegal não-configurado. Ordem denegada. (...) 2. *O interrogatório do acusado e a oitiva de testemunha no juízo de apelação, na forma do art. 616 do CPP, são diligências que se encartam no Poder do Tribunal, por isso que a rejeição das mesmas não enseja nulidade do julgamento quando o órgão a quo entende desnecessárias novas provas.* (Precedentes: RHC 91.405/SC, Rel. Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 24/10/2008); e HC 92.181/MG, Rel. Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 01/08/2008). (...) 6. *In casu*, verifica-se que o Tribunal de origem motivou adequadamente o indeferimento do pleito formulado pela defesa, que não logrou demonstrar o prejuízo a ela causado a justificar a anulação do julgado. 7. Parecer do *parquet* pela denegação da ordem. Ordem denegada.

(HC 100.487, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 11/10/2011, DJe-216 divulg 11-11-2011 public 14-11-2011 Ement vol-02625-01 pp-00014)

No caso dos autos, não se vislumbra qualquer ilegalidade na decisão impugnada pois, além de considerar desnecessário o novo interrogatório do recorrente para o esclarecimento dos fatos, o colegiado demonstrou que os argumentos utilizados pela defesa para justificar o refazimento do ato não são plausíveis, estando-se diante de mero inconformismo da parte com a negativa de sua pretensão de ser novamente ouvido sobre fatos a respeito dos quais já foi interrogado.

10. Desprezo às provas de inocência - Violação aos artigos 619 do Código de Processo Penal e 1.022 e 1.025 do Código de Processo Civil.

Da análise dos acórdãos impugnados, conclui-se que não há qualquer mácula a ser corrigida, uma vez que a Corte Federal apreciou cada um dos defeitos suscitados pela defesa, estando-se diante de mera irresignação com o resultado do julgamento, o que não dá ensejo à oposição dos aclaratórios e revela a inexistência de ofensa aos aludidos dispositivos legais.

11. Condenação fundada em declarações do corréu - Violação ao artigo 4º, § 16, da Lei n. 12.850/2013.

A defesa sustenta que a leitura do acórdão impugnado evidencia que o depoimento do corréu *Léo Pinheiro*, ex-Presidente da OAS, foi o argumento central do decreto condenatório, inexistindo qualquer outro elemento de prova, seja oral ou documental, que confirme o seu teor, em ofensa ao disposto no § 16 do artigo 4º da Lei n.12.850/2013.

Ocorre que a Corte Federal afastou a incidência do preceito legal, visto que não houve a celebração de acordo de colaboração, advertindo que o édito repressivo se encontra lastreado em outras provas, e salientando que, “de toda maneira, os seus depoimentos devem ser lidos com o mesmo cuidado, sendo indispensável o exame dos demais elementos de prova para que seja, ou não, dada credibilidade” (e-STJ fl. 72.894).

Verifica-se, assim, que a argumentação do recurso especial está dissociada das razões apresentadas pelo Tribunal de origem, que afirmou que as normas contidas na Lei n. 12.850/2013 não se aplicariam às declarações prestadas pelo corréu *José Adelmário Pinheiro Filho* por não haver celebrado acordo de delação premiada, fundamento esse que não foi impugnado pelo recorrente, que insistiu na tese de impossibilidade de condenação lastreada exclusivamente na palavra de corréu delator.

Dessa forma, sendo patente a deficiência na fundamentação do apelo nobre no ponto, mostra-se inviável a sua análise por este Sodalício, ante o óbice contido no enunciado 284 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, que prescreve que “é inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”.

Ademais, ao julgar o recurso de apelação, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região justificou a existência de provas suficientes de autoria e materialidade em desfavor do recorrente principalmente na prova documental, cujo conteúdo foi corroborado e confirmado pelos depoimentos dos demais acusados e pelas declarações das testemunhas de acusação e de defesa colhidos no curso da instrução processual.

Diante desse panorama fático-processual, é indubitoso que, para se afastar as conclusões a que chegaram as instâncias de origem, seria indispensável o revolvimento do conjunto probatório amealhado durante a instrução processual, o que não se admite em recurso especial, consoante o óbice contido no enunciado 7 da Súmula desta Corte Superior de Justiça.

12. Corrupção virtual e bis in idem - Violação aos artigos 317 do Código Penal e 1º da Lei n. 9.613/1998.

12.1. Corrupção passiva.

O crime de corrupção passiva se consuma com a solicitação ou o recebimento de vantagem indevida pelo agente em decorrência do cargo ou função, o que pode ocorrer antes ou depois da assunção desses últimos, dispensando-se, assim, a efetiva prática, retardo ou omissão de ato de ofício pelo corrupto, que, se verificada, configura causa de aumento de pena.

Esse entendimento foi firmado pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da APn n. 470/DF, no qual, a despeito das divergências de alguns dos integrantes do colegiado, assentou-se que, para a configuração do crime de corrupção passiva, não se exige a existência de um ato de ofício específico, bastando uma vinculação causal entre as vantagens indevidas e as atribuições formais do agente público.

Idêntica compreensão é retirada dos precedentes mais recentes do Pretório Excelso, inclusive nos casos relativos à Operação Lava Jato, a exemplo do Inq n. 4.506, relator p/ acórdão: Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 17/4/2018, do Inq n. 3.980, relator Min. Edson Fachin, Segunda Turma,

julgado em 6/3/2018; e do Inq n. 4.141, relator Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 12/12/2017.

Igualmente, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou-se em que o delito tipificado no artigo 317 do Estatuto Repressivo possui natureza formal, configurando-se ainda que não haja a indicação precisa do ato de ofício. Nesse sentido: RHC n. 48.400/RJ, rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 17/3/2015; e REsp n. 1.354.672/DF, rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 12/8/2014, DJe 25/8/2014.

Dispensa-se, ainda, que o agente detenha competência funcional específica para a prática do ato de ofício, consoante já decidido pelo Supremo Tribunal Federal no Inq n. 3.980, relator Min. Edson Fachin, Segunda Turma, julgado em 6/3/2018.

No caso dos autos, ao manter a condenação do recorrente pelo crime de corrupção passiva, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região consignou que “o tipo penal, *diversamente da prevaricação, dispensa a ocorrência de ato de ofício*, exigindo-se somente a solicitação/recebimento de vantagem indevida em decorrência do cargo ou função”, tratando-se de “crime formal que se concretiza com a *solicitação* ou o *recebimento* da benesse, de modo que a prática efetiva de ato de ofício não consubstancia elementar do tipo penal, mas somente causa de aumento de pena (§ 1º do art. 317, CP)” - e-STJ fl. 72.899.

Apontou que “a existência de desvio de valores da Petrobras, por meio de licitações fraudadas e contratações dirigidas, é fato inequívoco, inclusive em relação à destinação de parte dos valores para financiar o Partido dos Trabalhadores ou cobrir despesas anteriores”, sendo que a “atuação do apelante *Luiz Inácio Lula da Silva* decorreu do amplo apoio que deu para o funcionamento deste sistema ilícito de captação de recursos, com a interferência direta na nomeação de dirigentes da estatal, os quais deveriam obter recursos em favor dos partidos aliados e, mais especificamente, ao Partido dos Trabalhadores” (e-STJ fl. 72.913).

Verifica-se, portanto, que os fatos imputados ao recorrente e considerados devidamente comprovados pelas instâncias de origem não apenas se amoldam ao tipo do artigo 317 do Código Penal, como também se alinham à interpretação conferida à aludida norma penal incriminadora pelos Tribunais Superiores, o que afasta a ilegalidade aventada nas razões recursais.

Diante desse cenário fático-processual, afigura-se improcedente a tese em apreço, que, para ser reconhecida, demandaria a desconstituição das conclusões

exaradas pelo togado sentenciante e pela Corte Federal, procedimento que, como já afirmado, esbarra no óbice contido no enunciado 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

12.2. *Lavagem de dinheiro.*

Da leitura do acórdão recorrido, constata-se que, ao contrário do que sustentado nas razões recursais, o Tribunal Regional Federal não condenou o recorrente duas vezes pelos mesmos fatos, pois demonstrou, à saciedade, a autonomia entre os crimes de corrupção e de lavagem de dinheiro, indicando que as condutas de ocultação foram posteriores ou se estenderam após a consumação dos últimos atos configuradores do tipo do artigo 317 do Código Penal.

Com efeito, a instância de origem explicitou a ausência de relação de dependência ou de subordinação entre o crime de corrupção passiva e o de lavagem de dinheiro, frisando que esse último, além de cometido em contexto fático diverso, estendeu-se por considerável período de tempo após a prática do primeiro, o que afasta a incidência do princípio da consunção.

Nesse sentido colhe-se recente julgado desta Quinta Turma, em processo também oriundo da Operação Lava Jato:

Processo Penal. Agravo regimental da decisão que não conheceu do *habeas corpus*. Utilização. Sucedâneo de recurso próprio. Corrupção passiva. Lavagem de dinheiro. Consunção. Não configurada. Concurso formal. Revolvimento fático-probatório. Necessidade. Agravo regimental desprovido.

(...)

III - A consunção consiste em um dos princípios adotados para resolução do conflito aparente de normas, o qual, na dicção da Doutrina, tem aplicação nas seguintes hipóteses: "a) quando um crime é meio necessário ou normal fase de preparação ou de execução de outro crime; b) nos casos de antefato e pós-fato impuníveis" (GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Parte Geral. Vol. I. Impetus. Rio de Janeiro. 17ª ed. 2015. p. 78).

IV - No caso em mesa, a autonomia de cada delito foi devidamente fundamentada, de modo que, a partir do conjunto probatório produzido nos autos, restou afastada a possibilidade de absorção do delito de lavagem de dinheiro pelo crime de corrupção passiva.

V - Não há como se conceber que, a partir da valoração jurídica dos fatos e das provas produzidas, seja possível reconhecer a almejada consunção o entre os delitos, notadamente porque, conforme exaustivamente fundamentado pelas instâncias ordinárias, não foi o "mero recebimento indireto de valores" que

configurou o crime de lavagem de dinheiro, mas sim a entrega da propina “por meio de esquema criado especificamente para ocultar a origem dos valores”.

(...)

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AgRg no HC 450.501/PR, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 18/10/2018, DJe 23/10/2018)

Ademais, para modificar essa conclusão e reconhecer a almejada absorção entre os referidos ilícitos seria necessário reexaminar as provas já analisadas e valoradas pelo Juízo competente, o que não se admite em sede de recurso especial, por força do verbete 7 da Súmula deste Sodalício.

Com efeito, consoante entendimento afirmado em recente julgamento do Supremo Tribunal Federal, “a higidez normativa do concurso de infrações entre os crimes de corrupção passiva e lavagem de bens desafia a avaliação particular de um determinado caso concreto, notadamente, à luz das provas produzidas, acerca da autonomia fenomênica das condutas objeto de apuração em Juízo”, sendo indispensável, pois, “a avaliação detida do desenrolar da ação tida como delituosa para o fim de se aferir se a conduta concretamente considerada desborda, ou não, do juízo de reprovabilidade estabelecido pelo legislador na cominação de sanção penal ao crime antecedente” (HC 165.036/PR, Relator Ministro *Edson Fachin*, Segunda Turma, julgado em 9/4/2019).

Igualmente, não há que se falar na dispensa, pela Corte Federal, da comprovação da origem ilícita dos valores empregados para beneficiar o recorrente, pois, a par de haver atestado expressamente que decorreram de desvios de recursos públicos no âmbito da *Petrobras*, sabe-se que dinheiro é um bem fungível, de modo que não se pode exigir a existência de provas de que as benesses por ele recebidas teriam sido custeadas com verbas oriundas *diretamente* dos cofres da estatal.

Finalmente, a ausência de transferência da propriedade do imóvel ou mesmo da assunção de sua posse pelo recorrente, antes de afastar a configuração do tipo do artigo 1º da Lei n. 9.613/1998, comprova a sua ocorrência, pois atesta a intenção de ocultar o seu real destinatário, conforme consignado pelas instâncias de origem.

Verifica-se, assim, que, sob o pretexto de haver violação a dispositivo de lei, o recorrente busca o revolvimento dos fatos e das provas já sopesados tanto no édito repressivo quanto no acórdão que o manteve para que seja absolvido

do delito de lavagem de dinheiro, o que não dá ensejo à interposição de recurso especial, nos termos do enunciado 7 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.

13. Dosimetria da pena - Violação aos artigos 59 e 60 do Código Penal.

1.13.1. Pena-Base.

Ao dosar a reprimenda em relação ao delito de corrupção passiva, o Tribunal de origem valorou negativamente os vetores da culpabilidade, dos motivos, das circunstâncias e das consequências do crime e, em razão disso, fixou a pena-base em 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

A culpabilidade, entendida como o juízo de reprovabilidade da conduta, foi elevada. Isso porque, o delito foi perpetrado em um sofisticado esquema de fraude, envolvendo enorme soma em dinheiro. O próprio exercício do cargo de Presidente da República para manter a perpetuação do ilícito já caracteriza maior reprovação na conduta praticada, como já decidiu esta Corte Superior:

Agravo regimental no *habeas corpus*. Fraude à licitação e desvio de verbas públicas. Reconhecimento de *bis in idem* ou aplicação dos princípios da especialidade ou da consunção entre esses crimes. Inviabilidade. Condutas diversas e delitos distintos e autônomos. Impossibilidade de reexame fático-probatório. Dosimetria. Pena-base. Exasperação com base na liderança exercida pelo agravante. Fundamentação idônea para o incremento. Somatório das penas de reclusão e de detenção para o estabelecimento do regime prisional e para o exame dos requisitos para a substituição das penas. Possibilidade. Ilegalidade não configurada. Agravo regimental improvido.

[...]

5. No caso, as penas-base foram exasperadas em virtude da liderança exercida pelo agravante, atuando como Chefe do Poder Executivo local, com efetivo controle sobre todas as ações do grupo criminoso, circunstâncias que denotam culpabilidade mais intensa e não elementares dos delitos, revelando-se idôneo e proporcional os incrementos realizados. Precedentes em hipóteses análogas.

[...] (AgRg no HC 448.057/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 06/12/2018, DJe 18/12/2018)

Os motivos, de igual sorte, transcendem os naturais ao tipo. Isso porque o intuito não foi o de simplesmente aferir proveito financeiro. O mote também está no desiderato de perpetuação no poder, decorrente da angariação de vastos fundos ao partido político, para financiar projetos que garantiriam

posição privilegiada seja no Poder Executivo ou no Legislativo. Com acerto a Corte de origem ao afirmar que as ações praticadas colocam em xeque a “própria estabilidade democrática em razão de um sistema eleitoral severamente comprometido” (e-STJ fl. 73.061).

As circunstâncias em que cometido o delito também devem ser sopesadas em desfavor do réu. Não há dúvida que a sofisticação do meio empregado e a duração da empreitada criminosa são anormais ao tipo. Como consignou a Corte de origem, “o sofisticado esquema de fraude a licitações da Petrobrás, perpetrados por empresas que agiam de modo cartelizado, escolhendo obras em detrimento do processo licitatório, na forma de ‘clube’, com o pagamento de propinas a vários diretores e gerentes da estatal petrolífera, além de recursos carreados a partidos políticos e agentes políticos” (e-STJ 73.061). Tais elementos são idôneos à majoração da reprimenda no que toca ao vetor em análise.

As consequências do delito também devem pesar negativamente. Com efeito, trata-se de crime que envolveu uma quantia exorbitante, de dezesseis milhões, em prejuízo à *Petrobras*. Tal valor justifica a negatização da vetorial e consequente acréscimo de pena na fase do artigo 59 do Código Penal.

A propósito:

Recurso especial. Processual Penal. Princípio da correlação. Ofensa. Inexistência. Penal. Evasão de divisas. Art. 22, parágrafo único, da Lei n. 7.492/1986. Criação de disponibilidade de divisas no exterior. Verificação. Inviabilidade. Matéria fático-probatória. Súmula 7/STJ. Circunstâncias e consequências do crime. Negatização. Fundamentação idônea. Crime continuado. *Bis in idem*. Ausência. Confissão espontânea. Aplicação. Descabimento.

[...]

4. O elevado montante das divisas objeto da evasão, cerca de R\$ 1.609.207,77 (um milhão, seiscentos e nove mil, duzentos e sete reais e setenta e sete centavos), em valores de 1997, justifica o desvalor atribuído às consequências do crime, não se podendo dizer que seria elemento *ínsito* ao tipo penal.

[...] (REsp 1.511.068/PR, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 16/06/2015, DJe 29/06/2015)

Embora reconhecidas as vetoriais negativas, a pena fixada na fase do artigo 59 do Código Penal merece reparo.

O Magistrado de primeiro grau havia fixado a pena-base do crime de corrupção passiva em 5 (cinco) anos de reclusão, ou seja, majorando em 3 (três) anos além do mínimo legalmente previsto, que é de 2 (dois) anos.

A Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, contudo, exasperou tal reprimenda muito mais, aumentando a basilar para 7 (*sete*) anos e 6 (*seis*) meses de reclusão, ou seja, elevando-a em 375% (trezentos e setenta e cinco por cento), totalizando quase o quádruplo da pena mínima cominada.

Para justificar o *quantum* da reprimenda, ressaltou o Relator que “se, até o presente julgamento, para praticamente nenhum dos condenados a pena foi fixada sequer em seu grau médio (no caso, 7 anos), tenho que no presente caso esse limite deve ser no mínimo atingido” (e-STJ fl. 73.061).

Ora, sabe-se que o processo de individualização da pena é o momento para que o juízo avenge todas as circunstâncias, causas e efeitos do ato criminoso e das condições pessoais de seu autor, para que a repreensão pelo delito praticado seja justa à conduta exercida.

Trata-se de árdua tarefa atribuída ao magistrado da causa, que, há muito, é notada e ressaltada pela doutrina especializada, como, *v.g.*, fê-lo o saudoso professor Aníbal Bruno, em sua memorável obra intitulada “Das Penas”, quando, logo ao abrir o trabalho, antecipou distinta inquietação provocada pelo tema, asseverando que “a pena é o mais complexo e tormentoso problema que o Direito Penal nos pode oferecer” (Das Penas. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p. 9).

Mais adiante, ao abordar pontualmente o trabalho técnico-jurídico de aplicação da pena, salientando, mais uma vez, a penosa missão do juiz de determiná-la em quantidade apropriada ao caso concreto, o ilustre professor assentou a seguinte lição:

O que se tem de julgar é o fato produzido pelo agente – propriamente o fato e o agente, não a abstração definida na lei.

E é a própria lei que orienta o julgador no sentido de extrair o crime real, com seu significado jurídico-social e humano, do acontecer realizado pelo réu.

[...]

O próprio Direito impõe um limite a esse arbítrio, fixando para o juiz o dever de fundamentar a sua sentença (art. 42 do Código Penal), exigência continuamente apoiada pela nossa melhor jurisprudência. Se a pena é fixada acima do mínimo, a ausência de justificação invalida a sentença (*Op. cit.*, p. 93)

Fixadas essas premissas, torna-se evidente a inadequação dos fundamentos apresentados pelo Tribunal *a quo* para justificar o incremento penal para o agravante, máxime porque, quando o fixou, tomou por base tão somente as reprimendas cominadas a outros réus condenados.

Não se pode agravar a pena do agente pelo fato de que a outros acusados, em processos distintos, foi fixada esta ou aquela reprimenda. Pouco importa se, em relação a outras pessoas, a pena for superior ou inferior a 7 (sete) anos. O que se está a julgar é a adequação da pena-base do recorrente e, assim, esta fixação não pode ser influenciada com base em elementos externos, principalmente na situação de outros envolvidos.

Sobre o assunto, Guilherme de Souza Nucci leciona que “mensurar a pena-base, de maneira particularizada, a cada acusado, é a meta fundamental do magistrado, na sentença condenatória”, mecanismo que deve “erguer-se em bases sólidas e lógicas, buscando a harmonia do sistema, mas sem implicar em singelos cálculos matemáticos”, não se tratando de “mera soma de pontos ou frações, como se cada elemento fosse rígido e inflexível” (Código Penal Comentado. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 491).

O mencionado autor prossegue, explicando que “há de se adotar um sistema de pesos, redundando em pontos para o fim de nortear o juiz na escolha do montante da pena-base”, e, “baseando-se nos pesos dos elementos do art. 59 do Código Penal, deve o julgador pender para maior quantidade de pena ou seguir para a fixação próxima ao mínimo” (*Op. cit.*, p. 491).

Desse modo, e em observância ao dever de motivação previsto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, a autoridade judicial deve fundamentar concretamente o aumento da sanção, observando, para tanto, *os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da necessidade de suficiência à reprovação e à prevenção do crime, considerando as suas especificidades e as condições pessoais do agente.*

A propósito, ensina Cezar Roberto Bittencourt que “a individualização da pena - uma conquista do Iluminismo - ganhou assento constitucional (arts. 5º, XLVI, da CF), assegurando uma das chamadas garantias criminais repressivas, e, como tal, exige absoluta e completa fundamentação judicial” (Tratado de Direito Penal, Parte Geral, 24ª ed., Saraiva, 2018, p. 834).

Portanto, com base nas premissas acima alinhavadas, imprescindível se torna o redimensionamento da reprimenda, o que se passa a realizar na seqüência.

Consideradas a expressão e a substância dos fundamentos destacados pela instância ordinária para reprovar as quatro circunstâncias judiciais valoradas negativamente – culpabilidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime – para o crime de corrupção passiva, tem-se como

adequado e suficiente, no caso concreto, a exasperação de 9 (nove) meses para cada vetorial, perfazendo, assim, a pena-base de 5 (cinco) anos de reclusão.

No segundo estágio dosimétrico, reconhecida a incidência da circunstância atenuante disposta no art. 65, I, do Código Penal, dado o fato do réu, à época da sentença, contar com mais de 70 (setenta) anos de idade, há de ser mantida a redução determinada pelo Tribunal de origem, na proporção de 1/6 (um sexto), tendo em conta a preclusão formada a partir da ausência de irresignação recursal das partes – defesa e acusação – quanto ao tema. Assim, operado o pertinente cálculo, obtém-se a pena provisória de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, haja vista a inexistência de outras circunstâncias atenuantes ou agravantes a serem consideradas nesta fase da dosimetria penal.

Finalmente, imperioso fazer incidir à hipótese a causa de aumento do § 1º do art. 317 do CP, na razão de 1/3 (um terço), como realizado pela instância ordinária, o que resultará a reprimenda de 5 (cinco) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, *a qual passa a ser definitiva* para o crime de corrupção passiva, uma vez que ausentes outras causas de diminuição ou aumento de pena.

Do mesmo modo, verifica-se a necessidade de revisão da pena cominada ao crime de lavagem de capitais, para ajustá-la à gravidade concreta da infração penal, sem perder de vista a variação das penas abstratamente previstas no preceito secundário do tipo penal violado.

Apesar de justificada a negatificação da culpabilidade do agente, o desvalor atribuído às vetoriais circunstâncias e consequências do crime envolveu ora aspectos ínsitos ao próprio tipo penal violado ora elementos vagos ou genéricos, que não se fazem suficientes para amparar a elevação da reprimenda no primeiro estágio dosimétrico.

É o que se extrai do voto condutor do julgado recorrido, confira-se:

4.1.3. Para o crime de lavagem de dinheiro, a Lei n. 9.613/98 estabelece pena que varia entre 3 (três) e 10 (dez) anos de reclusão e multa.

Reporto-me aqui, no que coincidente, aos fundamentos para a majoração da pena-base para o crime de corrupção. Postula o Ministério Público Federal a majoração da pena-base pela negatificação das circunstâncias e consequências. Dentre as razões, porque os envolvidos se utilizaram de vários estratagemas para branqueamento, em um esquema de lavagem que perdurou por anos.

O juízo de primeiro grau já considerou a elevada culpabilidade do réu, no que não merece reparos a sentença pelos fundamentos lá expressos.

De fato, trata-se, o réu, de ex-Presidente da República que recebeu valores em decorrência da função que exercia e do esquema de corrupção que se instaurou

durante o exercício do mandato, com o qual se tornara tolerante e beneficiário. É de lembrar que a eleição de um mandatário, em particular o Presidente da República, traz consigo a esperança de uma população em um melhor projeto de vida.

Portanto, merece provimento o recurso ministerial para considerar como negativas, além da culpabilidade, as circunstâncias e as conseqüências do delito, majorando a pena-base para 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Com efeito, a valoração negativa da culpabilidade encontra sustentação em motivos idôneos, à medida em que a relevância do cargo ocupado pelo agravante induz maior grau de reprovabilidade à conduta, voltada ao branqueamento do dinheiro obtido mediante a prática do crime de corrupção passiva no contexto das atividades próprias da Presidência da República.

Por outro lado, no que se refere às circunstâncias do crime, inevitável observar que os mecanismos referidos pelo Tribunal de origem para negativá-las soam inerentes ao crime de lavagem de capitais, para os quais o mote principal do agente ativo sempre será o intuito de ocultar a origem e propriedade dos recursos auferidos com a prática de infrações penais precedentes.

Já com relação às conseqüências do delito, inevitável observar que nenhum motivo concreto foi apresentado para justificar a reprovação dessa circunstância judicial.

Por essas razões, mais do que desproporcional, o aumento imposto ao primeiro estágio da dosimetria penal, para o crime de lavagem de dinheiro, mostra-se imotivado.

O intervalo do preceito secundário do artigo 1º da Lei n. 9.613/1998 é de *3 a 10 anos de reclusão*, razão pela qual a presença de apenas uma vetorial negativa não justifica manter o acréscimo da pena em *1 (um) ano e 6 (seis) meses*.

Nesse particular, devidamente contemplado o elevado grau do juízo de desvalor demandado pela única circunstância judicial efetivamente reprovada – culpabilidade do agente –, conclui-se pela adequação do restabelecimento da pena-base estabelecida ainda no primeiro grau de jurisdição, isto é, de 4 (quatro) anos de reclusão.

Na segunda fase da dosimetria, assim como realizado para o crime de corrupção passiva, imperioso aplicar a atenuante do art. 65, I, do CP, também na proporção de 1/6 (um sexto), o que conduz à pena provisória de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, *a qual se tem como definitiva*, pois, para o crime

do art. 1º da Lei 9.613/1998, não ocorrem outras circunstâncias atenuantes ou agravantes nem causas de diminuição ou aumento de pena.

E considerando que os ilícitos foram praticados em concurso material, as sanções corporais impostas ao recorrente, somadas, totalizam 8 (*oito*) anos, 10 (*dez*) meses e 20 (*vinte*) dias de reclusão.

13.2. *Pena de multa.*

Quanto à pena de multa, o Tribunal *a quo*, considerando as condições econômicas do réu, que apenas no ano de 2016 declarou ter recebido cerca de R\$ 952.814,00 (novecentos e cinquenta e dois mil, oitocentos e catorze reais) em lucros e dividendos da LILS Palestras, fixou a sanção pecuniária para o crime de corrupção passiva em 230 (duzentos e trinta) dias-multa e, no tocante à lavagem de dinheiro, em 50 (cinquenta) dias-multa, proporcionalmente às penas reclusivas, que foram estabelecidas acima do mínimo legal, “ao valor unitário de cinco salários mínimos, vigentes ao tempo do último ato criminoso (06/2014), como o fez o magistrado singular, atendendo ao disposto no art. 60 do Código Penal” (e-STJ fls. 73.063/73.064).

Contudo, levando-se em consideração a redução impressa à pena privativa de liberdade cominada ao réu, no caso concreto, surge a necessidade de readequação das penas de multa para ajustá-las aos princípios da proporcionalidade e da suficiente reprovação e prevenção do fato delitivo. Para tanto, necessário ressaltar que no cálculo respectivo serão considerados os aspectos individualizados da dosimetria penal já concretizada, em especial o grau de reprovação sobre cada vetorial valorada negativamente, a circunstância atenuante reconhecida e aplicada e, quando couber, a causa de aumento de pena incidente à hipótese. Também deverá receber o merecido destaque a condição econômica do réu, conforme ficou delineada pelo Tribunal de origem no acórdão recorrido.

Com relação ao crime de corrupção passiva, inevitável observar, em primeiro plano, o juízo de desvalor lançado sobre quatro das oito circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, o qual expressa com precisão singular a gravidade concreta do fato delitivo. Incide, ao caso, como já frisado alhures, a circunstância atenuante do art. 65, I, do CP, mas, por outro lado, a causa de aumento do § 1º do art. 317 do mesmo diploma legal.

Consideradas todas essas particularidades e, ainda, o *quantum* de pena corporal fixado definitivamente para a infração penal ora em destaque, próximo

do termo médio previsto no preceito secundário do tipo penal violado, considera-se justo e adequado fixar a pena pecuniária no patamar de 35 (trinta e cinco) dias-multa.

Por sua vez, para o delito de lavagem de capitais, tendo-se em conta os critérios já mencionados – bem como a ligeira distinção, em termos penais-dosimétricos, ao crime de corrupção passiva –, conclui-se, do mesmo modo, que a expressão econômica da multa deve ser reduzida para 15 (quinze) dias-multa, que melhor se amolda ao caso concreto.

Por fim, no tocante ao valor de cada dia-multa, estabelecido por ambas as instâncias ordinárias em 5 (cinco) salários mínimos vigentes à época do último ato delitivo praticado pelo réu (junho/2014), tem-se que a respectiva base de fundamentação foi construída a partir de sólida análise da situação econômica do réu, o que, além de refletir convicção formada pelo exame de elementos fático-probatórios extraídos dos autos, coaduna-se com o critério legal do art. 60, *caput*, do CP. Por esses motivos e, também, por conta do óbice enunciado pela Súmula 7/STJ, afigura-se inevitável preservá-lo inalterado.

Nesses termos, observada a regra disposta no art. 69 do CP, soma-se as penas pecuniárias para se alcançar, então, o total de 50 (cinquenta) dias-multa, ao fator de 5 (cinco) salários mínimos vigentes à época do último ato delitivo praticado pelo réu (junho/2014).

14. Prescrição - Violação ao artigo 115 do Código Penal.

Quanto à violação do artigo 115 do Código Penal, o recorrente entende que o acórdão impugnado afastou a extinção da punibilidade do acusado com base em retóricas, alegando que os fatos teriam sido praticados em 2009, ocasião em que a OAS, ao assumir as obras do Condomínio Solaris, teria reservado, de forma espúria, o apartamento em favor do recorrente.

A Corte de apelação, entretanto, destacou que o marco para o cômputo da prescrição não deve ser a data de assinatura de cada um dos contratos, mas naquele momento em que o réu teria perdido a capacidade de nomear ou de manter agentes públicos que cumpriam os objetivos criminosos (e-STJ fl. 73.074), que ocorreu até o final de 2014, momento coincidente com a finalização das reformas do triplex (e-SJ fl. 73.075).

Destacou, ainda, que, em relação à lavagem de dinheiro, “a questão é mais singela”, visto que “a solução jurídica para o pagamento da diferença de preço

somente começou a tomar forma em 2013 e em meados de 2014, quando João Vaccari Neto autorizou a compensação” (e-STJ fl. 73.077).

Das passagens acima reproduzidas, infere-se que as razões recursais estão dissociadas dos fundamentos apresentados pelo Tribunal de origem para rechaçar a ocorrência da prescrição, valendo destacar que a defesa se limitou a afirmar que a corrupção passiva se consumou nos anos de 2003 e 2004, tese que nem sequer foi alvo de deliberação no aresto objurgado, e que a lavagem de dinheiro teria ocorrido em 28.10.2009, sendo patente, portanto, a deficiência nas razões do apelo nobre, o que atrai a incidência do óbice contido no verbete 284 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

Além disso, ao não impugnar todos os motivos aduzidos pela instância de origem para afastar a prescrição da pretensão punitiva estatal, o recorrente deu ensejo à aplicação analógica do enunciado 283 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

15. Reparação mínima dos danos - Violação ao artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal.

De acordo com as razões recursais, o acórdão impugnado manteve o valor devido a título de reparação dos danos em R\$ 16.000.000,00 (dezesesseis milhões de reais) com base exclusivamente na palavra do corréu delator *José Adelmário*, sem que fosse realizada qualquer prova pericial para comprová-la.

Na espécie, não há evidências de que o recorrente tenha se beneficiado com a totalidade dos recursos desviados, ficando comprovado apenas que recebeu um apartamento triplex, com reformas e mobiliário, totalizando R\$ 2.424.991,00 (*dois milhões, quatrocentos e vinte e quatro mil, novecentos e noventa e um reais*), valor que, conseqüentemente, deve ser fixado a título de mínimo indenizatório.

Portanto, ainda que o ato de ofício praticado pelo réu, consistente na manutenção dos diretores da *Petrobras*, possa ter acarretado o prejuízo de R\$ 16.000.000,00 (dezesesseis milhões de reais), esta quantia, por não se destinar especificamente ao réu, mas ao Partido dos Trabalhadores, e não corresponder à conduta que lhe foi atribuída no processo, não pode ser por ele integralmente arcada a título de indenização mínima pelos danos causados.

Em arremate, vale frisar que, apesar de o valor de R\$ 2.424.991,00 (*dois milhões, quatrocentos e vinte e quatro mil, novecentos e noventa e um reais*) haver

sido calculado com base na vantagem indevida comprovadamente recebida pelo acusado, com ela não se confunde, razão pela qual o confisco do apartamento triplex como produto do crime não repercute no cálculo da indenização.

16. Invasão da competência do juízo da execução - Violação aos artigos 33, § 4º, do Código Penal, 66, inciso III, da Lei de Execuções Penais e 7º, item 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Segundo as razões recursais, o acórdão impugnado, ao manter o condicionamento da progressão de regime à reparação dos danos, invadiu a competência do Juízo das Execuções Penais, tratando-se de determinação que, na prática, significa que o recorrente poderá ser mantido preso por suposta dívida civil.

A tese da defesa não pode prevalecer. Ora, a simples reprodução do conteúdo do § 4º do artigo 33 do Código Penal no édito repressivo e no acórdão impugnado não invade a competência do Juízo da execução, já que, tal como frisado pela Corte de origem, “a exigência legal de reparação do dano para fins de progressão de regime independe de determinação expressa na sentença condenatória” (e-STJ fl. 73.072), razão pela qual a sua menção expressa não pode ser acoimada de ilegal.

Com efeito, no momento oportuno caberá ao Juízo da Execução decidir sobre o cumprimento ou não dos requisitos necessários à progressão de regime, exatamente como ressaltado pela Corte de origem, que sublinhou que “competirá ao juízo da execução aferir a satisfação indenizatória como condição à progressão, podendo ele verificar, inclusive, se o sentenciado possui efetiva capacidade patrimonial de ressarcir o erário público”, além do “exame de outras matérias que lhe são íntimas, como o parcelamento, a substituição por garantias reais ou fidejussórias, a exemplo do que já ocorre nas prestações pecuniárias substitutivas” (e-STJ fl. 73.073).

Em arremate, é necessário registrar que o Supremo Tribunal Federal já declarou a constitucionalidade do § 4º do artigo 33 do Código Penal, não havendo que se falar, assim, em indevida prisão por dívida civil, até mesmo porque o não pagamento da quantia, quando devidamente justificado, não obstaculiza a progressão, o que só ocorre quando não há inadimplemento deliberado, tal como já decidido na EP 12 ProgReg-AgR, Relator Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 8/4/2015.

17. Execução provisória da pena - Violação ao artigo 283 do Código de Processo Penal.

O recorrente sustenta que a execução açodada da pena que lhe foi cominada contraria o artigo 283 do Código de Processo Penal, não obstante as recentes decisões judiciais em sentido contrário.

Como se sabe, a legalidade do cumprimento antecipado da sanção imposta ao réu já foi analisada tanto por esta Corte Superior de Justiça, no julgamento do HC n. 434.766/PR, quanto pelo Supremo Tribunal Federal, quando do exame do HC n. 152.752/PR.

Nesse julgamento, o Pretório Excelso salientou que “o implemento da execução provisória da pena atua como desdobramento natural da perfectibilização da condenação sedimentada na seara das instâncias ordinárias e do cabimento, em tese, tão somente de recursos despidos de automática eficácia suspensiva, sendo que, assim como ocorre na deflagração da execução definitiva, não se exige motivação particularizada ou de índole cautelar” (HC n. 152.752, Relator Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 4/4/2018, Processo Eletrônico DJe-127 divulg 26-06-2018 public 27-06-2018).

Assim, tratando-se de matéria já julgada pelos Tribunais Superiores, notadamente pelo Pretório Excelso, cujas decisões não podem ser revistas por esta Corte, observa-se que neste reclamo tem-se a simples reiteração de pedido, não tendo a defesa trazido qualquer fato ou argumento capazes de dar ensejo a nova análise do pleito em apreço, o que revela a inadmissibilidade da insurgência, no ponto.

18. Conclusão.

Ante o exposto, *dou parcial provimento* ao agravo regimental para reduzir a pena privativa de liberdade cominada ao recorrente para *8 (oito) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão*, além da pena de multa, fixando-a em *50 (cinquenta) dias-multa*, ao fator de 5 (cinco) salários mínimos vigentes à época do último ato delitivo praticado pelo réu (junho/2014), e o valor mínimo indenizatório, o qual fica estabelecido em *R\$ 2.424.991,00 (dois milhões, quatrocentos e vinte e quatro mil, novecentos e noventa e um reais)*, mantidos os demais critérios estabelecidos pela instância ordinária.

É como voto.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca: Trata-se de agravo regimental interposto por *Luiz Inácio Lula da Silva* contra decisão monocrática, da lavra do eminente Ministro Felix Fischer, que conheceu em parte do recurso especial e, nessa extensão, negou-lhe provimento.

Conforme narra o agravante, o recurso especial foi interposto com o objetivo de demonstrar as seguintes violações:

(i) Inobservância das regras de determinação de competência, inclusive de jurisprudência assentada pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema (INQ 4.130 QO), em razão da inexistência de conexão instrumental entre os fatos relativos ao apartamento triplex e os aludidos contratos da Petrobras mencionados na denúncia, violando os arts. 69, 70, 76, 7, e 78, caput e inciso II, "a", do CPP;

(ii) Ausência de imparcialidade do juiz sentenciante, por existência de interesse no desfecho processual e por possuir relação de inimidade capital com o Agravante, o que pode ser aferido a partir do exame subjetivo de sua imparcialidade, como também por meio de exame objetivo (aparência de imparcialidade), pois o magistrado não ofereceu à sociedade garantias de que o Agravante estava sendo processado por um juiz imparcial, em afronta aos arts. 254, I do CPP, e art. 145, IV, do CPC c/c art. 3º do CPP;

(iii) Atuação abusiva e despida da mínima isenção e impessoalidade dos Procuradores da República que atuaram no caso, afrontando os arts. 257 e 258 do CPP e art. 54.1, "a" do Estatuto de Roma;

(iv) Ausência de correlação entre a acusação e o acórdão condenatório, tendo o Agravante sido condenado por fatos distintos daqueles descritos na denúncia, maculando os arts. 383 e 384 do CPP;

(v) Cerceamento de defesa, materializado em reiterados indeferimentos de provas pertinentes e relevantes ao deslinde processual, fixação de prazos exíguos para a defesa e atos arbitrários praticados em audiências, em dissonância com os arts. 158, 231, 234, 400, § 1º, 402, e 619 do CPP e art. 7º, X, da Lei 8.906/94;

(vi) Condenação fundada decisivamente em depoimento incriminatório do corréu Léo Pinheiro (chamamento de corréu), desacompanhado de documentos comprobatórios, vilipendiando o art. 4º, § 16º, da Lei 12.850/13;

(vii) Atipicidade da conduta atribuída ao Agravante, vez que foi condenado por lhe ter sido "atribuído" ou "reservado" um imóvel, ação não tipificada no preceito primário do delito de corrupção passiva, havendo violação ao princípio da legalidade, afrontando os arts. 1º e 317 do CP;

(viii) Atipicidade da conduta atribuída Agravante sob outro enfoque, pois o acórdão deixou de indicar o ato de ofício hipoteticamente praticado por ele e

necessário à configuração do delito de corrupção passiva, conforme assentada jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal; ainda que se considere como ato de ofício a nomeação e manutenção de diretores da Petrobras, a conduta ainda seria atípica, pois as referidas ações não estão inseridas no rol de atribuições do Presidente da República, inexistindo nexos causal entre conduta e resultado, o que viola os arts. 29 e 317 do CP;

(ix) Atipicidade da conduta atribuída ao Agravante ainda sob outra ótica, por não se poder imputar o resultado (fraudes na Petrobras) à conduta de meramente encaminhar nome ao Conselho de Administração da Petrobras, de modo que não houve criação de risco não permitido, tampouco realização deste (inexistente) risco no resultado, conforme ensina a teoria da imputação objetiva, aviltando os arts. 13 e 317 do CP;

(x) Condenação lastreada em crime impossível, em razão de que a OAS Empreendimentos, apesar de ser a proprietária do imóvel, não detinha domínio sobre sua disponibilidade futura, uma vez que os direitos creditórios já haviam sido cedidos ao FGTS, o que afronta os arts. 17 e 317 CP;

(xi) Falta absoluta de provas para a condenação, infringindo os arts. 155 e 156 do CPP;

(xii) Não configuração do delito de lavagem de dinheiro, havendo *bis in idem* na condenação exarada pelo acórdão, pois, partindo-se da premissa de que o crime de corrupção se realizou, o recebimento da vantagem indevida de modo clandestino configuraria, quando muito, mero exaurimento do delito de corrupção, o que desrespeita o art. 1º da Lei 9.613/98;

(xiii) Subsidiariamente, incorreta dosimetria da pena, havendo *bis in idem* na fixação da pena base e determinação das circunstâncias judiciais, bem como aumento descabido de pena, pois o próprio acórdão não consegue indicar qual seria o ato de ofício específico praticado pelo Agravante; referida exasperação de pena é indevida, pois utilizada para evitar a prescrição da pretensão punitiva, o que deixa de observar os arts. 59 e 317, § 1º do CP;

(xiv) Inobservância dos parâmetros legais na aplicação da pena de multa, pois para sua fixação observou-se tão somente a renda declarada relativa ao ano de 2016, enquanto deveria ter em conta sua renda média, afrontando o art. 60 do CP;

(xv) Ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, vez que os supostos delitos de corrupção passiva e lavagem de dinheiro perpetrados pelo Agravante consumaram-se, respectivamente, entre os anos de 2003/2004 e 2009, infringindo os arts. 107, IV, 110 e 115 do Código Penal;

(xvi) Imposição de descabido valor a título de reparação de danos, violando o art. 387, IV do CPP;

(xvii) Invasão da competência do Juízo da Execução ante a determinação de que a progressão de regime ficaria condicionada à reparação do dano, permitindo

que o Agravante possa permanecer preso por dívida civil, o que viola o art. 66, III, "b" da Lei n. 7.210/1984 e o art. 7.7 da CADH.

A decisão agravada, no entanto, não acolheu os argumentos defensivos, com fundamentação substancial em "três teses, quais sejam: suposta incidência da Súmula n. 7/STJ, suposta incidência da Súmula n. 284/STF e, ainda, que o entendimento exarado pelo Tribunal *a quo* estaria em consonância com a jurisprudência pacífica das Cortes Superiores".

No agravo regimental, a defesa assevera, em preliminar, ser inadequado o julgamento monocrático do recurso especial, o que retirou do agravante "o direito de participação do julgamento, incluindo-se à realização de sustentação oral por sua Defesa Técnica".

Dessa forma, pugna, em um primeiro momento, pela reconsideração da decisão monocrática, para que o recurso seja pautado, com prévia intimação da defesa, para que possa realizar sustentação oral, "ante a relevância, complexidade e, acima de tudo, viabilidade do Recurso Especial".

Quanto ao mérito propriamente dito, afirma que, com relação à apontada violação dos arts. 69, 70, 76, 77 e 78, inciso II, alínea "a", do Código de Processo Penal, não há se falar em incidência do enunciado n. 284 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, uma vez que "os fundamentos levantados pela Defesa estão minuciosamente expostos no corpo do instrumento recursal".

Afirma, outrossim, que não se está infirmando a competência da 13ª Vara Federal de Curitiba para julgar os feitos relacionados à Operação Lava Jato, mas sim a ausência de demonstração concreta de que o feito se adequa aos parâmetros estabelecidos na Questão de Ordem no Inquérito n. 4.130/STF. Conclui, assim, que "os precedentes apontados pelo Ministro Relator (RHC 62.176, Rcl 17.623, AP 871, HC 302.604 e RHC 80.087) não dizem respeito à tese efetivamente trazida ao conhecimento desta Corte, pois tratam de acontecimentos relativos à origem da Operação Lava Jato".

Entende, ainda, que a violação ao art. 254, inciso I, do Código de Processo Penal e ao art. 145, inciso IV, do Código de Processo Civil c/c art. 3º do Código de Processo Penal não encontra óbice no verbete n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, porquanto a defesa pretende "o reconhecimento da parcialidade do julgador pela teoria objetiva da imparcialidade, que prescinde do vedado reexame de provas". Portanto, "não se deseja alterar as balizas fáticas assentadas pela Corte Regional, mas somente conferir nova consequência jurídica às balizas previamente fixadas".

Da mesma forma, com relação à atuação abusiva dos Procuradores da República, afirma que os fatos são incontroversos, motivo pelo qual, mais uma vez, não há se falar em óbice do enunciado n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, buscando-se, apenas a atribuição de nova consequência jurídica, com o reconhecimento da violação aos arts. 257 e 258 do CPP e art. 54.1, “a” do Estatuto de Roma.

Quanto à apontada ofensa aos arts. 383 e 384 do Código de Processo Penal, em virtude da ausência de correlação entre a denúncia e a condenação, assevera que a tese não atrai a aplicação do enunciado n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, porquanto o que se perquire é se “a alteração do verbo-nuclear do tipo penal de corrupção passiva, entre a denúncia e a condenação, viola a regra de congruência”.

Aduz, também, que a análise da violação ao art. 158 do Código de Processo Penal não demanda revolvimento de fatos e provas, pois, “embora possa o Juiz indeferir os requerimentos probatórios que julgar impertinentes, irrelevantes ou protelatórios, deve o mesmo apresentar razões para tanto, não bastando mera negativa injustificada”. Assim, entende que é obrigatória a produção probatória na hipótese dos autos, por se tratar de crime que deixa vestígios.

Quanto à apontada afronta ao art. 619 e 231 do Código de Processo Penal, assevera estar demonstrada a violação, sem necessidade de revolvimento de fatos e provas, porquanto, a seu ver, “os documentos supervenientes carreados aos autos impedem a formação de um juízo de culpabilidade sobre o Agravante, de forma que é devida a realização de um novo julgamento pela Corte Regional”.

Igualmente, aduz não encontrar óbice no enunciado n. 7 do verbete da Súmula desta Corte, a análise da violação ao art. 4º, § 16º, da Lei 12.850/2013, na medida em que, da leitura do acórdão recorrido, fica explícito que a condenação teve como elemento central o depoimento incriminatório de corréu, não sendo necessário, portanto, o revolvimento fático-probatório.

No que diz respeito à atipicidade da conduta imputada, assevera que os temas trazidos no recurso especial são eminentemente de direito, perquirindo-se sobre a existência de corrupção virtual, na modalidade receber, uma vez que a vantagem indevida não ingressou na posse ou propriedade do agente. Afirma, no mais, que é imprescindível a demonstração do ato de ofício determinado inserido no rol de atribuições do agente.

A defesa afirma, ainda, que o resultado não pode ser imputado ao agravante, uma vez que não basta a demonstração do nexos causal, sendo igualmente

necessário que “o resultado seja atribuível ao agente, como obra dele, conforme ensina a teoria da imputação objetiva”. Conclui, assim, que a conduta imputada “não consistiu na criação e realização de um risco não tolerado juridicamente, o que afasta a possibilidade de atribuição do resultado (fraudes na Petrobras) a ele, como obra sua. A condenação viola o art. 13, § 1º, do CP, por impossibilidade de imputação do resultado e o art. 317 do CP, por atipicidade da conduta”.

De mesma forma, afirma ser incontroverso que “somente se ‘quitado o preço’ perante uma conta específica da CEF é que a propriedade ou qualquer de seus atributos poderiam ser transferidos da OAS Empreendimentos para terceiros, o que jamais ocorreu. Ainda que se considerasse verdadeira a fantasiosa narrativa apresentada por Léo Pinheiro, no sentido de que o apartamento em questão seria simplesmente entregue ao Agravante sem pagamento algum, estar-se-ia diante de verdadeiro crime impossível. Assim, verifica-se a violação ao art. 17 do CP”.

Quanto à falta absoluta de provas para a condenação, assevera que “não há, de fato, uma única prova direta e insuspeita de que o ora Agravante a tenha recebido, aceito ou solicitado. Essa situação não demanda qualquer reexame de fatos, mas emerge da própria base empírica dos arestos recorridos”. Dessarte, conclui que não há controvérsia fática, mas mera necessidade de “conferir distinta qualificação jurídica aos elementos observados na base empírica dos acórdãos”, com o reconhecimento da violação do art. 156 do Código de Processo Penal.

Entende, ainda, que há *bis idem* na condenação pelo crime de lavagem, uma vez que a conduta imputada consiste “na atribuição do imóvel a ele, sem transferência de propriedade. Ou seja, o fato, incontroverso, de que nunca se transferiu a propriedade do imóvel ao Agravante é enxergado como conduta (de terceiros?) de ocultação do real proprietário do imóvel”. Dessarte, afirma que aferir se a imputação do crime de lavagem, na hipótese, é mero exaurimento do crime de corrupção não demanda revolvimento do acervo dos autos.

Quanto à dosimetria, afirma que a elevação da pena-base ocorreu de forma desproporcional, com base em fundamentação genérica e abstrata, com o único objetivo de evitar a prescrição. Entende, ademais, ser manifesta a ofensa ao § 1º do art. 317 do Código Penal, haja vista ter se afirmado que não se mostra necessária sua conduta ativa nos contratos, com elevação da pena, no entanto, com base em atos de ofício indeterminados. Conclui, portanto, que todas as premissas trazidas pelo acórdão recorrido foram impugnadas e que o exame, conforme proposto, não demanda revolvimento de fatos.

Aduz, outrossim, que o exame da violação do art. 60 do Código Penal não atrai o óbice do enunciado n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, porquanto se questiona se é possível aferir a capacidade econômica do agente com base apenas em rendimentos de um ano, em vez de se aferir sua renda média.

Igualmente, no que concerne ao pedido de reconhecimento da prescrição, afirma não ser necessário o revolvimento de fatos e provas. Elucida que o crime de corrupção passiva é formal e instantâneo, se consumando no momento em que “o agente pratica tais verbos, sendo irrelevante haver (ou não) o efetivo recebimento da vantagem, tampouco, em caso positivo, o momento do recebimento/pagamento”.

Nesse contexto, afirma que “a conduta em questão – causadora do aumento de pena – seria indicar e *manter* em seus cargos os diretores Renato Duque (diretoria de serviços) e Paulo Roberto Costa (diretoria de abastecimento), os quais assumiram tais cargos, respectivamente, em 2003 e 2004”. Assim, entende não ser possível considerar que a consumação perdurou até 2014, pois, além de não se tratar de crime permanente, tem-se que o agravante deixou de ser funcionário público em 31/12/2010 e os diretores deixaram a Petrobrás em 2012. Cuida-se, portanto, a seu ver, de matéria unicamente de direito.

Quanto à apontada ofensa ao art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, destacam que a controvérsia se refere unicamente ao parâmetro legal que deve ser utilizado para fixação do valor a título de reparação de danos, o que revela matéria unicamente de direito. Assevera que a conduta atribuída ao agravante se refere ao recebimento de apartamento reformado, “não existindo acusação pelo recebimento de valores destinados ao Partido dos Trabalhadores”. Dessarte, o valor não pode ultrapassar os limites da vantagem cujo recebimento lhe foi imputado.

No que diz respeito à invasão da competência do juízo das execuções, com violação do art. 66, inciso III, alínea “b”, da Lei n. 7.210/1984 e do art. 7º, item 7, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, afirma que o precedente do Supremo Tribunal Federal citado pelo relator “não foi julgado em sede de controle concentrado de constitucionalidade, tampouco havendo outros precedentes no mesmo sentido, de forma que se trata de jurisprudência isolada, desprovida da capacidade de infirmar, por si só, a relevante tese jurídica arguida por esta Defesa”.

Pugna, preliminarmente, pela inclusão do agravo regimental em pauta, com intimação da defesa com 5 dias de antecedência, possibilitando-se a

realização de sustentação oral, ante a relevância, complexidade e viabilidade do Recurso Especial e do Agravo Regimental respectivo.

No mérito, requer o provimento do recurso, para anular o acórdão recorrido ou absolver o recorrente, ou ainda para reconhecer a prescrição da pretensão punitiva. Subsidiariamente, pede o redimensionamento da pena privativa de liberdade e da pena de multa, bem como do valor fixado a título de reparação, afastando-se a indevida invasão da competência do juízo da execução penal.

Sobreveio aos autos Ofício do Supremo Tribunal Federal, solicitando informações para instruir o *Habeas Corpus* n. 165.973/PR, impetrado pelo ora agravante, as quais foram prestadas, encaminhando-se os autos ao Ministério Público Federal, para manifestação. O *Parquet* Federal se manifestou, às e-STJ fls. 76.891/76.969, pelo provimento do agravo regimental, para assegurar a participação da Defesa, com publicação de pauta, para o *juízo colegiado do Recurso Especial*.

Por fim, a defesa protocolizou três petições, suscitando, na petição juntada às e-STJ fls. 77.362/77.395, “matéria de ordem pública”, consistente na incompetência da Justiça Federal, em virtude do julgamento do Quarto Agravo Regimental no Inquérito n. 4.435/DF, pelo Supremo Tribunal Federal, no qual ficou assentado que, havendo conexão entre crime eleitoral e crime comum estadual ou federal, a competência será da Justiça Eleitoral.

Dessa forma, por considerar que o enquadramento jurídico da hipótese dos autos “aponta na direção da ocorrência de delitos contra a administração pública (corrupção passiva) e contra a administração da justiça (lavagem de capitais), como também de crimes eleitorais (falsidade ideológica eleitoral e/ou apropriação indébita eleitoral)”, pugna pela nulidade do processo, com a consequente remessa dos autos à Justiça Eleitoral.

O Ministério Público Federal se manifestou sobre o ponto, nos seguintes termos (e-STJ fls. 77.425):

Retorno de autos

“Vista” Despacho de e-fls. 77.422/ 77.423.

Petição de e-fls. 77.362/77.395. Sobre deslocamento de competência com declaração de nulidade de todos os atos praticados pelos órgãos judiciários, com a consequente remessa do processo à Justiça Eleitoral.

Sobre “deslocamento” de competência. Não hipótese de deslocamento de competência para Justiça Eleitoral.

Sobre prevalência de competência. Não existência de ação penal relativamente aos fatos narrados no REsp como matéria eleitoral, para justificar a prevalência de competência.

Ratificação do parecer para a petição de 18/3/2019. Fatos novos objeto de pedido para conversão de julgamento em diligência.

Pelo não deslocamento da competência para a Justiça Eleitoral. Não configurada hipótese a justificar prevalência de competência da Justiça Eleitoral.

Não usurpação de competência pelo STJ para firmar a permanência da Ação Penal na Justiça Federal.

Petição ora sob exame não prejudica as teses objeto das Razões recursais e da Petição para conversão do julgamento em diligência.

Pretensão em face da Decisão do STF no Quarto Agravo Regimental no Inquérito n. 4.435. Não publicação (pesquisa em 09/4/2019) do Votos do Quarto Agravo Regimental no Inquérito n. 4.435. Necessidade de aplicação da Lei n. 9.868/99 (art. 28, Parágrafo único e art. 27 (publicação e modulação de efeitos). Precedente do STF – RE n. 730.462, DJe 09/9/2015. Decisão do STF – no Inquérito (cit.) circunscrito aos envolvidos (DJe 25/3/2019).

Não utilizado o CPP – art. 40 até o momento para prevalência da Justiça Eleitoral.

Fatos novos na Petição de 18/3/2019 e síntese dos fatos pela Denúncia e pelo seu recebimento, relativamente à APn.

É o relatório.

De início, diante da juntada de petição, após a interposição do agravo regimental, pugnando pela nulidade do processo, por não observância da competência da Justiça Eleitoral, entendo que não é possível conhecer da alegação, por se tratar de indevida inovação recursal, sem observância do necessário prequestionamento. Acaso superado o conhecimento, *não reconheço a existência de conexão*, porquanto ausente imputação por crime eleitoral.

Com efeito, o peticionário traz para o processo matéria completamente inédita, que não revela sequer entendimento novo do Supremo Tribunal Federal, uma vez que a própria defesa afirma que se trata de “em nada está inovando no presente julgamento, pois limita-se a meramente reafirmar anterior diretriz jurisprudencial já prevalecente, pelo menos, desde outubro de 1996” (e-STJ fl. 77.376). Nesse contexto, a defesa poderia ter debatido a matéria perante as instâncias ordinárias, o que não ocorreu.

Dessa forma, entendo que não é possível sua análise, por meio de petição protocolizada após a interposição do agravo regimental, uma vez que é manifesta

a indevida inovação recursal bem como a ausência de prequestionamento da matéria. Como é cediço, “é vedado, em sede de agravo regimental ou embargos de declaração, ampliar a *quaestio* veiculada no recurso especial, inovando questões não suscitadas anteriormente” (AgRg no REsp 1.378.508/SP, Rel. Ministro *Felix Fischer*, *Quinta Turma*, julgado em 1/12/2016, DJe 7/12/2016).

Não se pode descurar, ademais, que é assente no Superior Tribunal de Justiça a necessidade de prequestionamento, *mesmo que se trate de matéria de ordem pública*. Com efeito, o prequestionamento “constitui requisito de admissibilidade da via, inclusive em se tratando de matérias de ordem pública, sob pena de incidir em indevida supressão de instância e violação da competência constitucionalmente definida para esta Corte”. (AgRg no HC 413.921/SC, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, *Quinta Turma*, julgado em 10/10/2017, DJe 18/10/2017).

De fato, “para que se configure o prequestionamento, há que se extrair do acórdão recorrido pronunciamento sobre as teses jurídicas em torno dos dispositivos legais tidos como violados, a fim de que se possa, na instância especial, abrir discussão sobre determinada questão de direito, definindo-se, por conseguinte, a correta interpretação da legislação federal”. (AgRg no AREsp 454.427/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, *Quarta Turma*, DJe 19/02/2015).

Portanto, não tendo o Tribunal de origem, nem o Juízo *a quo*, se manifestado sobre eventual competência da Justiça Eleitoral para julgamento do feito, incidem, por analogia, os verbetes n. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal, os quais disciplinam, respectivamente, ser “inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada” e que “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”.

No mesmo sentido:

Penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Apropriação indébita previdenciária. Dolo genérico. Desnecessidade de caracterizar o dolo específico. Súmula n. 83/STJ. Inovação recursal. Inadmissibilidade. Ausência de prequestionamento. Incidência das Súmulas n. 282/STF e 356/STF. 1. “Em crimes de sonegação fiscal e de apropriação indébita de contribuição previdenciária, este Superior Tribunal de Justiça pacificou a orientação no sentido de que sua comprovação prescinde de dolo específico sendo suficiente, para a sua caracterização, a presença do dolo genérico consistente na omissão voluntária do recolhimento, no prazo legal, dos valores devidos” (AgRg no AREsp 493.584/SP,

Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 2/6/2016, DJe 8/6/2016). 2. Incidência da Súmula n. 83/STJ, que também é aplicável aos recursos interpostos somente com base na alínea "a" do permissivo constitucional. 3. *Nos termos da jurisprudência deste Tribunal Superior, é defeso, em âmbito de agravo regimental, ampliar a questão veiculada nas razões do apelo nobre.* 4. *A alegação de que a pena pecuniária substitutiva foi fixada de forma exacerbada e desproporcional não foi objeto de debate pelo Tribunal de origem, sendo que nem sequer foram opostos embargos de declaração para esse fim. Incidência, portanto, das Súmulas 356 e 282/STF.* 5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 1.077.468/SP, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 27/06/2017, DJe 01/08/2017)

Agravo regimental no recurso especial. Dois recursos interpostos contra a mesma decisão. Princípio da unirrecorribilidade. Preclusão consumativa. Julgamento apenas do primeiro. Tráfico de drogas. Competência do juízo. Nulidade por cerceamento de defesa. Causa especial de diminuição da pena pelo tráfico privilegiado. Prequestionamento. Necessidade. 1. Hipótese em que a parte protocolou dois agravos regimentais contra a mesma decisão, situação que, ante o princípio da unirrecorribilidade recursal e da preclusão consumativa, impede a análise da segunda insurgência. **2. Inviável a análise, por este Sodalício, da alegada incompetência do Juízo, da existência de cerceamento de defesa e da diminuição da pena pelo tráfico privilegiado. Isso porque tais questões sob o enfoque apresentado pelo agravante não foram objeto de análise na instância de origem, incidindo o óbice previsto nas Súmulas n. 282 e 356, ambas do Supremo Tribunal Federal.** 3. **O questionamento das questões objeto de irrisignação é imprescindível para a análise do Recurso Especial, inclusive na hipótese de se tratar de matéria de ordem pública.** *Trafico de drogas. Materialidade comprovada. Necessidade de revolvimento de material fático-probatório. Impossibilidade. Incidência do Enunciado n. 7 da Súmula do STJ.* 1. O Tribunal local, após detida análise dos elementos colhidos no curso da instrução criminal, entendeu que o acervo probatório coligido nos autos é apto para fundamentar a condenação nos termos da exordial acusatória. 2. Segundo entendimento assente neste Sodalício, para se chegar a conclusão em sentido diverso, como pretendido na insurgência, é necessário uma nova incursão sobre as provas produzidas no decorrer da ação penal, o que é vedado na via eleita pelo Enunciado n. 7 da Súmula deste Corte. *Pena-base fixada acima do mínimo legal. Majoração. Fundamentação idônea.* 1. A ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não é uma operação aritmética, mas sim, um exercício de discricionariedade vinculada, devendo o magistrado eleger a sanção que melhor servirá para a prevenção e repressão do fato-crime praticado, exatamente como realizado na espécie. 2. Na hipótese em testilha, a reprimenda-base foi fixada acima do patamar mínimo legal, com fulcro em elementos concretos do crime, ou seja, a culpabilidade, os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime, além da quantidade e qualidade da droga apreendida (cocaína), a

denotar maior reprovabilidade da conduta imputada. 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 940.135/AC, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 04/09/2018, DJe 12/09/2018)

Ainda que assim não fosse, relevante destacar que o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Quarto Agravo Regimental no Inquérito n. 4.435/DF, foi no sentido de competir à Justiça Eleitoral julgar os crimes eleitorais e os comuns que lhes forem *conexos*. Contudo, na presente hipótese, não foi imputado ao recorrente *nenhum crime eleitoral*, motivo pelo qual não há se falar em conexão.

Oportuno destacar que o Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, ao analisar a liminar do *Habeas Corpus* n. 169.312/RN, em 26/3/2019, deixou de reconhecer a competência da Justiça Eleitoral, em virtude da ausência de imputação de crime eleitoral, situação idêntica à dos presentes autos.

Ademais, considerando que o processo se encontra no Superior Tribunal de Justiça, haja vista já ter sido proferida condenação, a qual foi confirmada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, nem ao menos há se falar em eventual *emendatio* ou *mutatio libelli* apta a ensejar a competência da Justiça Eleitoral.

Da mesma forma, acaso o recorrente venha a ser denunciado por crime eleitoral, igualmente não haveria se falar em conexão, porquanto “a conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado”, nos termos do entendimento consolidado no verbete n. 235 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

A propósito:

Processual Penal. Agravo regimental no conflito de competência. Ausência de manifestação dos juízos envolvidos. Inexistência de conflito. Súmula n. 235/STJ. Recurso desprovido. 1. Nos termos do art. 114 do Código de Processo Penal, a configuração do conflito de competência, positivo ou negativo, reclama a manifestação de duas ou mais autoridades judiciárias declarando-se competentes ou incompetentes para o julgamento do feito, situação que não ocorre na espécie. 2. Além disso, no momento em que suscitado, pela parte, o conflito, em uma das ações já havia sido proferida sentença, o que atrai a aplicação da Súmula n. 235/STJ: “A conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado”. 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no CC 123.867/RJ, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Terceira Seção, julgado em 11/04/2018, DJe 30/04/2018)

Relevante destacar que o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal não se refere à fixação de competência originária da Justiça Eleitoral,

mas sim por conexão, que é causa modificadora da competência. Como é cediço, as causas modificadoras da competência – conexão e continência – se apresentam com o objetivo de melhor esclarecer os fatos, auxiliando o juiz a formar seu livre convencimento motivado. Dessarte, só se justifica a alteração da competência originária quando devidamente demonstrada a possibilidade de alcançar os benefícios visados pelos referidos institutos.

A propósito, trago a lição de Aury Lopes Júnior sobre o tema:

Todas as regras anteriormente explicitadas podem ser profundamente alteradas ou mesmo negadas quando estivermos diante de conexão ou continência, verdadeiras causas modificadoras da competência e que tem como fundamento a necessidade de reunir os diversos delitos conexos ou os diferentes agentes num mesmo processo, para julgamento simultâneo. Na conexão, o interesse é evidentemente probatório, pois o vínculo estabelecido entre os delitos decorre da sua estreita ligação. Já na continência, o que se pretende é, diante de um mesmo fato praticado por duas ou mais pessoas, manter uma coerência na decisão, evitando o tratamento diferenciado que poderia ocorrer caso o processo fosse desmembrado e os agentes julgados em separado (LOPES JÚNIOR, A. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. I, p. 412).

Nesse contexto, por se tratar de causa modificadora da competência originária, evidente que o julgamento realizado pelo Juízo competente originariamente, sem eventual observância das regras de conexão não enseja, de forma peremptória, sua nulidade.

Não se pode descurar que a competência firmada por meio de regras de conexão é relativa. Dessa forma, imprescindível a prévia demonstração do efetivo prejuízo, para que seja reconhecida eventual nulidade por incompetência. *Mutatis mutandis*, nos termos do verbete n. 706 da súmula do Supremo Tribunal Federal, “é relativa a nulidade decorrente da inobservância da competência penal por prevenção”.

Ao ensejo:

Processual Penal. Recurso ordinário em habeas corpus. Operação “Lava-Jato”. Nulidade. Alegada incompetência da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR para processo e julgamento do feito. Inocorrência. Competência definida por conexão instrumental. Demonstrado o liame entre as primeiras ações e a ação penal na qual responde o ora recorrente. Não demonstração de prejuízo. Recurso ordinário desprovido. I - A alegada incompetência do Juízo Federal de origem, ao argumento de que o crime cometido em face da Petrobrás não atrairia a competência da Justiça Federal

por ser a empresa sociedade de economia mista, não pode ser reconhecida na hipótese, haja vista a inteligência do inciso V do art. 109 da Constituição Federal, bem como pela aplicação das regras de conexão e continência ao caso concreto, a atrair a competência para o julgamento da ação perante à 13ª Vara Federal de Curitiba/PR. II - Da análise dos autos, verifica-se que a extensa denúncia demonstra a existência de diversos crimes de competência da Justiça Federal e Estadual, que foram reunidos por conexão para análise do Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR, aplicando-se o entendimento expresso da Súmula n. 122/STJ, segundo a qual "Compete a Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, 'a', do Código de Processo Penal". III - Não obstante o entendimento firmado pelo col. Pretório Excelso na Questão de Ordem no Inquérito n. 4.130/PR, no sentido de que "O fato de a polícia judiciária ou o Ministério Público Federal denominarem de 'fases da operação Lava-jato' uma sequência de investigações sobre crimes diversos - ainda que sua gênese seja a obtenção de recursos escusos para a obtenção de vantagens pessoais e financiamento de partidos políticos ou candidaturas - não se sobrepõe as normas disciplinadoras de competência", no presente caso está suficientemente demonstrada a conexão a permitir a reunião dos processos, pela descrição do liame entre as primeiras ações e a ação penal na qual responde o ora recorrente pelos delitos de corrupção, lavagem e associação criminosa, constituindo a 13ª ação de uma sequência lógica de desdobramentos do feito na origem, desmembrado, este, em observância ao art. 80 do CPP. IV - *A jurisprudência é firme no sentido de que eventual nulidade por violação de regras que determinam reunião de processos por conexão e continência demanda impreterivelmente a comprovação de prejuízo por se tratar de nulidade relativa, o que não foi demonstrado (precedentes)*. Recurso ordinário desprovido. (RHC 62.385/PR, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 28/06/2016, DJe 05/08/2016).

Portanto, por qualquer viés que se analise a matéria, tem-se manifesta a ausência de nulidade bem como a ausência de competência da Justiça Eleitoral.

Quanto ao mérito do agravo regimental, registro que não há óbice ao julgamento monocrático do recurso especial, conforme autoriza o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, bem como o art. 932 do Código de Processo Civil. Com efeito, os temas decididos monocraticamente sempre podem ser levados ao colegiado, por meio do controle recursal, o qual está sendo efetivamente utilizado no caso dos autos, com a interposição do presente agravo regimental.

Nesse sentido:

Não há falar em ofensa ao princípio da colegialidade, já que a viabilidade do julgamento por decisão monocrática do relator se legitima quando se tratar de

pedido manifestamente intempestivo, incabível ou, improcedente ou, ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, súmula do respectivo Tribunal (art. 38 da Lei 8.038/1990). Ademais, eventual nulidade da decisão monocrática fica superada com a reapreciação do recurso pelo órgão colegiado, na via de agravo interno. (RHC 124.155 AgR, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 08/09/2015, DJe 22/9/2015).

Na hipótese dos autos, o eminente Ministro Relator proferiu decisão monocrática, reconhecendo a existência de óbices ao conhecimento de parte da irresignação e considerando que outra parte estaria em consonância com a jurisprudência pacífica das Cortes Superiores, situação inteiramente albergada pela legislação e pelo Regimento Interno.

Contudo, a meu ver, alguns temas trazidos pelo recorrente efetivamente demandariam a análise inaugural pelo colegiado da Quinta Turma, não se tratando, no meu entendimento, de questões pacíficas no Superior Tribunal de Justiça. Nada obstante, em atenção ao que ficou decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* n. 165.973/PR, considero que, embora recomendável o julgamento colegiado, foi observado o devido processo legal.

De fato, no referido *writ*, impetrado pelo ora agravante perante o Supremo Tribunal Federal, pugnou-se pela nulidade do julgamento monocrático do recurso especial. No entanto, o eminente Relator, Ministro Edson Fachin, negou seguimento à impetração, por não vislumbrar ilegalidade flagrante ou teratologia capaz de justificar a intervenção do Supremo Tribunal Federal.

Importante destacar, de pronto, que referida decisão, contra a qual está pendente o julgamento de agravo regimental, não prejudica o exame da preliminar apresentada no presente agravo regimental, pois o eminente Relator apenas não conheceu do *writ*, por razões processuais, e não vislumbrou ilegalidade gritante ou teratologia, considerando os regramentos regimental e processual existentes.

Nesse contexto, não há empecilho ao exame do Juízo natural, em sede de agravo interno, para que exerça sua função originária, no caso concreto, para dizer se há ou não possibilidade de julgamento terminativo monocrático em sede do recurso especial admitido pela Vice-Presidência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Não se pode desprezar, no entanto, o entendimento assentado no referido julgamento, no sentido de que, embora *a colegialidade seja “sempre desejável,*

recomendável ou mesmo necessária”, a decisão monocrática ora impugnada não afronta o devido processo legal, uma vez que “o proceder está regimentalmente autorizado e o recurso respectivo será colegiadamente apreciado”.

Assim, com a ressalva do meu ponto de vista, rejeito a preliminar de ofensa ao princípio da colegialidade.

Ademais, no que concerne ao pedido de realização de sustentação oral no julgamento do presente agravo, registro que o art. 159, inciso IV, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça dispõe que “não haverá sustentação oral no julgamento de: [...] agravo, [...]”.

No mesmo sentido:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Extorsão mediante sequestro. Pleito de sustentação oral. Interceptações telefônicas. Ofensa ao art. 619 do Código de Processo Penal. Inexistência. Alegada contrariedade à Lei n. 9.296/1986. Prejudicialidade. Reiteração de pedido deduzido no RHC 63.800/MG. Agravo não provido. 1. Nos termos do art. 159 do RISTJ, não cabe sustentação oral no julgamento do agravo regimental. 2. Para admissão do recurso especial com base no art. 619 do Código de Processo Penal, a omissão, ambiguidade, obscuridade ou contradição devem ser notórias, ou seja, imprescindíveis para o enfrentamento da questão nas Cortes superiores. No presente caso, não é o que se verifica, tratando-se, pois, de mero inconformismo da parte. Outrossim, ressalte-se que cabe ao julgador fundamentar todas as suas decisões, de modo a robustecê-las, bem como afastar qualquer dúvida quanto a motivação utilizada, nos termos do art. 93, IX da Constituição Federal de 1988, devendo ser considerada a conclusão lógico-sistemática adotada pelo *decisum*, como ocorre *in casu*. 3. O pedido exposto no agravo em recurso especial está prejudicado, tendo em vista que se trata de reiteração efetuada no RHC 63.800/MG, já processado e analisado por esta Corte. 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 1.135.492/MG, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 26/02/2019, DJe 06/03/2019)

No que concerne ao mérito do agravo regimental, registro que, conforme relatado, o recorrente sustenta a existência de inúmeras nulidades, relativas à incompetência do juízo, à imparcialidade do juiz, à falta de isenção do Ministério Público Federal e ao cerceamento de defesa. No mais, entende que a tipicidade dos delitos imputados não está devidamente delineada e que há equívoco na dosimetria e nos consectários da condenação.

Dividirei o voto em tópicos, referentes às violações apontadas pelo recorrente em seu recurso especial, para melhor análise dos temas.

1. Violação do art. 155 do CPP - Síntese de uma condenação injusta.

O recorrente entende que houve violação do art. 155 do Código de Processo Penal, em virtude de a Corte local ter afirmado que “o recorrente seria o ‘comandante’ ‘garantidor maior’ do suposto esquema de corrupção existente na Petrobras, olvidando-se que tal fato era, à época, apurado no âmbito do Supremo Tribunal Federal (Inq 4.325)”.

Afirma, ainda, que “o próprio órgão acusador, a despeito de ter dedicado a maior parte da denúncia a narrar tal tese, esclareceu que esta não compunha a imputação deduzida, informação também ratificada pelo juízo de primeiro grau. Ou seja, para fins de condenação, lançou-se mão de fundamentos alheios ao *thema probandum*”.

Conclui, assim, que referido fato não poderia servir para lastrear uma condenação, porquanto alheio ao escopo da denúncia e não submetido a contraditório judicial, o que vulnera, a seu ver, o art. 155 do Código de Processo Penal. Contudo, da leitura do acórdão que julgou os embargos de declaração, verifico que o tema não foi previamente suscitado perante a Corte local.

Com efeito, considerando o recorrente que o Tribunal de origem violou o art. 155, *caput*, do Código de Processo Penal, durante o julgamento do recurso de apelação, deveria ter suscitado sua manifestação sobre o tema, por meio da oposição de embargos de declaração. Entretanto, embora efetivamente opostos os aclaratórios, o tema não foi suscitado.

Nesse contexto, não tendo a matéria sido previamente impugnada perante o Tribunal de origem, não se verifica o prequestionamento da tese jurídica, o que inviabiliza o conhecimento do recurso especial, no ponto.

Como é cediço, o prequestionamento “constitui requisito de admissibilidade da via, inclusive em se tratando de matérias de ordem pública, sob pena de incidir em indevida supressão de instância e violação da competência constitucionalmente definida para esta Corte”. (AgRg no HC 413.921/SC, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 10/10/2017, DJe 18/10/2017).

De fato, “para que se configure o prequestionamento, há que se extrair do acórdão recorrido pronunciamento sobre as teses jurídicas em torno dos dispositivos legais tidos como violados, a fim de que se possa, na instância especial, abrir discussão sobre determinada questão de direito, definindo-se, por conseguinte, a correta interpretação da legislação federal”. (AgRg no AREsp 454.427/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 19/02/2015).

Portanto, não tendo o Tribunal de origem sido instado a se manifestar sobre eventual ofensa ao art. 155, *caput*, do Código de Processo Penal, não é possível a análise inaugural pelo Superior Tribunal de Justiça. Incidem, na hipótese, por analogia, os verbetes n. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal, os quais disciplinam, respectivamente, ser “inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada” e que “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”.

No mesmo sentido:

Penal e Processo Penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Peculato. Inobservância do rito previsto no art. 514 do CPP. Delito funcional típico. Súmula 330/STJ. Nulidade relativa. Ausência de dolo na conduta e absolvição. Impossibilidade. Incidência da Súmula 7/STJ. Violação ao artigo 155 do CPP. Ausência de prequestionamento. Súmulas 282 e 356 do STF. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Arrependimento posterior. Aplicação. Impossibilidade. Arrependimento na fração máxima. Revolvimento. Impossibilidade. I - “Em relação à violação do art. 514 do CPP, a jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que é desnecessária a resposta preliminar de que trata o referido artigo, na ação penal instruída por inquérito policial. Inteligência da Súmula n. 330 do STJ (É desnecessária a resposta preliminar de que trata o artigo 514 do Código de Processo Penal, na ação penal instruída por inquérito policial)” (AgRg no REsp 1.708.255/RJ, Quinta Turma, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 19/02/2018). II - O pleito de verificação do dolo para condenação reclama incursão no material fático-probatório, procedimento vedado, a teor do enunciado n. 7 da Súmula desta Corte, já que para alcançar-se conclusões diversas daquelas às quais chegou o eg. Tribunal de origem, seria imprescindível reexaminar todo acervo probatório dos autos, pretensão que não se coaduna com a via eleita. III - A Corte estadual não se manifestou a respeito da pretensa violação ao artigo 155 do Código de Processo Penal. Também não houve oposição de embargos de declaração visando suprir eventual omissão no julgado. Destarte, ante a ausência de manifestação da eg. Corte a quo sobre o tópico, e não tendo esta suposta violação sido objeto dos embargos de declaração, não pode o Superior Tribunal de Justiça se pronunciar acerca do tema em razão da ausência de prequestionamento, atraindo a incidência dos enunciados n. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal. IV - “É pacífica a jurisprudência do princípio da insignificância ao crime de peculato e aos demais delitos contra Administração Pública, pois o bem jurídico tutelado pelo tipo penal incriminador é a moralidade administrativa, insuscetível de valoração econômica” (RHC n. 59.801/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 28/6/2016). V - Entender de modo contrário ao estabelecido pelo Tribunal a quo - no sentido de reconhecer a fração máxima do arrependimento posterior -, como

pretende o recorrente, demandaria, necessariamente, o revolvimento do suporte fático-probatório delineado nos autos, o que é inviável nesta instância. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 1.075.872/SC, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 15/03/2018, DJe 23/03/2018)

Penal e Processo Penal. Agravo regimental. Recurso especial. Ofensa ao art. 65, III, alínea 'd', do CP. Atenuante da confissão espontânea. (I) - Tese jurídica. Ausência de prequestionamento. Súmulas 282/STF e 356/STF. (II) - Em casos de julgamento pelo Tribunal do Júri, a ausência de debate sobre a atenuante, impede sua aplicação na dosimetria. Art. 492, I, b, do CPP. Súmula 568/STJ. Agravo regimental a que se nega provimento. Ilegalidades patentes. Ocorrência. Dosimetria. Circunstância judicial. Vítima que contribuiu. Atenuante da confissão espontânea. Incidência. Habeas corpus concedido de ofício. 1. É condição sine qua non ao conhecimento do especial que tenham sido ventiladas, no contexto do acórdão objurgado, as teses jurídicas da formulação recursal, emitindo-se, sobre cada uma delas, juízo de valor, interpretando-se-lhes o sentido e a compreensão, em atenção ao disposto no artigo 105, inciso III, da Constituição Federal, que exige o prequestionamento por meio da apreciação da questão federal pelo Tribunal a quo, de modo a se evitar a supressão de instância. Súmulas 282/STF e 356/STF. 2. Nos casos de julgamentos pelo Tribunal do Júri, o juiz só pode utilizar na dosimetria penal as agravantes e as atenuantes alegadas nos debates em plenário. Súmulas 568/STJ. 3. "De acordo com o entendimento desta Corte Superior, o comportamento da vítima é circunstância judicial que nunca será avaliada desfavoravelmente: ou será positiva, quando a vítima contribui para a prática do delito, ou será neutra, quando não há contribuição". (REsp 1.284.562/SE, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 05/05/2016, DJe 17/05/2016) 4. Constando na ata de julgamento do Tribunal do Júri que houve a confissão do recorrente, em plenário, mesmo que qualificada, deve incidir a atenuante da confissão espontânea. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. Habeas corpus concedido de ofício. (AgInt no REsp 1.633.663/MG, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 09/03/2017, DJe 16/03/2017)

Ainda que assim não fosse, imperativo que se tenha em consideração que o *caput* do art. 155 do Código de Processo Penal prevê que "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".

Dessa forma, para que se pudesse falar em eventual violação à norma em exame, mister que o recurso especial tivesse demonstrado que a condenação está lastreada *exclusivamente* em elementos não submetidos ao contraditório,

situação não apontada pela defesa, a qual se irressigna apenas com relação a parcela da fundamentação utilizada pelo Tribunal de origem.

A propósito:

Conforme o disposto no art. 155 do CPP, não se mostra admissível que a condenação do réu seja fundada exclusivamente em elementos de informação colhidos durante o inquérito e não submetidos ao crivo do contraditório e da ampla defesa, ressalvadas as provas cautelares e não repetíveis. *Contudo, mister se faz reconhecer que tais provas, em atendimento ao princípio da livre persuasão motivada do juiz, desde que corroboradas por elementos de convicção produzidos na fase judicial, podem ser valoradas na formação do juízo condenatório.* (AgInt no AREsp 784.107/DF, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 06/11/2018, DJe 14/11/2018)

No processo penal brasileiro, em consequência do sistema da persuasão racional, o juiz forma sua convicção “pela livre apreciação da prova” (art. 155 do CPP), o que o autoriza a, observadas as limitações processuais e éticas que informam o sistema de justiça criminal, decidir livremente a causa e todas as questões a ela relativas, mediante a devida e suficiente fundamentação, como verificado na espécie, em que a sentença condenatória e os acórdãos impugnados evidenciaram os motivos formadores de sua convicção. (AgRg no REsp 1.610.529/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 11/09/2018, DJe 17/09/2018)

Nesse contexto, nos termos do voto do Relator, tem-se que “o discurso retórico, sem o preciso apontamento da violação decorrente do julgado, não perfaz a imprescindível tecnicidade demandada pelos recursos excepcionais, fazendo incidir o óbice previsto na Súmula 284/STF, segundo a qual ‘é inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia’” (e-STJ fl. 76.704).

Como é de conhecimento, “a admissibilidade do recurso especial reclama a indicação clara dos dispositivos tidos por violados, além da exposição fundamentada das razões pelas quais o acórdão os teria afrontado, sendo insuficiente, para tal fim, a mera alegação genérica”. (AgRg no REsp 1.704.543/RO, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 03/05/2018, DJe 09/05/2018)

Nesse encadeamento de ideias, não conheço da alegada violação ao art. 155, *caput*, do Código de Processo Penal, quer por ausência de prequestionamento, quer pela deficiente fundamentação trazida no recurso especial, a atrair a incidência, por analogia, dos verbetes n. 282, 356 e 284, todos da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

2. Ofensa aos arts. 69, 70, 76, 77 e 78, do CPP - Juízo de exceção.

O recorrente entende que não foram observadas as regras de competência, pois, a seu ver, o processo deveria estar tramitando na Justiça “Estadual de São Paulo, onde se localiza a suposta vantagem; ou do Rio de Janeiro, sede da Petrobras; ou de Brasília, onde o recorrente exerceu as elevadas funções de Presidente da República; ou até no Supremo Tribunal Federal, onde apurada sua suposta participação em organização criminosa”.

Destaca que o Supremo Tribunal Federal, ao analisar Questão de ordem no Inquérito n. 4.130/PR, assentou que a competência do Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba, por conexão ou continência com feitos da Operação Lava Jato, diz respeito a *processos relativos a “fraudes e desvios de recursos no âmbito da Petrobras”*. Porém, a seu ver, não é o caso dos autos, não havendo conexão instrumental apta a atrair a competência do mencionado Juízo.

Assevera que “o fato indiscutível é que não há correlação entre os desvios praticados na Petrobras e o custeio da construção do edifício ou, ainda, das supostas reformas realizadas no tal tríplice – que, por sua vez, não têm qualquer relação jurídica com o recorrente ou ainda com as imputações julgadas improcedentes”. Conclui, assim, que “falta à causa, portanto, liame objetivo com os crimes imputados nas ações penais que firmaram a competência daquele juízo, ainda que se afirme que provas já colhidas em outros feitos tenham alguma utilidade neste”.

O Tribunal de origem, ao analisar a alegação de incompetência, transcreveu trecho da sentença condenatória, refutando referida preliminar, nos seguintes termos (e-STJ fls. 72.776/72.777):

157. A competência é da *Justiça Federal*.

158. Segundo a denúncia, vantagens indevidas acertadas em contratos da Petrobrás com o Grupo OAS teriam sido direcionadas ao Presidente Luiz Inácio Lula da Silva em razão de seu cargo.

159. Não importa que a Petrobrás seja sociedade de economia mista quando as propinas, segundo a acusação, *eram direcionadas a agente público federal*.

160. Fosse ainda Luiz Inácio Lula da Silva Presidente da República a competência seria do Egrégio Supremo Tribunal Federal.

161. Não mais ele exercendo o mandato, a competência passa a ser da Justiça Federal, pois, *como objeto da denúncia, tem-se corrupção de agente público federal*.

162. Por outro lado, o crime teria sido praticado, segundo a denúncia, *no âmbito do esquema criminoso que vitimou a Petrobrás, no qual contratos da*

Petrobrás com suas principais fornecedoras, como a Construtora OAS, geravam vantagem indevida que eram repartidos entre agentes da Petrobrás e agentes e partidos políticos.

163. O esquema criminoso também envolveria ajustes fraudulentos de licitações entre as fornecedoras da Petrobrás.

164. Há todo um contexto e que já foi reconhecido pelo Tribunal de Apelação e pelos Tribunais Superiores de que esses casos são conexos e demandam análise conjunta, por um mesmo Juízo, sob risco de dispersão da prova.

165. Ilustrativamente, o Egrégio Supremo Tribunal Federal tem sistematicamente enviado para este Juízo processos desmembrados ou provas colhidas relativas a este mesmo esquema criminoso. Para ficar em um só exemplo, cite-se a ação penal proposta contra o ex-Deputado Federal Eduardo Cosentino da Cunha no Inquérito 4.146 e que, após a cassação do mandato, foi remetida a este Juízo, onde tomou o n. 5051606- 23.2016.404.7000/PR.

166. Por outro lado, este Juízo tornou-se preventivo para estes casos pois *a investigação iniciou-se a partir de crime de lavagem de dinheiro consumado em Londrina/PR e que, supervenientemente, foi objeto da ação penal 5047229-77.2014.404.7000/PR (cópia da sentença no evento 847).*

167. Destaque-se ainda a *conexão estreita* da presente ação penal com os crimes que foram objeto da ação penal 5083376-05.2014.404.7000/PR na qual foram condenados por corrupção e lavagem de dinheiro os dirigentes da OAS *José Adelmário Pinheiro Filho* e Agenor Franklin Magalhães Medeiros pelo pagamento de vantagem indevida e ocultação e dissimulação dela ao Diretor da Petrobrás Paulo Roberto Costa em contratos do Consórcio CONPAR e do Consórcio RNEST/ CONEST (cópia da sentença no evento 847). Segundo a denúncia, essa mesma contratação e os mesmos acertos de propina teriam gerado créditos que teriam beneficiado o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, sendo, portanto, a conexão ainda mais estreita do que a verificada em relação aos demais casos abrangidos na denominada Operação Lavajato.

168. Não tem relevância, para competência, os questionamentos das Defesas de Luiz Inácio Lula da Silva e de Paulo Tarciso Okamoto de que os crimes não teriam ocorrido ou não estariam relacionados ao esquema criminoso que vitimou a Petrobrás. *Na definição da competência, não cabe análise de mérito, mas somente dos termos da imputação.*

169. Portanto, a competência é da Justiça Federal, pela existência de crimes federais, e especificamente deste Juízo pela prevenção e pela conexão e continência entre os processos que têm por objeto o esquema criminoso que vitimou a Petrobrás investigado no âmbito da assim denominada Operação Lavajato, entre eles a referida ação penal 5083376-05.2014.404.7000/PR, mas também outras em andamento.

Registrou, ademais, que a questão já havia sido amplamente analisada nas Exceções de Incompetência protocolizadas na origem, chegando, dessa forma, à conclusão de que “o juízo de primeiro grau examinou com exaustão as circunstâncias que firmam a sua competência para julgamento de processos relacionados à ‘Operação Lava-Jato’, notadamente aqueles que envolvem ilícitos cometidos em desfavor da Petrobras”. (e-STJ fl. 72.784).

A alegada competência do Supremo Tribunal Federal foi afastada pela Corte local, nos seguintes termos (e-STJ fls. 72.784/72.785):

Tampouco há competência originária da Suprema Corte para julgar o presente processo em relação àqueles agentes que não possuem prerrogativa de foro.

Ao julgar incidente relativo à ‘Operação Lava-Jato’, o STF determinou o desmembramento quanto aos investigados que têm foro por prerrogativa de função em relação àqueles que não o tem. Isto decorre da recente modificação da jurisprudência do Tribunal Excelso que passou a determinar a cisão dos processos em que há investigados (ou réus) em relação àqueles que não o tem. A decisão proferida pela mais elevada Corte, no caso específico da ‘Operação Lava-Jato’, restou assim ementada:

Ação penal. Questão de ordem. Competência por prerrogativa de foro. Desmembramento de investigações e ações penais. Prerrogativa própria da Suprema Corte. 1. O Plenário desta Suprema Corte mais de uma vez já decidiu que ‘é de ser tido por afrontoso à competência do STF o ato da autoridade reclamada que desmembrou o inquérito, deslocando o julgamento do parlamentar e prosseguindo quanto aos demais’ (Rcl 1.121, Relator(a): Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgado em 04/05/2000, DJ 16-06-2000 pp-00032 Ement vol-01995-01 pp-00033). Nessa linha de entendimento, decidiu o Plenário também que, ‘até que esta Suprema Corte procedesse à análise devida, não cabia ao Juízo de primeiro grau, ao deparar-se, nas investigações então conjuntamente realizadas, com suspeitos detentores de prerrogativa de foro - em razão das funções em que se encontravam investidos -, determinar a cisão das investigações e a remessa a esta Suprema Corte da apuração relativa a esses últimos, com o que acabou por usurpar competência que não detinha’ (Rcl 7.913 AgR, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 12/05/2011, DJe-173 divulg 08-09-2011 public 09-09-2011 Ement vol-02583-01 pp-00066). 2. Por outro lado, a atual jurisprudência do STF é no sentido de que as normas constitucionais sobre prerrogativa de foro devem ser interpretadas restritivamente, o que determina o desmembramento do processo criminal sempre que possível, mantendo-se sob a jurisdição especial, em regra e segundo as circunstâncias de cada caso, apenas o que envolva autoridades indicadas na Constituição (Inq 3.515 AgR, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 13/02/2014). 3. No caso, acolhe-se a promoção do Procurador-Geral da República, para determinar o desmembramento dos procedimentos em

que constam indícios de envolvimento de parlamentar federal, com a remessa dos demais à primeira instância, aí incluídas as ações penais em andamento. (AP 871 QO, Relator Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 10/06/2014, Acórdão Eletrônico DJe-213 divulg 29-10-2014 public 30-10-2014)

Destacou-se, ademais, que a competência do Juízo de primeiro grau foi reafirmada nos autos da Reclamação n. 17.623 e da Ação Penal n. 871, tendo o Superior Tribunal de Justiça seguido a mesma linha ao julgar o *Habeas Corpus* n. 302.604/PR e o Recurso em *Habeas Corpus* n. 62.385/PR.

A propósito:

Processual Penal. Recurso ordinário em habeas corpus. Operação "Lava-Jato". Nulidade. Alegada incompetência da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR para processo e julgamento do feito. Inocorrência. Competência definida por conexão instrumental. Demonstrado o liame entre as primeiras ações e a ação penal na qual responde o ora recorrente. Não demonstração de prejuízo. Recurso ordinário desprovido. I - A alegada incompetência do Juízo Federal de origem, ao argumento de que o crime cometido em face da Petrobrás não atrairia a competência da Justiça Federal por ser a empresa sociedade de economia mista, não pode ser reconhecida na hipótese, haja vista a inteligência do inciso V do art. 109 da Constituição Federal, bem como pela aplicação das regras de conexão e continência ao caso concreto, a atrair a competência para o julgamento da ação perante à 13ª Vara Federal de Curitiba/PR. II - Da análise dos autos, verifica-se que a extensa denúncia demonstra a existência de diversos crimes de competência da Justiça Federal e Estadual, que foram reunidos por conexão para análise do Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR, aplicando-se o entendimento expresso da Súmula n. 122/STJ, segundo a qual "Compete a Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, 'a', do Código de Processo Penal". III - Não obstante o entendimento firmado pelo col. Pretório Excelso na Questão de Ordem no Inquérito n. 4.130/PR, no sentido de que "O fato de a polícia judiciária ou o Ministério Público Federal denominarem de 'fases da operação Lava-jato' uma sequência de investigações sobre crimes diversos - ainda que sua gênese seja a obtenção de recursos escusos para a obtenção de vantagens pessoais e financiamento de partidos políticos ou candidaturas - não se sobrepõe as normas disciplinadoras de competência", no presente caso está suficientemente demonstrada a conexão a permitir a reunião dos processos, pela descrição do liame entre as primeiras ações e a ação penal na qual responde o ora recorrente pelos delitos de corrupção, lavagem e associação criminosa, constituindo a 13ª ação de uma sequência lógica de desdobramentos do feito na origem, desmembrado, este, em observância ao art. 80 do CPP. IV - A jurisprudência é firme no sentido de que eventual nulidade por violação de regras que determinam reunião de processos por conexão e continência demanda impreterivelmente a comprovação de prejuízo por se tratar de nulidade relativa,

o que não foi demonstrado (precedentes). Recurso ordinário desprovido. (RHC 62.385/PR, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 28/06/2016, DJe 05/08/2016).

A Corte local consignou, ademais, que “a 2ª Turma do Egrégio Supremo Tribunal Federal, apreciando Questões de Ordem suscitadas nas Ações Penais n. 871 a 878, decidiu, por unanimidade, seguindo voto do e. relator, que a competência para processo e julgamento das ações penais e para o processo das investigações era da primeira instância, porque inexistente no polo passivo ou como investigados autoridades com foro privilegiado” (e-STJ fl. 72.786).

Registrou que, na essência, se está “diante de fatos vinculados na origem a *crimes financeiros praticados no Estado do Paraná*. Essa compreensão foi confirmada pelo Supremo Tribunal Federal, consoante se observa no direcionamento dado às investigações decorrentes da homologação da colaboração premiada de executivos do Grupo Odebrecht, como a Petição n. 6.800/DF STF, na medida em que os fatos que não têm *relação com a estatal petrolífera* foram enviados para outras comarcas ou subseções judiciárias” (e-STJ fl. 72.791).

Por fim, justificou a competência da Justiça Federal, em virtude do “contido na Súmula n. 122 do Superior Tribunal de Justiça, pelo que se consagra a exceção à regra no art. 78, II, ‘a’, do Código de Processo Penal, de maneira que, havendo conexão entre crimes da competência da Justiça Estadual e da Justiça Federal, preponderará esta última” (e-STJ fl. 72.792).

Reafirmou referidas conclusões, ao analisar os embargos de declaração da defesa, registrando que (e-STJ fl. 74.163):

Quanto à alegação de que a Justiça Federal seria incompetente para o processamento e julgamento do feito, sob o argumento de que a Petrobras é sociedade de economia, consta no excerto da sentença: ‘159. Não importa que a Petrobrás seja sociedade de economia mista quando as propinas, segundo a acusação, eram direcionadas a agente público federal’.

Frisa-se que, ao contrário do que sustenta a defesa, a competência federal não foi justificada pelo juízo de origem apenas porque o embargante é ex-Presidente da República.

Depreende-se da simples leitura do *decisum* que a competência federal dos feitos relacionados à ‘Operação Lava-Jato’, da qual o presente é conexo, justifica-se pelo caráter transnacional de alguns dos delitos apurados, além do envolvimento de agentes detentores de cargos federais.

Nítida, portanto, a ausência de violação aos arts. 69, 70, 76, 77 e 78, do Código de Processo Penal. Com efeito, como é cediço, a competência pelo

lugar da infração é territorial, portanto, relativa, cedendo espaço às causas modificadoras da competência – conexão e continência – as quais se apresentam com o objetivo de melhor esclarecer os fatos, auxiliando o juiz a formar seu livre convencimento motivado.

A propósito, recorde-se, uma vez mais, a ponderação de Aury Lopes Júnior sobre o tema:

Todas as regras anteriormente explicitadas podem ser profundamente alteradas ou mesmo negadas quando estivermos diante de conexão ou continência, verdadeiras causas modificadoras da competência e que tem como fundamento a necessidade de reunir os diversos delitos conexos ou os diferentes agentes num mesmo processo, para julgamento simultâneo. Na conexão, o interesse é evidentemente probatório, pois o vínculo estabelecido entre os delitos decorre da sua estreita ligação. Já na continência, o que se pretende é, diante de um mesmo fato praticado por duas ou mais pessoas, manter uma coerência na decisão, evitando o tratamento diferenciado que poderia ocorrer caso o processo fosse desmembrado e os agentes julgados em separado (LOPES JÚNIOR, A. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. I, p. 412).

O instituto em análise tem o objetivo de conferir ao magistrado uma visão mais abrangente dos fatos, quando interligados, para que seja proferida a correta prestação jurisdicional. Caracteriza-se, assim, “quando duas ou mais infrações estiverem interligadas por relação fática que aconselhe a reunião dos feitos” (CC n. 121.199/SP, Rel. Ministro Campos Marques (Desembargador Convocado do TJ/PR), DJe 21/3/2013).

Nesse encadeamento de ideias, tem-se que o exame acerca da existência de conexão deve se dar de forma casuística e finalística, reforçando, assim, seu próprio conceito. Dessarte, devidamente demonstrada a possibilidade de alcançar os benefícios visados pelos referidos institutos, autoriza-se a alteração da competência originária, motivo pelo qual não há se falar em violação dos arts. 69 e 70 do Código de Processo Penal.

Não se verifica igualmente violação dos arts. 76 e 77 do Código de Processo Penal, porquanto a competência do Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba foi fixada por *conexão* com os demais feitos da *Operação Lava Jato*, que dizem respeito a processos relativos a “fraudes e desvios de recursos no âmbito da Petrobras”.

Destaco, no mais, que é entendimento sumulado no Superior Tribunal de Justiça, no verbete n. 122, que “compete à Justiça Federal o processo e

juízo unificado dos *crimes conexos* de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, “a”, do Código de Processo Penal”. Dessarte, não há se falar em vulneração do referido dispositivo.

Ainda que assim não fosse, não se pode descurar que o crime foi supostamente praticado por agente público federal, circunstância que também justifica a competência da Justiça Federal, independentemente de a vítima ser uma sociedade de economia mista.

Ademais, conforme destacado pelo eminente Relator, a competência do Juízo da 13ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba já foi firmada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso em *Habeas Corpus* n. 80.087/RS, bem como no Recurso em *Habeas Corpus* n. 62.176/PR, ementado nos seguintes termos (e-STJ fls. 76.707/76.708):

Processo Penal. Recurso ordinário em habeas corpus Corrupção passiva e lavagem de dinheiro. Incompetência do juízo. Matéria não apreciada no acórdão recorrido. Supressão de instância. Usurpação de competência afastada pelo Supremo Tribunal Federal. Prisão preventiva mantida pela sentença condenatória. Ausência de título novo. Garantia da ordem pública. Gravidade concreta das condutas. Habitualidade delitiva e reincidência específica. Risco de reiteração delitiva. Réu que permaneceu preso durante a instrução processual. Constrangimento ilegal não evidenciado. Recurso parcialmente conhecido e desprovido. 1. A teor da jurisprudência consolidada deste Superior Tribunal de Justiça, o habeas corpus não é o meio adequado para se perquirir a incompetência de magistrado, caso esta não reste manifestamente evidenciada nos autos, pois a análise de tal questão demandaria o revolvimento de provas, o que é vedado na via estreita do writ, devendo a matéria ser objeto de exceção, notadamente quando se tratar de incompetência territorial, ou seja, relativa. Precedente. 2. O acórdão impugnado reconheceu a inadequação da via do habeas corpus para análise dos questionamentos acerca da incompetência territorial do Juízo processante e da suposta ausência de liame entre o objeto do processo-crime e os fatos apurados na “Operação Lavajato”, tendo consignado, ainda, que tal matéria foi aventada em exceção de incompetência proposta após a impetração do mandamus originário e, portanto, não havia sido objeto de análise pelo Magistrado de 1º grau na data em que a impetração foi protocolada. Nesse contexto, há que se reconhecer que a apreciação de tais razões por esta Corte implicaria indevida supressão de instância, o que obsta ao conhecimento do recurso quanto ao tema. 3. Se o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Reclamação 20.175/PR, ajuizada pelo ora recorrente, reconheceu que não houve usurpação da competência que lhe foi conferida pela Constituição da República por parte do Juízo da 13ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba, não cabe a esta Corte analisar os fundamentos recursais acerca do tema. 4. (...). 15. Recurso parcialmente conhecido e, na parte

conhecida, desprovido. (RHC 62.176/PR, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 24/11/2015, DJe 30/11/2015)

Não se pode descurar, outrossim, que, “conforme firme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ‘as normas constitucionais sobre prerrogativa de foro devem ser interpretadas restritivamente, o que determina o desmembramento do processo criminal sempre que possível, mantendo-se sob a jurisdição especial, em regra e segundo as circunstâncias de cada caso, apenas o que envolva autoridades indicadas na Constituição’ (AP 871 QO, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe de 30-10-2014)”. (*Rcl 20.175 AgR*, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 25/08/2015, Processo Eletrônico DJe-177 divulg 08-09-2015 public 09-09-2015).

Por fim, a alegada ausência de correlação entre os desvios praticados na Petrobras e o custeio do triplex, considerando a defesa que não há “vínculo real, concreto e palpável entre os recursos provenientes de contratos da Petrobras e o caso dos autos”, foi refutada pela Corte local, nos seguintes termos (e-STJ fl. 74.164):

O Grupo OAS, especificamente no tocante ao Consórcio CONEST/RNEST em obras na Refinaria do Nordeste Abreu e Lima - RNEST e no Consórcio CONPAR em obras na Refinaria Presidente Getúlio Vargas - REPAR, realizou o pagamento de propina no valor estimado de R\$ 87.624.971,26, correspondente a 3% sobre a parte correspondente da Construtora OAS nos empreendimentos referidos.

Cerca de 1% desse valor teria sido destinado especificamente a agentes políticos do Partido dos Trabalhadores, pagos por um caixa geral de propinas que computava crédito em favor da agremiação.

Do total reservado ao partido, R\$ 3.738.738,00 teriam sido destinados especificamente ao ex-Presidente *Luiz Inácio Lula da Silva*, representados pelo apartamento 164-A, triplex, do Condomínio Solaris, de matrícula n. 104.801 do Registro de Imóveis do Guarujá/SP, sem que houvesse pagamento da totalidade do preço correspondente. Há, com isso, ainda que desprezados os mobiliários, no mínimo vantagem indevida decorrente da diferença de preço entre uma e outra unidade.

Dessa forma, desconstituir a conclusão das instâncias ordinárias, a respeito da efetiva relação dos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro apurados nos presentes autos com os desvios praticados na Petrobras, demandaria indevida incursão nos elementos fático-probatório dos autos, o que não se admite na via eleita, nos termos do óbice do enunciado n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Como é de conhecimento, a análise de eventual violação da norma infraconstitucional não pode demandar o revolvimento dos fatos e das provas carreados aos autos, porquanto as instâncias ordinárias são soberanas no exame do acervo probatório. Dessa forma, não é dado a esta Corte Superior se imiscuir nas conclusões alcançadas pelas instâncias ordinárias, com base no arcabouço carreado aos autos.

No mesmo sentido:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Tráfico ilícito de entorpecentes. Pleito de reconhecimento da incompetência do juízo por ausência de conexão entre as condutas perpetradas pelo recorrente e pelos corréus. Continuidade delitiva. Análise acerca da configuração. Pedido de incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Teses que atraem o reexame do material fático-probatório. Impossibilidade. Incidência da Súmula n. 7/STJ. 1. A presente ação penal foi deflagrada a partir de interceptações telefônicas autorizadas pelo Juízo da 3ª Vara de Entorpecentes do Distrito Federal e como resultado de investigação que apurava o comércio de entorpecentes no Distrito Federal e no entorno (cidades contíguas de Goiás), com apreensão de mais de 1,5kg (um quilo e meio) de cocaína, além de armas, munições e grandes quantias em dinheiro. 2. As instâncias ordinárias consignaram, a partir do extenso universo probatório dos autos, que a conexão entre os delitos de tráfico praticados no Distrito Federal e nas cidades do entorno determinaria a competência do Juízo da 3ª Vara de Entorpecentes do Distrito Federal, por ter sido o primevo a apurar os fatos, tendo autorizado a interceptação telefônica e a busca e apreensão que resultaram no feito em comento. 3. Ora, na linha da orientação firmada nesta Corte, "Dada a natureza permanente do crime de tráfico de drogas, praticado em território de duas ou mais jurisdições, incide a regra descrita no art. 71 do Código de Processo Penal, segundo a qual, em hipóteses tais, a competência firmar-se-á pela prevenção" (RHC n. 67.558/RJ, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 6/10/2016, DJe 21/10/2016, grifei.) 4. Assim, se as instâncias ordinárias concluíram que as "circunstâncias demonstram laços entre os delitos" (e-STJ fl. 3.307), conforme assentado na decisão agravada, fica claro que reverter tal entendimento, no intuito de se concluir se houve ou não conexão instrumental entre os delitos praticados no Distrito Federal e no Estado de Goiás, vai de encontro ao teor da Súmula n. 7/STJ. 5. Ainda, na espécie, para que fosse possível a análise da tese defensiva segundo a qual deveria ser reconhecida a continuidade delitiva entre os delitos perpetrados, seria imprescindível o reexame dos elementos fático-probatórios dos autos, o que é defeso em âmbito de recurso especial, em virtude do disposto na Súmula n. 7 desta Corte. Precedentes. 6. Ademais, para o exame do preenchimento, pelo agravante, dos requisitos para a concessão do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, mostra-se, também, no caso, imprescindível o reexame dos elementos fático-probatórios dos autos, o que é defeso em âmbito de recurso

especial, em virtude do disposto na Súmula n. 7 desta Corte. Precedentes. 7. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 1.053.016/DF, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 20/03/2018, DJe 05/04/2018)

Nesse contexto, devidamente explicitada a forma de definição da competência, com base no arcabouço fático-probatório e normativo pátrio, não há se falar em vulneração dos dispositivos apontados como violados e muito menos em juízo de exceção. Note-se que a competência do Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba já foi exaustivamente afirmada não apenas pelas instâncias ordinárias, mas também pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal.

Dessarte, conforme destacado pela Corte local, “tudo mais o que se disser será mera repetição daquilo que tantas vezes tem sido assentado pela 8ª Turma e pelos Tribunais Superiores, no sentido de que a 13ª Vara Federal de Curitiba é competente para este e para os demais processos da ‘Operação Lava-Jato’ em fatos relacionados à Petrobras” (e-STJ fl. 72.793).

3. Negativa de vigência ao art. 254, I, do CPP e ao art. 145, IV, do CPC, c/c o art. 3º do CPP. Ofensa ao artigo 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos e ao artigo 14.1 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos - Juiz suspeito.

O recorrente entende terem sido violadas as normas que tratam do instituto da suspeição, por considerar que o magistrado de origem não possui “a indispensável imparcialidade”, haja vista “o envolvimento pessoal do Juiz com esta causa”. Afirma que “a divulgação de áudios relativos à interceptação telefônica do recorrente, expondo, dentre outras, ligação colhida após o término da autorização judicial, entre ele e a então Presidente da República, em flagrante usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal” revelam sérios indícios da falta de parcialidade do Juiz.

Aduz que a suspeição pode ser aferida por meio da teoria da aparência geral de imparcialidade, a partir de um exame objetivo, questionando-se “tão somente se o juiz aparenta, a partir de critérios objetivamente aferidos, ter perdido sua parcialidade”. Sustenta que “a imagem que a sociedade possui da relação entre o magistrado de primeira instância e o recorrente, é de que se tratam de rivais. São vistos como inimigos, ocupando polos opostos”.

Exemplificativamente, aduz que três fatos notórios revelam a parcialidade do Magistrado: a emissão de nota pública distribuída à imprensa, na qual

afirma estar “tocado pelo apoio às investigações da assim denominada Operação Lava Jato”, a divulgação dos áudios já referidos acima, e o comparecimento a sucessivos eventos organizados por opositores políticos do recorrente. Aponta, ainda, a existência de página na rede social *Facebook* denominada “Eu Moro com ele”. Por fim, entende que o rol trazido no Código de Processo Penal não pode ser entendido como taxativo.

A Corte local, ao refutar referida preliminar, assentou que o rol do art. 254 do Código de Processo Penal é sim taxativo. No mais, afirmou que “as razões de decidir não provocam a suspeição do julgador, pois a sua externalização nada mais é do que dever constitucional de fundamentar”, e que “ainda que do processo possam surgir repercussões políticas e sociais, aspectos externos não contaminam a sua condução. Tampouco se confirma qualquer *seletividade deliberada* para prejudicar o apelante ou mesmo o invocado antagonismo político” (e-STJ fls. 72.796/72.797).

Concluiu-se, dessa forma, que “não há nenhum sinal de quebra de imparcialidade do magistrado de origem, mas, sim, mera insurgência com relação ao mérito das medidas, não sendo a análise sob a ótica da suspeição a melhor forma de sindicá-las” (e-STJ fl. 72.801). Quanto à divulgação dos áudios entre o recorrente e a então Presidente da República, consignou-se que (e-STJ fl. 72.815):

Novamente inexistente correspondência entre a decisão apontada e alguma causa de suspeição ou impedimento. *O sigilo do inquérito vem em benefício da investigação, não podendo ser invocado para a proteção de investigados ou para acobertar o próprio crime, premissa esta fielmente seguida nas diversas ações penais desdobradas da ‘Operação Lava-Jato’.*

O paradigma que orienta o julgador não é novo ou foi utilizado com exclusividade neste processo.

Como anotado pelo juízo de primeiro grau na Exceção de Suspeição Criminal n. 5032521-51.2016.4.04.7000/PR, ‘quanto à alegação de que o levantamento do sigilo teria gerado controvérsias que impediram o Excipiente de tomar posse como Ministro do Estado, é de se questionar se presente aqui uma relação estrita de causa e efeito, pois a insatisfação com o anterior Governo precedeu o fato. De todo modo, ainda que existente, tratar-se-ia de consequências externas ao processo e fora do alcance do poder de decisão deste julgador’.

As consequências administrativas e políticas são estranhas ao ofício penal e não podem ser invocadas como causa de suspeição. É de se recordar que a impossibilidade de posse do apelante como Ministro de Estado decorreu de decisão liminar deferida pelo Ministro Gilmar Mendes nas Medidas Cautelares nos

Mandados de Segurança n. 34.070/DF e 34.071/DF, e não por decisão atribuída ao juiz de primeiro grau.

Igualmente, no que concerne à forma como as notícias sobre o caso foram divulgadas, registrou a Corte local que “a ‘espetacularização’ e os efeitos provocados na opinião pública, assim como o recebimento de premiações de natureza honorífica pelo magistrado, para o que nunca colaborou, não são temas oponíveis. Sequer são causas jurídicas. São fatores estranhos que, além de não estarem diretamente ligados à atuação do magistrado, guardam relação com o direito constitucional à liberdade de expressão” (e-STJ fl. 72.799).

Consignou-se, outrossim, que (e-STJ fls. 72.822/72.823):

Mais uma vez os fundamentos da suspeição são completamente estranhos.

Anote-se que o magistrado de primeiro grau - como de resto o Poder Judiciário - não tem ingerência sobre a linha editorial de jornais e revistas ou mesmo sobre a opinião pública.

Deve-se dizer que a imprensa exerce papel fundamental no controle das instituições e esse importante pilar do Estado Democrático não pode ser enfraquecido em virtude das insatisfações de quaisquer pessoas, inclusive de réus em processo penal.

Em um período de luz - e não de sombra - as interpretações dos meios de comunicação são livres e legítimas, sejam elas favoráveis às investigações, sejam em apoio ao ex-Presidente.

Imune a isso, porém, o processo é julgado conforme os fatos e as provas que nele estão encartadas, nunca influenciado pelo clamor popular, pela crítica ou pela história dos investigados.

Como afirmando pela e. Ministra Carmen Lúcia no célebre julgamento conhecido por ‘Mensalão’, *‘não estamos julgando histórias pessoais porque, às vezes, elas são construídas com desvios. Não estou julgando pessoas que em diversas situações tiveram condutas sérias. Estou julgando apenas se houve a prática imputada pelo Ministério Público’.*

Não há de se falar, pois, em pré-julgamento ou parcialidade, ante a falta de aptidão dos fatos invocados para interferir na convicção do julgador. Importa, sim, que as decisões sejam fundamentadas, como de fato são. Aliás, nos diversos processos em que houve julgamento de mérito pelo primeiro grau, há réus absolvidos de parte ou de todos os fatos que lhe foram imputados - inclusive neste feito -, demonstrando que o julgamento *pauta-se segundo as provas e a convicção do juiz sentenciante.*

No mais, a participação em eventos, com ou sem a presença de agentes políticos, não macula a isenção do juiz, em especial porque possuem natureza meramente

acadêmica, informativa ou cerimonial, sendo notório que em tais aparições não há pronunciamentos específicos a respeito de processos em andamento.

Há, pois, nítida tentativa de politizar solenidades que não possuem tal natureza e que se a têm, certamente não é em razão da presença de qualquer autoridade do Judiciário. Nessa perspectiva, eventos com a presença de políticos não se traduzem em eventos políticos partidários.

Por fim, no que concerne à página do *facebook* da esposa do Magistrado de origem, consignou a Corte local, “sem adentrar na qualidade das manifestações” que “não são elas imputáveis diretamente ao juízo de primeiro grau. É inaceitável supor que o Judiciário selecione o que pode ou não ser publicado em uma rede social, qualificando as livres manifestações do pensamento. A essas manifestações - que, por óbvio, estão impregnadas de cargas ideológicas e paixões - dá-se o nome de *liberdade de expressão*, algo tão caro nos Estados Democráticos que não se pode sequer pensar em fragilizá-la ao talante do ‘ofendido’” (e-STJ fl. 72.825).

Assentou-se, no mais, que (e-STJ fls. 72.825/72.826):

Qualificadas ou não, corretas ou incorretas - e esse recente fenômeno opinativo, muitas das vezes desconhece os fatos e provas do processo - as manifestações contrárias à ‘Operação Lava-Jato’ são proporcionais às manifestações de apoio.

Posições desfavoráveis ao apelante são tão legítimas quanto às favoráveis (também impregnadas de ideologias e paixões), sendo desarrazoado pensar que o debate fora dos autos é capaz de contaminar o processo em qualquer grau de jurisdição.

A tentativa de emprestar um caráter ideológico ao processo é desarrazoada.

Eventual antagonismo político somente tem lugar na tese defensiva e em eventuais críticos da ‘Operação Lava-Jato’, sobretudo após as investigações identificarem representantes do voto popular envolvidos no esquema de corrupção sistêmica que assolou a Petrobras.

O protagonismo atribuído ao magistrado e às vezes, de forma geral, ao próprio Judiciário, é tese tentadora e difundida por muitos, que nada mais fazem, do que, eles próprios, buscarem o tão criticado protagonismo. Todos são crédulos nas suas verdades irrefutáveis e certamente se auto-atribuindo maior grau de isenção do que qualquer juiz ou tribunal.

Porém, em se tratando de investigação deflagrada há mais de três anos e que tinha por finalidade apurar crimes cometidos por doleiros, é preciso esclarecer que o processo não é um mecanismo para obstaculizar a intenção do apelante de concorrer novamente ao cargo de Presidente da República.

Reforça tal percepção a denúncia ter sido oferecida em 14/09/2016, ou seja, dois anos antes das próximas eleições gerais, cujo período de convenções e inscrições de candidaturas sequer está próximo. Ou seja, a aspiração do apelante a cargo eletivo, seja ele qual for, não serve de porto seguro, muito menos tem aptidão para contaminar o processo. Fosse assim, a qualquer denunciado bastaria invocar razões políticas para desqualificar a jurisdição.

A afirmação é ainda mais frágil quando percebido que - nos limites da competência da instância originária - agentes políticos de outros partidos foram denunciados e condenados, até mesmo em segundo grau.

Opiniões externas, sejam elas juridicamente abalizadas ou não, mostram-se irrelevantes para apurar a suspeição do magistrado. Louvando sempre o debate acadêmico - nada além disso -, registre-se que, em contraposição às teses de inúmeros juristas em prol da declaração de suspeição do juiz de origem, há outras tantas em sentido contrário e de igual envergadura.

O processo penal não tem ideologia política, tampouco é popular ou elitista. Servindo-me de uma expressão bastante utilizada ultimamente, mas, por vezes, distorcida, pode-se dizer que o processo penal é republicano e, nessa linha, não há contaminações, exceto no imaginário dos resistentes ao efetivo combate à corrupção.

Diante do ajuizamento de inúmeras exceções de suspeição (e-STJ fl. 72.797), a matéria relativa à suspeição do Magistrado de origem já havia sido analisada pelo eminente Relator por diversas vezes - AREsp n. 1.105.620/RS, AREsp n. 1.280.825/PR, AREsp n. 1.093.113/RS, AREsp n. 1.102.139/PR, AREsp n. 1.142.926/PR, AREsp n. 1.332.531/PR, AREsp n. 1.280.825/PR, AREsp n. 1.389.981/PR e HC n. 398.570/PR.

Transcrevo, por oportuno, os dois julgados mais recentes:

Processo Penal. Agravo regimental da decisão que conheceu do agravo para não conhecer do recurso especial. Súmula 7 do STJ. Declaração. Nulidade. Ação penal. Suspeição. Juiz. Reexame. Contexto fático-probatório. Agravo regimental desprovido. I - O agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada por seus próprios fundamentos. II - In casu, como bem alicerçado na decisão agravada, não obstante o tratamento que se pretenda hipoteticamente empregar à natureza e extensão da norma contida no dispositivo em tela, seja ela taxativa ou exemplificativa, o fato é que a irradiação dos seus efeitos somente poderia incidir nas instâncias a quo, e não em sede de recurso especial, o qual, em face de uma ou outra conclusão, necessariamente se tangenciará a reanálise da matéria fática-probatória, com vistas a se verificar a ocorrência da suspeição, sendo essa a pretensão do agravante, tal qual se verifica no pedido extremo, e não a mera discussão em tese, como se pretende fazer acreditar. III - Resta assentado

na jurisprudência desta Corte, a ideia de que as premissas fáticas firmadas nas instâncias ordinárias não podem ser modificadas no âmbito do apelo extremo, nos termos da Súmula n. 7/STJ, para a qual “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”. *Agravo regimental desprovido.* (AgRg no AREsp 1.389.981/PR, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 5/2/2019).

Processo Penal. Agravo regimental da decisão que conheceu do agravo para não conhecer do recurso especial. Ausência de argumentos hábeis a alterar a decisão. Suspeição do juízo de origem. Necessidade de revolvimento do material fático-probatório. Súmula 7. Mera reavaliação jurídica. Não demonstrada. Agravo regimental desprovido. I - O agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada por seus próprios fundamentos. II - Não obstante pretender o recorrente trazer à baila eventual violação aos ditames legais, ademais de Tratados Internacionais, não há como se estender, seja em termos de cognição horizontal ou vertical, a análise para além da moldura fática estampada por meio do aresto impugnado. III - Na hipótese, entender de modo contrário ao estabelecido pelo Tribunal *a quo*, implicaria o revolvimento do material fático-probatório, inviável nesta seara recursal e não somente discutir a violação à lei federal e aos Tratados Internacionais referentes à imparcialidade do Juiz. *In casu*, não há como se conceber que o conhecimento da matéria devolvida se restrinja à mera valoração jurídica de fatos e provas. IV - Resta assentado na jurisprudência desta Corte, a ideia de que as premissas fáticas firmadas nas instâncias ordinárias não podem ser modificadas no âmbito do apelo extremo, nos termos da Súmula n. 7/STJ, para a qual “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”. *Agravo regimental desprovido.* (AgRg no AREsp 1.280.825/PR, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 11/09/2018, DJe 19/09/2018).

Ao analisar a matéria nos presentes autos, verifico, em um primeiro momento, que eventual análise acerca da taxatividade do rol do art. 254 do Código de Processo Penal, ou mesmo da necessidade de aplicação analógica do art. 154, inciso IV, do Código de Processo Civil, se mostra despicienda na hipótese. Com efeito, a Corte local refutou a alegação de suspeição de magistrado por meio da análise detalhada e pormenorizada de cada uma das alegações da defesa. Da mesma forma, inviável se falar em aparência de parcialidade, porquanto mesmo o exame objetivo dos fatos, conforme feito pela Corte local de forma exauriente, não enseja a conclusão pretendida.

Destaco, por oportuno, que o precedente do Superior Tribunal de Justiça trazido pela defesa em nada se assemelha ao caso dos presentes autos. De fato, da leitura da ementa do Recurso Especial n. 1.528.102/PR, verifico que o magistrado foi considerado suspeito, porquanto “a Corte local expôs em

minúcias a *relação com altíssimo grau de intimidade* entre o juiz e o advogado, *superando a simples amizade*, concluindo ser *incontroverso nos autos tal fato*, caracterizada está a ofensa ao dever de imparcialidade objetiva do juiz, sendo certo que o próprio magistrado confirmou a *aquisição de bens em conjunto com advogado* (uma sala comercial em Curitiba e um apartamento em Florianópolis) e a *utilização de automóvel do causídico*”.

No caso dos autos, não ficou demonstrada eventual amizade íntima nem inimizade capital do Magistrado com o recorrente, nos termos do art. 254, inciso I, do Código de Processo Penal. Da mesma forma, não é possível se afirmar que o Juiz de origem possuía interesse no julgamento do processo em favor de qualquer das partes, conforme dispõe o art. 145, inciso IV, do Código de Processo Civil.

Note-se que a pretensão punitiva formulada pela acusação visava a condenação do recorrente por 7 crimes de corrupção passiva e por 3 crimes de lavagem de dinheiro, em concurso material, e por 61 crimes de lavagem de dinheiro, em continuidade delitiva. Contudo, o recorrente foi condenado apenas por 1 crime de corrupção passiva e 1 crime de lavagem de dinheiro.

Dessa forma, quer pela análise subjetiva quer pela análise objetiva dos elementos dos autos, não se verifica a apontada ofensa ao art. 254, inciso I, do Código de Processo Penal, ao art. 145, inciso IV, do Código de Processo Civil c/c o art. 3º do Código de Processo Penal, nem aos arts. 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos e 14.1 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

Por fim, destaco que, mesmo considerando que o art. 254 do Código de Processo Penal efetivamente traz rol exemplificativo, entendo que o comprometimento do Magistrado deve ser aferido no caso concreto, por meio do exame detalhado da irresignação da defesa, conforme realizado pela Corte de origem. Dessa forma, desconstituir as conclusões trazidas pelas instâncias ordinárias, a respeito dos fatos suscitados pela defesa, demandaria revolvimento de fatos e provas, o que é inviável na via eleita, nos termos do enunciado n. 7 da Súmula desta Corte.

No mesmo sentido:

Processo Penal. Agravo regimental no agravo regimental no agravo em recurso especial. Inexistência de ofensa aos arts. 619 e 620 do CPP. Exceção de suspeição. Reexame de provas. Súmula n. 7/STJ. *Decisum* mantido por seus próprios fundamentos. Agravo regimental desprovido.

1. Evidenciado que os embargos foram opostos na origem visando a rediscussão da matéria, não se vislumbra ofensa aos arts. 619 e 620 do Código de Processo Penal - CPP. 2. A inversão do decidido pelo Tribunal de origem, no tocante à alegação de suspeição, demanda o reexame das provas, providência incompatível nesta seara especial, conforme entendimento consolidado na Súmula n. 7 desta Corte. 3. Razões de agravo que não infirmam a decisão agravada. 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AgRg no AREsp 1.035.359/RJ, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 03/08/2017, DJe 16/08/2017).

4. Afrenta ao art. 256 do CPP - Juiz e réu são partes “ex adversas”.

O recorrente aponta, ainda, contrariedade ao art. 256 do Código de Processo Penal, por considerar que mencionado dispositivo não se aplica à hipótese dos autos. Afirma que, “como o MPF ficou inerte, o recorrente ajuizou queixa-crime subsidiária (evento 262), nos termos da lei, contra o magistrado. Embora essa ação penal tenha sido rejeitada pelo Tribunal local, ainda há recursos pendentes de julgamento. Vale dizer, o recorrente e o magistrado de primeiro grau são partes contrárias em uma ação penal, o que somente reforça a parcialidade deste último” (e-STJ fls. 74.563/74.564).

A Corte local assentou, entretanto, que (e-STJ fl. 72.818):

Segundo o art. 256 do Código de Processo Penal ‘a suspeição não poderá ser declarada nem reconhecida, quando a parte injuriar o juiz ou de propósito der motivo para criá-la’, evitando assim ações deliberadas da defesa com o objetivo de afastar o magistrado da causa.

Ademais, a representação proposta pela própria parte não deixa de ser igualmente fator externo ao processo, assim como outras representações protocoladas perante a Procuradoria Regional da República da 4ª Região ou nas Corregedorias deste Tribunal e do Conselho Nacional de Justiça. Não se pode inferir, portanto, a perda de imparcialidade do julgador por ato imputado ao próprio excipiente.

Destacou, outrossim, que ao examinar referida queixa-crime, o Tribunal a rejeitou, à unanimidade, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fls. 72.817/72.818):

Penal e Processual Penal. Queixa-crime subsidiária. Abuso de poder e quebra de sigilo de comunicações telefônicas interceptadas. Atos judiciais. Condução coercitiva. Quebra de sigilo telefônico. Levantamento de sigilo. Busca e apreensão. Arquivamento de notícias de fatos, a requerimento do Ministério Público

Federal. Inércia incorrente. Quanto ao fato remanescente - busca e apreensão - não restou caracterizado o alegado abuso de poder. Rejeição da queixa-crime subsidiária. **1. Para que caiba a propositura da ação penal privada, subsidiária da ação penal pública, é necessário que fique demonstrada a inércia do Ministério Público** (Federal, no caso). 2. Essa inércia não se caracteriza quando o Ministério Público requer o arquivamento de notícias-crime, e o órgão judicial competente acolhe seu pedido. 3. Em face disso, no presente caso, os fatos abarcados por arquivamentos anteriormente deferidos (ou seja, a condução coercitiva, a decretação da quebra do sigilo telefônico e o levantamento do sigilo das comunicações interceptadas) não podem dar ensejo à propositura de queixa-crime subsidiária. 4. Ademais, os arquivamentos foram feitos com base na *atipicidade das condutas questionadas*, formando-se, com base neles, a *coisa julgada material*. 5. Ainda que esse óbice fosse superado, não há fatos novos que justifiquem a propositura da ação penal, quanto à matéria que constituiu objeto de arquivamento anterior. 6. Uma parte dessa matéria constituiu objeto de reclamação, ao STF (Rcl n. 23.457), o qual não determinou a tomada das providências previstas no artigo 40 do Código de Processo Penal. 7. Quanto ao fato remanescente - busca e apreensão -, não há quaisquer elementos concretos que sinalizem para a presença do abuso de autoridade referido na petição que veicula a queixa-crime subsidiária. 8. Queixa-crime subsidiária rejeitada. (TRF4, Petição n. 0001022-85.2016.404.0000, 4ª Seção, Des. Federal Sebastião Ogê Muniz, por unanimidade, D.E. 15/03/2017, publicação em 16/03/2017)

Consignou-se, por fim, que, “como consequência, o quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal na Reclamação n. 23.457 *não torna inapto o juízo para prosseguimento na causa*. Até mesmo porque, como registrado pelo e. Relator, ‘*não restando evidenciado que o magistrado agiu com dolo, fraude, ou grave desídia, não há motivo para cogitar-se da aplicação de sanção disciplinar*’. A idêntica conclusão chegou a Corte Especial deste Tribunal ao julgar o recurso em representação disciplinar antes referido” (e-STJ fl. 72.818).

Como visto, o art. 256 do Código de Processo Penal foi aplicado de forma escorreita, uma vez que a queixa-crime subsidiária apresentada pelo recorrente não se encontra albergada pelas hipóteses que a admitem, haja vista a ausência de inércia do Ministério Público. Com efeito, conforme destacou a Corte local, a notícia de crime foi arquivada por ausência de tipicidade, atraindo, dessa forma, o manto da coisa julgada.

Nesse contexto, não havendo desídia do órgão acusador, o recorrente carece de legitimidade para apresentar queixa-crime subsidiária, a qual, ademais, foi rejeitada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Dessarte, diversamente da alegação da defesa, não há se falar em partes *ex adversas* em uma ação penal,

pois, além de o recorrente não possuir legitimidade para ajuizar a ação penal, a conduta imputada foi considerada atípica, não havendo, portanto, ação penal em trâmite.

A propósito:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Carta testemunhável. Negado seguimento a recurso em sentido estrito. Promoção de arquivamento de inquérito policial pelo Ministério Público. Homologação pelo juízo de primeiro grau. Ação penal subsidiária da pública incabível. Ausência de inércia do órgão ministerial. Acórdão recorrido no mesmo sentido da jurisprudência desta Corte Superior. Agravo regimental não provido. 1. Nos crimes de ação penal pública incondicionada, quando o próprio Ministério Público promover o arquivamento do procedimento investigatório, como na hipótese dos autos, é irrecurável a decisão do Juiz que acolhe a manifestação ministerial. 2. A ação privada subsidiária da pública só é possível quando o Órgão Ministerial se mostrar desidioso e não se manifestar no prazo previsto em lei. Se o Ministério Público promove o arquivamento do inquérito ou requer o seu retorno ao delegado de polícia para novas diligências, não cabe queixa subsidiária; se oferecida, a rejeição se impõe por ilegitimidade de parte, falta de pressuposto processual da ação. Precedentes do STJ. 3. Ausentes fatos novos ou teses jurídicas diversas que permitam a análise do caso sob outro enfoque, deve ser mantida a decisão agravada. 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 1.049.105/DF, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 18/10/2018, DJe 19/11/2018)

Nesse encadeamento de ideias, considerando que a parte ajuizou queixa-crime subsidiária, sem observar a disciplina constitucional e legal que a autoriza, não se verifica o estabelecimento de relação jurídica. Ademais, não é possível se falar em *suspeição do juiz* em virtude de *conduta do recorrente* que nem sequer repercutiu juridicamente.

5. Contrariedade ao art. 258 do CPP e ao art. 54.1, “a”, do Estatuto de Roma
- *O inimigo.*

A defesa aponta, ainda, ofensa aos arts. 258 do Código de Processo Penal e ao art. 54.1, “a”, do Estatuto de Roma, sob o argumento de que os integrantes da força tarefa da “Operação Lava-Jato” são suspeitos, haja vista a “infeliz apresentação de *Power Point*”. Sustenta que não devem “buscar condenações fundadas em narrativas ou teses sem lastro probatório, ou que não integram a imputação concreta; menos ainda, expô-las publicamente com a finalidade de subjugar o inimigo” (e-STJ fl. 74.567).

Conclui, assim, que “é dever do membro do Ministério Público atuar com isenção na persecução penal, ao contrário do que decidiu o aresto impugnado” (fl. 74.568). No mais, assevera que “o recorrente não foi tratado com a impessoalidade que se impunha aos membros do Ministério Público; foi considerado inimigo, não em razão dos fatos típicos efetivamente imputados, mas por causa da convicção desses agentes institucionais, revelada ao público em ato de fanfarrice. Os membros do Ministério Público atuaram sem isenção no vertente caso, com a chancela do Tribunal local” (e-STJ fl. 74.570).

O Tribunal de origem, ao refutar as alegações da defesa, assentou que o Ministério Público é o titular da ação penal e que seus membros gozam de independência em seu mister. Destacou, no mais, que (e-STJ fl. 72.832):

Sob esse enfoque, não é razoável exigir-se isenção daquele que promove a ação penal. A construção de uma tese acusatória - procedente ou não -, ainda que possa gerar desconforto no acusado, não contamina a atuação ministerial.

É normal e ínsita ao processo penal a posição acusatória assumida pelos Procuradores da Força Tarefa da ‘Operação Lava-Jato’, *não se podendo supor a existência de inimizade capital para com qualquer dos acusados*. Servindo-me novamente de precedente do Supremo Tribunal Federal, à idêntica conclusão chegou aquela Corte no julgamento da Arguição de Suspeição n. 89, antes referida.

Ressaltou, por fim que, “apesar de a defesa narrar alguns fatos que, ao seu sentir, configurariam manifesta perseguição política, a *exceção é genérica* no que diz respeito à atuação de cada procurador, limitando-se a relacionar os nomes dos integrantes da chamada Força Tarefa, sem, todavia, individualizar as respectivas condutas” (e-STJ fl. 72.833).

Nesse contexto, não verifico ofensa às normas mencionadas pela defesa, uma vez que a alegação apresentada é genérica, não sendo listados fatos concretos atribuíveis a cada um dos procuradores apontados como suspeitos. De fato, o recorrente se irressigna contra a investigação e a forma de sua divulgação, não apontando atos individualizados que possam demonstrar a alegada suspeição.

Por oportuno, destaco que a investigação realizada pelo Ministério Público não implica, por si só, em suspeição do *parquet*. Nos termos do verbete n. 234 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, “a Participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia”. Assim, não se verificando fatos concretos e individualizados que possam demonstrar a

suspeição dos procuradores, não há se falar em violação aos dispositivos listados pela defesa.

Por fim, não se pode descuidar que os elementos fáticos e probatórios dos autos já foram analisados pelas instâncias ordinárias, em mais de uma oportunidade, assentando-se a ausência de elementos que revelem a suspeição dos procuradores citados pela defesa. Dessarte, desconstituir referidas conclusões demandaria revolvimento de fatos e provas, o que é inviável na via eleita, nos termos do enunciado n. 7 da Súmula desta Corte.

A propósito:

Processual Penal. Recurso ordinário em habeas corpus. Contravenção de jogo de azar, corrupção ativa, falsidade ideológica, lavagem de bens e valores e organização criminosa. 1. Parcialidade do membro do Ministério Público subscritor da denúncia. Matéria atinente a exceção de suspeição. 2. Tese apresentada. Decisão em audiência. Incidência do artigo 104 do CPP. Não cabimento de recurso. 3. Suspeição do integrante do Parquet. Exame aprofundado do contexto fático-probatório. Necessidade. Matéria incabível na via eleita. 4. Prejuízo concreto. Não ocorrência. Princípio do pas de nullité sans grief. Constrangimento ilegal. Inexistência. 5. Recurso desprovido. 1. A eventual parcialidade do membro do Ministério Público subscritor da exordial acusatória é matéria atinente a exceção de suspeição, na qual o Juízo a quo procede ao exame das alegações, sob o crivo do contraditório, sendo facultada a admissibilidade de produção probatória. 2. In casu, foi apresentada petição com a tese perante o juízo de primeiro grau, sendo a quaestio decidida em audiência, incidindo o óbice recursal previsto no artigo 104 do Código de Processo Penal. 3. Consignado pelas instâncias ordinárias apenas a existência de uma copropriedade de uma gleba rural entre o acusado e o promotor - cuja alienação ocorrera três anos antes da transferência do membro do Parquet para a comarca -, bem como a ausência de inimizade capital entre réu e acusador, a apreciação da tese defensiva de suspeição, nos termos em que ventilada, demanda inexoravelmente um exame amplo e profundo dos elementos dos autos, acarretando em incursão na seara fático-probatória, inviável nesta angusta via. 4. Ademais, não se logrou êxito na comprovação do prejuízo, tendo somente sido suscitada genericamente a matéria, sendo inviável, pois, o reconhecimento de qualquer nulidade processual, em atenção ao princípio do pas de nullité sans grief. 5. Recurso a que se nega provimento. (RHC 60.172/MG, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 20/10/2015, DJe 06/11/2015).

No mesmo sentido, trago precedente do Supremo Tribunal Federal:

Ementa: Processual Penal. Agravo regimental no recurso ordinário em habeas corpus. Arguição de suspeição de membro do Ministério Público. Fatos e provas. 1.

Para dissentir do entendimento perfilhado nas instâncias de origem, no sentido de que a representante do Ministério Público seria “inimiga pessoal e política” do acusado, é imprescindível o revolvimento de fatos e provas, o que não é possível na via processualmente restrita do habeas corpus (HC 146.286, Rel. Min. Alexandre de Moraes e RHC 116.947, Rel. Min. Teori Zavascki). 2. Agravo regimental desprovido. (RHC 143.692 AgR, Relator(a): Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 15/10/2018, Processo Eletrônico DJe-240 divulg 12-11-2018 public 13-11-2018)

6. Violação dos arts. 383 e 384 do CPP - Ausência de correlação entre a acusação e a condenação.

O recorrente aponta, ainda, ofensa aos arts. 383 e 384 do Código de Processo Penal, em virtude de, a seu ver, não haver correlação entre a denúncia e a decisão condenatória. Afirma, em resumo, que (e-STJ fls. 74.570/74.571):

(...) a denúncia veiculou a acusação de que recursos provenientes de três contratos específicos firmados pela Petrobras teriam sido destinados ao Recorrente, na forma de vantagem indevida, mediante a propriedade e a reforma de um apartamento triplex. (...). No entanto, a sentença e os acórdãos que confirmaram a condenação reconhecem que o recorrente jamais teve a propriedade desse imóvel — tampouco a posse. Mas acolheram a acusação sob o fundamento de que o imóvel teria sido “atribuído” ao recorrente, figura que não tem qualquer significado perante a legislação brasileira.

Considera, assim, que, “afastada — corretamente — a propriedade e a posse do imóvel pelo recorrente, o aresto passa a analisar ‘se a unidade residencial estava efetivamente reservada e fora reformada com recursos da OAS Empreendimentos, para e a pedido do ex-Presidente’. Ora, esse tema é estranho à denúncia, mas foi a base da condenação imposta ao recorrente” (e-STJ fl. 74.572).

A Corte local registrou, entretanto, que (e-STJ fls. 72.884/72.885):

A denúncia é bastante clara e indica todas as circunstâncias em que teriam sido cometidos os crimes de corrupção e de lavagem de dinheiro, inclusive e especialmente, no que interessa nesse ponto, em relação ao apartamento triplex e à lavagem de recursos. *Dispensados os detalhes, porque somente relevantes para o exame do mérito, a denúncia expressamente afirma que o apelante ‘solicitou, aceitou promessa e recebeu, direta e indiretamente, para si e para outrem, inclusive por intermédio de tais funcionários públicos, vantagens indevidas, as quais foram de outro lado e de modo convergente oferecidas e prometidas por **Léo Pinheiro e Agenor Medeiros**’.*

Adiante, o Ministério Público Federal aponta que os réus 'dissimularam e ocultaram a origem, a movimentação, a disposição e a propriedade de R\$ 2.424.990,83 provenientes dos crimes de cartel, fraude à licitação e corrupção praticados pelos executivos da *Construtora OAS* em detrimento da Administração Pública Federal, notadamente da *Petrobras*, conforme descrito nesta peça, por meio: (i) da aquisição em favor de *Lula* e *Marisa Letícia*, por intermédio da OAS Empreendimentos, do apartamento 164-A do Condomínio Solaris, localizado na Av. Gal. Monteiro de Barros, n. 638, em Guarujá/SP, no valor de R\$ 1.147.770,96, assim como pela manutenção em nome da OAS Empreendimentos do apartamento que pertencia a *Lula* e *Marisa Letícia*, pelo menos desde data próxima a 08/10/2009 até a presente data; (ii) do pagamento de R\$ 926.228,82, entre 08/07/2014 e 18/11/2014, pela OAS Empreendimentos à *Tallento Construtora Ltda.*, para efetuar as reformas estruturais e de acabamento realizadas no imóvel para adequá-lo aos desejos da família do ex-Presidente da República; e (iii) do pagamento de R\$ 350.991,05, entre 26/09/2014 e 11/11/2014, pela OAS Empreendimentos à *Kitchens Cozinhas e Decoracoes Ltda.* e à *Fast Shop S.A.*, para custear a aquisição de móveis de decoração e de eletrodomésticos para o referido apartamento, adequando-o aos desejos da família do ex-Presidente da República.

O Tribunal de origem concluiu, assim, que “a denúncia e a sentença são bastante claras e seguem na linha de que o recorrente praticou o delito de corrupção passiva com o recebimento do triplex como parte do pagamento de propina oriunda dos contratos da Petrobras firmados com a OAS - e posterior lavagem -, pelo que não se tem qualquer nulidade por ausência de correlação” (e-STJ fls. 72.885/72.886).

De fato, não há se falar em ausência de correlação, sendo imperativo destacar que igualmente não houve *emendatio libelli* nem *mutatio libelli*, não se verificando, por qualquer viés as violações apontadas. Com efeito, o recorrente foi condenado por 1 crime de corrupção passiva e 1 crime de lavagem de dinheiro, estando ambos relacionados com o recebimento de um triplex, cuja real propriedade foi dissimulada, situações devidamente descritas na inicial acusatória.

Por oportuno:

Penal e Processo Penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Apropriação indébita previdenciária. Ofensa ao art. 384 do Código de Processo Penal - CPP. Inocorrência. Princípio da correlação. Observância. Acórdão em conformidade com a jurisprudência desta Corte. Alegações de atipicidade da conduta e ausência de provas da materialidade. Incidência da Súmula n. 7 desta Corte. Agravo regimental desprovido. 1. *A hipótese dos autos demonstra que a denúncia contém a exposição de todos os fatos juridicamente relevantes e*

necessários à tipificação do delito imputado ao agravante, os quais permaneceram os mesmos, o que lhe garantiu o pleno exercício da ampla defesa, não sendo o caso de aditamento da peça acusatória. 2. O acolhimento do pleito de absolvição por ausência de prova da materialidade ou atipicidade demandaria o reexame o conjunto probatório dos autos, o que é vedado em recurso especial. Inafastável a incidência do verbete n. 7 da Súmula do STJ. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 720.305/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 23/08/2018, DJe 03/09/2018)

Penal. Processual Penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Sonegação tributária. Violação ao art. 619 do CPP. Não ocorrência. Pretensão de rediscussão da causa. Nulidade. Não realização de perícia judicial. Condenação corroborada em outros meios de prova. Não demonstração de prejuízo. Não acolhimento. Princípio da correlação entre a denúncia e sentença condenatória. Observância no caso concreto. Tese de desclassificação do delito. Inviabilidade. Reexame do conjunto fático-probatório. Súmula 7/STJ. Aplicação de causa de diminuição de pena. Não atendimento dos requisitos legais. Princípio do livre convencimento motivado. Exasperação da pena-base. Maus antecedentes. Fundamentação idônea. I - O Tribunal *a quo*, embora de forma contrária à pretendida pela defesa, analisou todos os pontos objeto dos embargos de declaração, relevantes à manutenção do acórdão condenatório, não havendo que se falar em violação do art. 619 do CPP. II - Quanto ao alegado cerceamento de defesa, em virtude da não realização de perícia, embora deferida pelo Juízo de primeiro grau, ressalte-se que o acórdão objurgado afastou a alegação de nulidade com fundamentação idônea, seja porque a perícia não foi realizada por absoluta impossibilidade física, em face da incineração das notas fiscais, seja porque tanto o Juízo de origem como o Tribunal *a quo*, entenderam pela existência de outros meios de prova aptos a corroborar a tipicidade do crime de sonegação tributária. Ressalte-se que infirmar as premissas do acórdão vergastado, como quer a defesa, de fato encontra óbice na Súmula 7/STJ, ainda mais porquanto não demonstrada a ocorrência de efetivo prejuízo ao recorrente, na medida em que a “condenação do réu perpassa pela comprovação de seu concurso para o ilícito - no caso, mediante fornecimento de documentos, sejam eles “verdadeiros” ou não -, questão fática que não depende de laudo pericial”. III - Quanto à suposta falta de correlação entre a denúncia e sentença condenatória, verifica-se a imputação ao agravante do crime de supressão e/ou redução de imposto de renda de pessoa jurídica e demais tributos reflexos, por meio de notas fiscais inidôneas, emprestadas pelas empresas investigadas pelo Parquet, que classificou a conduta do acusado no tipo previsto no art. 1º, incisos I, II e IV, da Lei 8.137/1990, na forma do art. 11 do mesmo diploma legal e 71 do Código Penal, exatamente o mesmo tipo apontado no édito condenatório, mantido pelo acórdão recorrido com fundamentos idôneos, não havendo que se falar, portanto, em violação ao referido princípio. IV - (...). (AgRg no AREsp 1.197.027/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 02/08/2018, DJe 15/08/2018)

Nesse contexto, verificando-se que o recorrente foi condenado pelos fatos narrados na inicial acusatória, e nos mesmos tipos penais imputados, reduzindo-se apenas a quantidade de ilícitos, não há se falar em violação do princípio da correlação. Dessarte, não se verifica ofensa aos arts. 383 e 384 do Código de Processo Penal.

7. Ofensa aos arts. 158 e 400, § 1º, do CPP - Processo indevido e ilegal: violação à ampla defesa.

O recorrente aponta também ofensa aos arts. 158 e 400, § 1º, do Código de Processo Penal, por considerar que o juiz “(i) cerceou a defesa ao indeferir a produção de provas; (ii) deferiu a produção de prova documental sem conceder à defesa prazo razoável para análise; (iii) impediu arbitrariamente a gravação das audiências, garantia processual que integra o conceito de ampla defesa; (iv) indeferiu, a seu talante, a inquirição das testemunhas a respeito de acordos de colaboração premiada celebrados no exterior, autorizando que elas respondessem apenas o que julgassem conveniente e permitindo que elas se negassem até a dizer se tais acordos respeitavam as balizas formais diplomáticas; (v) suprimiu a fase de diligências complementares prevista no artigo 402 do Código de Processo Penal; e (vi), ao indeferir a juntada de documentos colhidos de ação penal supostamente conexa, promoveu prejuízo imensurável à defesa, perpetuando a disparidade de armas entre esta e a acusação” (e-STJ fls. 74.573/74.575).

Entende ser indispensável a prova pericial requerida, porquanto necessária para demonstrar a origem do dinheiro, de forma a revelar que os valores supostamente recebidos não são oriundos de contratos com a Petrobras, o que ensejaria a incompetência do Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba. Considera, no mais, que não há qualquer elemento que comprove a existência do caixa-geral, haja vista ter se deixado de lado “o necessário ‘follow the money’” (e-STJ fl. 74.576).

Conclui, assim, que a perícia é obrigatória, pois, “se é certo que o juiz pode indeferir as provas consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias (CPP, art. 400, §1º), as provas exigidas por lei, como é o caso ora tratado — prova pericial em supostos crimes que deixam vestígios —, devem ser realizadas. Inexiste opção para o magistrado” (e-STJ fl. 74.578).

O recorrente listou seis situações que, a seu ver, teriam violado o princípio da ampla defesa. Contudo, ao longo do seu recurso especial, discorreu apenas

sobre o indeferimento da perícia, motivo pelo qual o recurso especial se limitará à mencionada irresignação.

O Tribunal de origem, ao analisar referida alegação, consignou que, “sem descuidar para que a previsão do art. 400, § 1º do CPP e, por consequência, o poder instrutório do juízo, não se torne letra morta, somente se admite a intervenção do juízo recursal quando houver flagrante ilegalidade. *Suficientemente fundamentada a decisão que indefere intento probatório, não se há de falar em nulidade do feito, em especial se a prova requerida não guarda pertinência com os fatos apurados no processo*” (e-STJ fl. 72.834). Registrou, ademais que “as pretensões defensivas foram todas e cada uma examinadas e, na porção indeferida, há fundamentação idônea” (e-STJ fl. 72.842).

No que concerne à prova pericial, destacou que esta “é irrelevante à solução da controvérsia, em particular aquela destinada a identificar a origem dos recursos supostamente pagos a título de propina. Isso porque a inicial acusatória é cristalina ao indicar que a Construtora OAS mantinha um caixa geral para pagamento de propinas ao Partido dos Trabalhadores. Em certa medida, a denúncia é coerente com o contexto. A solicitação ou recebimento de vantagem indevida, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, ou aceitar promessa de tal vantagem (art. 317, CP), não pressupõe que o pagamento seja proveniente *somente* de recursos ilícitos” (e-STJ fl. 72.843). Concluiu-se, dessa forma, não haver ilegalidade na decisão do juízo de primeiro grau no que diz respeito à prescindibilidade das provas requeridas.

De fato, conforme já explicitado pelo Tribunal de origem, o art. 400, § 1º, do Código de Processo Penal autoriza o Magistrado a indeferir as provas que considerar irrelevantes, impertinentes ou protelatórias, uma vez que é ele o destinatário da prova. Dessa forma, o indeferimento fundamentado da prova requerida pela defesa não revela cerceamento de defesa, quando justificada sua desnecessidade para o deslinde da controvérsia.

Nesse sentido:

Processual Penal. Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Estupro qualificado em continuidade delitiva. Pedido de diligência. Indeferimento. Alegação de cerceamento de defesa. Discricionariedade do magistrado. Decisão fundamentada. Constrangimento ilegal. Não ocorrência. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não

pode ser utilizado como substituto de recurso próprio ou de revisão criminal, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício. 2. O art. 400, § 1º, do Código de Processo Penal, confere ao juiz do processo, destinatário final das provas, avaliar a necessidade e a conveniência da realização das diligências requeridas pelas partes, indeferindo aquelas que se revelem protelatórias ou impertinentes, ou seja, que no seu entender se mostrem irrelevantes para o deslinde da controvérsia. 3. No caso, não se vislumbra, *primo actu oculi*, nenhuma ilegalidade, nem cerceamento de defesa no indeferimento do pedido da defesa, formulado às vésperas do julgamento do apelo, de conversão do feito em diligência para realização de exame toxicológico no paciente, a fim de mitigar-lhe a culpabilidade, porquanto devidamente motivada a rejeição do pleito. 4. Ainda que houvesse elementos específicos, trazidos para comprovar a imprescindibilidade da diligência requerida, sua apreciação seria incabível nos estreitos limites do *habeas corpus*, visto ser evidente a inadequação da via eleita para a satisfação da pretensão deduzida. 5. *Habeas corpus* não conhecido. (HC 306.886/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 19/03/2015, DJe 06/04/2015).

O tema já foi analisado pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 390.433/PR, de relatoria do Ministro Felix Fischer, que, ao indeferir liminarmente a petição, consignou que, “feita uma análise inicial dos requerimentos da defesa, bem como do indeferimento feito pelo Juízo de 1º grau, verifica-se que *os dois primeiros requerimentos de provas periciais não teriam como provar, como acredita a defesa, que o Paciente não teria praticado as condutas que lhe são imputadas*, pois como foi dito a Denúncia não faz uma ligação entre os contratos indicados e os valores supostamente recebidos pelo Paciente, já que peça acusatória trata de um ‘caixa geral de propina’”.

Relevante destacar, ademais, que, estando devidamente motivado o indeferimento da prova pericial, porquanto considerada inútil pelas instâncias ordinárias para a finalidade visada pela defesa, tem-se que não é dado ao Superior Tribunal de Justiça desconstituir referida conclusão, porquanto esbarraria na necessidade de revolvimento do arcabouço probatório, o que é vedado nos termos do verbete n. 7 da Súmula desta Corte.

A propósito:

Penal e Processo Penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Lesão corporal no âmbito doméstico. Indeferimento de prova. I) Ato devidamente motivado pelo magistrado. Discricionariedade regrada do julgador. Acórdão recorrido de acordo com o entendimento do STJ. Súmula 568/STJ. Necessidade

da prova. II) Reexame de matéria fático e probatória. Inadmissibilidade. Súmula 7/STJ. Pleito absolutório. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Súmula 7/STJ. Agravo regimental a que se nega provimento. 1. *No termos do entendimento deste Superior Tribunal de Justiça “o indeferimento de produção de provas é ato norteadado pela discricionariedade regrada do julgador, podendo ele, portanto, soberano que é na análise dos fatos e das provas, indeferir, motivadamente, as diligências que considerar protelatórias e/ou desnecessárias, nos termos preconizados pelo § 1º do art. 400 do Código de Processo Penal”* (HC 180.249/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 04/12/2012). Súmula 568/STJ. 2. Para alterar o entendimento das instâncias de origem, que com base em dados concretos dos autos afastaram a alegação de cerceamento de defesa por entenderem que as provas requeridas e indeferidas eram prescindíveis, seria necessário a incursão no arcabouço fático e probatório, procedimento incabível nas vias excepcionais (Súmula 7/STJ). 3. Para dissentir do entendimento da Corte *a quo*, que soberana na análise das circunstâncias fáticas da causa, manteve a condenação do recorrente nas penas do artigo 129, § 9º, do Código Penal, seria inevitável o revolvimento do arcabouço carreado aos autos, procedimento sabidamente inviável na instância especial (Súmula n. 7/STJ). 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 1.228.012/RJ, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 15/05/2018, DJe 24/05/2018)

Processual Penal. Recurso em *habeas corpus*. Estupro de vulnerável. Pleito de produção de prova (avaliação psicodiagnóstica do réu e da vítima) indeferido pelo magistrado. Alegado cerceamento de defesa. Não ocorrência. Princípio do livre convencimento motivado. Recurso desprovido. 1. *Sem embargos acerca do amplo direito à produção da provas necessárias a dar embasamento às teses defensivas, ao magistrado, mesmo no curso do processo penal, é facultado o indeferimento, de forma motivada, das diligências protelatórias, irrelevantes ou impertinentes. Cabe, outrossim, a parte requerente, demonstrar a real imprescindibilidade na produção da prova requerida. Precedentes.* 2. No caso em exame, após 7 anos sem que fosse realizada a avaliação psicodiagnóstica, por ausência de profissionais habilitados para tal fim na comarca, o Juízo singular proferiu decisão indeferindo o pedido, dando prosseguimento ao feito. 3. Hipótese em que não se verifica a imprescindibilidade da prova pericial requerida, uma vez que a vítima já foi submetida à avaliação psicológica logo depois da suposta prática criminosa pelo recorrente, razão porque desnecessária a renovação da referida prova técnica. 4. O patrono do recorrente deixou de demonstrar de que forma a sua avaliação psicológica poderia influenciar na solução da controvérsia, até mesmo porque a principal prova contra ele produzida consistiria no testemunho da vítima, inexistindo nos autos qualquer notícia de que teria algum distúrbio mental ou de que existiria alguma circunstância apta a afastar a sua responsabilidade pelos fatos narrados na denúncia. 5. *Para uma melhor aferição acerca da concreta indispensabilidade da prova requerida durante a instrução, necessária seria uma profunda incursão em todo o acervo fático-probatório dos autos, providência*

incompatível com a via mandamental. 6. Recurso ordinário desprovido. (RHC 64.261/RS, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 07/03/2017, DJe 15/03/2017)

Nesse contexto, devidamente motivado o indeferimento da prova requerida pela defesa, haja vista ter sido considerada inútil para a finalidade visada pela defesa, não há se falar em violação dos arts. 158 e 400, § 1º, do Código de Processo Penal.

8. *Violação do art. 7º, inciso X, da Lei n. 8.906/1994.*

A defesa aponta, ainda, afronta ao art. 7º, inciso X, da Lei n. 8.906/1994, porquanto, “em 24/01/2018, na ocasião do julgamento, a despeito da fundamentada insurgência da defesa do recorrente, o Tribunal *a quo* concedeu 20 minutos de sustentação oral ao Ministério Público, 10 minutos ao assistente de acusação, e assegurou às defesas apenas 15, muito embora os corréus, delatores informais, tenham, na prática, aderido ao polo ativo do feito criminal”.

Conforme esclarecido pelo Tribunal de origem, no julgamento dos embargos de declaração, “a determinação do Presidente desta Oitava Turma, Desembargador Federal Leandro Paulsen, está prevista no Regimento Interno desta Corte, especificamente nos §§ 1º e 2º do artigo 172, *in verbis*: (...). Como se vê, diante da presença de corréus (litisconsortes), não representados pelo mesmo advogado, o prazo para acusação foi contado em dobro (30 minutos no total), dividido entre o representante do Ministério Público Federal e a assistente de acusação” (e-STJ fls. 74.169/74.170).

Registrou-se, ainda, “consoante consignado pelo *parquet* em parecer”, que (e-STJ fl. 74.170):

basta o critério matemático para se perceber a fragilidade da tese. O Ministério Público Federal dispôs de vinte minutos para sua sustentação oral e o assistente de acusação de outros dez. A defesa de Luiz Inácio, quinze minutos e a defesa de Paulo Okamoto (*sic*), mais quinze minutos. Além disso, havia outros réus que poderiam ter se utilizado da Tribuna para defender seus clientes, o que naturalmente levaria a um tempo maior para a defesa do que para a acusação. Assim, do tempo efetivamente utilizado, pode-se contar trinta minutos divididos entre o Ministério Público Federal e a assistência da acusação e trinta minutos divididos entre a defesa de Luiz Inácio e a defesa de Paulo Okamoto (*sic*), *em uma absoluta paridade matemática!*

De pronto, verifico que não é possível conhecer da presente alegação, uma vez que o dispositivo apontado como violado não alberga a controvérsia trazida

pela defesa. Com efeito, o inciso X do art. 7º da Lei n. 8.906/1994 cuida do uso da palavra, *pela ordem*, não fazendo qualquer referência ao tempo da *sustentação oral*. Nesse contexto, o recurso especial atrai a incidência do enunciado n. 284 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, haja vista a norma apontada como violada não possuir a abrangência pretendida pelo recorrente.

Como é cediço, a falta de correlação entre as normas apontadas como violadas e a discussão efetivamente trazida nos autos inviabiliza o conhecimento do recurso especial com relação às referidas violações. De fato, “a indicação de preceito legal federal que não consigna em seu texto comando normativo apto a sustentar a tese recursal e a reformar o acórdão impugnado padece de fundamentação adequada, a ensejar o impeditivo da Súmula 284/STF” (REsp n. 1.715.869/SP, Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 7/3/2018).

No mesmo sentido:

Penal e Processo Penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Violação aos arts. 59 e 68, ambos do CP. Elevação da pena-base. Justificativa idônea. Alteração. Inviabilidade. Reexame fático e probatório. Súmula 7/STJ. Ofensa ao art. 617 do CPP. Reformatio in pejus. Norma infraconstitucional que não alberga a tese ventilada. Fundamentação deficiente. Súmula 284/STF. Agravo regimental a que se nega provimento. 1. Consoante jurisprudência deste Sodalício Superior, “somente quando a dosimetria da pena mostrar-se teratológica é que deve ser modificada a reprimenda imposta pelo Juízo de primeiro grau, respeitando-se sua discricionariedade e valorizando a condição de que é ele que está mais próximo dos fatos e da realidade local. Ademais, para se modificar as conclusões das instâncias ordinárias relativas à dosimetria da pena, mostra-se necessário o reexame aprofundado do conjunto fático-probatório, providência incompatível com os estreitos limites do remédio heroico” (HC 184.325/DF, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Rel. p/ Acórdão Min. Ericson Maranhão (Desembargador Convocado do TJ/SP), Sexta Turma, DJe 04/12/2015). 2. O dispositivo de lei indicado como violado não alberga a pretensão recursal perquirida pelo recorrente, fato este que impossibilita a compreensão da controvérsia arguida nos autos, ante a deficiência na fundamentação recursal. Enunciado 284 da Súmula do STF. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 1221928/MG, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 17/04/2018, DJe 27/04/2018).

Processo Penal. Agravo regimental em recurso especial. Competência. Vara Especializada contra o Crime Organizado, Crimes contra a Ordem Tributária e Econômica e Crimes contra a Administração Pública. I - A jurisprudência desta eg. Corte, alinhando-se ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, é a de autorização para que Tribunais locais procedam à especialização de Varas para

o processamento de feitos restritos por matéria. Assim, apesar de terem sido cometidos os delitos na Comarca de Rondonópolis, o julgamento perante a Vara Especializada contra o Crime Organizado, os Crimes contra a Ordem Tributária e Econômica e os Crimes contra a Administração Pública se mostra acertado porquanto prevalece o Juízo especializado em razão da matéria. Precedentes. II - os dispositivos apontados no apelo nobre não albergam a pretensão recursal porquanto seria necessário examinar os citados Provimento 004/2008/CM e a Resolução 23/2014 do Tribunal *a quo*, pois o artigo 70 do CPP não traz comando normativo suficiente, por si só, para alterar a competência fixada nas instâncias de origem. *Portanto, incide, no caso, o teor da Súmula 284/STF ('É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia')*. Agravo desprovido. (AgRg no REsp 1.611.615/MT, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 10/04/2018, DJe 16/04/2018).

Ainda que assim não fosse, a defesa efetivamente usou da palavra para realizar a sustentação oral, sendo observada a regra do regimento interno daquela Corte bem como a paridade matemática, conforme destacado no acórdão recorrido.

9. Contrariedade aos arts. 619, 231 e 479 do CPP - Ainda sobre o processo indevido e ilegal: desprezo às provas de inocência.

A defesa aponta violação ao art. 619 do Código de Processo Penal, em virtude de o Tribunal não ter aclarado as omissões e contradições apontadas pela defesa, bem como em virtude de ter deixado de “considerar os documentos novos apresentados pelo recorrente sob o fundamento de que teria ocorrido ‘preclusão consumativa’”.

Defende que “o compromisso do juiz criminal com a verdade real e as liberdades asseguradas na Carta Constitucional têm de superar os preciosismos procedimentais, que jamais poderão ser havidos como um fim em si mesmo” (fl. 74.582). Dessa forma, entende que a Corte local contrariou também o art. 231 do Código de Processo Penal, ao afirmar que “a Defesa não poderia oferecer documentos novos após a interposição de recursos, em evidente contrariedade ao dispositivo em questão, que permite a apresentação de documentos novos em qualquer fase do processo, excetuando-se vedações legais expressas” (fl. 74.582).

Por fim, assevera que “a ‘preclusão consumativa’ suscitada pelos acórdãos recorridos não tem amparo na legislação federal. Ao contrário, a juntada dos documentos novos é expressamente prevista ‘em qualquer fase do processo’, não incidindo no caso concreto, à toda evidência, a limitação prevista no art.

479 do CPP”. Entende que seria possível “o indeferimento apenas no caso de os documentos terem natureza meramente protelatória ou tumultuária, o que, evidentemente, não é o caso dos autos” (e-STJ fls. 74.583/74.584).

De início, destaco que para que haja violação ao art. 619 do Código de Processo Penal, é necessário demonstrar que o acórdão embargado efetivamente padece de um dos vícios listados: ambiguidade, obscuridade, contradição e omissão; e que o Tribunal de origem, embora instado a se manifestar, manteve o vício. Contudo, não é o que se verifica na hipótese.

A Corte local, ao analisar os embargos de declaração, consignou, de plano, que “a simples insurgência da parte contra os fundamentos invocados e que levaram o órgão julgador a decidir não abre espaço para o manejo dos embargos de declaração, devendo ser buscada a modificação pretendida na via recursal apropriada” (e-STJ fl. 74.161). No mais, refutou um a um os pontos trazidos pela defesa, fazendo referência expressa ao que já decidido no acórdão embargado.

Observa-se, portanto, que, diferentemente do que alega o recorrente, a Corte *a quo* examinou em detalhe todos os argumentos defensivos trazidos no recurso de apelação, apresentando fundamentos suficientes e claros para refutar as alegações deduzidas, razão pela qual foram rejeitados os aclaratórios.

Resolvida a questão com fundamentação satisfatória, acaso a parte não se conforme com as razões declinadas ou considere a existência de algum equívoco ou erro de julgamento, não são os embargos, que possuem função processual limitada, a via própria para impugnar o julgado ou rediscutir a causa.

Dessa forma, é possível aferir, de forma manifesta, que a irresignação do recorrente diz respeito, em verdade, ao mérito da decisão, a qual não acolheu todas as teses defensivas. Nesse contexto, tem-se que o fato de não ter sido acolhida a irresignação da parte, apresentando a Corte local fundamentação em sentido contrário, por certo não revela violação do art. 619 do Código de Processo Penal.

Com efeito, “demonstrado, por ocasião do julgamento dos embargos de declaração, de forma satisfatória e suficiente, que o acórdão embargado não padecia de qualquer vício e que o embargante em verdade pretendia, com o recurso, obter a reforma do julgamento, desnecessária e prolixa seria qualquer manifestação adicional a respeito do tema, visto que esgotada a matéria debatida”. (AgRg no REsp 1695267/PE, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 24/05/2018, DJe 30/05/2018)

No mesmo sentido:

Processo Penal. Embargos de declaração no agravo regimental no agravo em recurso especial. Revisão do julgado. Impossibilidade. Inexistência de omissão, contradição ou obscuridade. Embargos infringente de ação penal originária. Ausência de previsão legal. Fins de prequestionamento. Não cabimento. Embargos rejeitados. 1. *Nos termos do art. 619 do Código de Processo Penal, os embargos de declaração, como recurso de correção, destinam-se a suprir omissão, contradição e ambiguidade ou obscuridade existente no julgado. Não se prestam, portanto, para sua revisão no caso de mero inconformismo da parte.* 2. O argumento de que o enunciado da Súmula 83 do STJ aplica-se somente aos recursos especiais interpostos com fulcro na alínea “c” do permissivo constitucional não merece subsistir, uma vez que o entendimento adotado por esta Corte Superior é o de que “esse óbice também se aplica ao recurso especial interposto com fulcro na alínea a do permissivo constitucional” (AgRg no AREsp 475.096/MG, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 09/08/2016, DJe 19/08/2016). 3. *O órgão julgador não está obrigado a se manifestar sobre todos os pontos alegados pela parte, mas somente sobre os que entender necessários ao deslinde da controvérsia, de acordo com o livre convencimento motivado, tal como ocorre no presente caso.* 4. (...). (EDcl no AgRg no AREsp 1.224.190/MG, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 12/06/2018, DJe 20/06/2018)

Penal e Processo Penal. Agravo regimental em recurso especial. Violação do art. 619 do CPP. Não ocorrência. Ausência de omissão no acórdão recorrido. Interrogatório realizado por videoconferência. Nulidade relativa. Ausência de demonstração do prejuízo. *Pas nullite sans grief*. Recurso especial improvido. Agravo regimental não provido. 1. *A matéria levada a julgamento pelo Tribunal local foi fundamentadamente decidida, não tendo ocorrido omissão no aresto.* 2. Não se declara nulidade no processo se não resta comprovado o efetivo prejuízo, em obséquio ao princípio *pas de nullité sans grief* positivado no artigo 563 do Código de Processo Penal e consolidado no enunciado n. 523 da Súmula do Supremo Tribunal Federal 3. No caso concreto, além de ter ocorrido a preclusão por falta de impugnação no momento oportuno, não houve prejuízo à parte, pois a prova da mobilidade do corréu foi solicitada por outros meios, qual seja, o exame pericial. 4. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1726134/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 22/05/2018, DJe 04/06/2018).

Além disso, mesmo após o advento no novo Código de Processo Civil, prevalece no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que “o julgador não é obrigado a rebater cada um dos argumentos aventados pela defesa ao proferir decisão no processo, bastando que pela motivação apresentada seja possível aferir as razões pelas quais acolheu ou rejeitou as pretensões da parte”

(AgRg no AREsp 1.009.720/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 25/04/2017, DJe 05/05/2017).

Nesse sentido, ainda, o seguinte precedente desta Corte:

Embargos de declaração para fins de prequestionamento de matéria constitucional. Alegada omissão, no acórdão recorrido, de menção a dispositivos constitucionais e convencionais que teriam sido violados. Embargante que, nas razões do recurso ordinário em mandado de segurança sequer mencionou os artigos da Constituição Federal ou de tratados internacionais que teriam sido violados. Inexistência de omissão a reconhecer. Embargos rejeitados. I - Não tendo sido mencionados pela recorrente, nas respectivas razões do recurso ordinário em mandado de segurança (mas apenas nos embargos de declaração), os dispositivos constitucionais e convencionais supostamente violados, não há que se cogitar de omissão no acórdão embargado em não ter feito menção expressa a tais dispositivos. II - "O julgador não é obrigado a manifestar-se sobre todas as teses expostas no recurso, ainda que para fins de prequestionamento, desde que demonstre os fundamentos e os motivos que justificaram suas razões de decidir" (EDcl no AgRg no HC 302.526/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Pacionik, DJe 01/02/2017). III - Tendo sido enfrentadas no acórdão recorrido todas as matérias ventiladas no recurso, com exceção daquelas em relação às quais houve supressão de instância, por não terem sido apreciadas pelas instâncias ordinárias, inexistente omissão a ser reconhecida. IV - Mesmo para fins de prequestionamento, os embargos de declaração são cabíveis apenas quando houver ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão, nos termos do art. 619 do Código de Processo Penal, hipóteses que não se verificam no caso concreto. Embargos de Declaração conhecidos, mas rejeitados. (EDcl no AgRg nos EDcl no RMS 50.590/ES, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 07/11/2017, DJe 10/11/2017)

Ademais, no que concerne aos documentos novos juntados pela defesa, a Corte local consignou que "o Código de Processo Penal estabelece um rito a ser seguido nas ações penais, não havendo previsão de 'prazo eterno' para recursos, tampouco possibilita a juntada de provas em qualquer fase. No caso, a oportunidade para a oposição dos embargos de declaração se esgotou com o protocolo do recurso, em 20/02/2018, último dia de prazo, inexistindo qualquer peculiaridade que justifique a pretendida emenda da petição. Há, assim, clara preclusão consumativa". Destacou, ademais, que "a fase instrutória já há muito está encerrada. Prolatada sentença e julgadas as apelações por este Tribunal, é inviável a reabertura da instrução e a apreciação de documento só agora colacionado". (e-STJ fls. 74.184/74.185).

Ao analisar os segundos embargos de declaração opostos pela defesa do recorrente, a Corte local destacou que "não há qualquer omissão a ser

sanada, tendo em vista que o não conhecimento das petições mencionadas e dos documentos nelas anexados restou devidamente fundamentado no item '3.' do acórdão embargado. Ainda que o dispositivo mencionado estabeleça a possibilidade de juntada de documentos em qualquer fase do processo, *tal permissão não é absoluta e tampouco autoriza a reabertura da instrução ao bem entender da defesa*, ainda mais no caso, em que juntadas as peças quando já haviam sido julgadas as apelações interpostas e confirmada a sentença condenatória" (e-STJ fls. 74.382/74.383).

Por fim, consignou que, "além de afirmada a preclusão consumativa, ressaltou-se no acórdão embargado que a defesa de Luiz Inácio Lula da Silva em nenhum momento requereu a oitiva de João Vaccari, bem como a irrelevância do quanto teria sido consignado por Márcio Faria considerando o contexto probatório amplamente debatido no acórdão que julgou as apelações. Ainda, entendeu-se ser inusitada, fantasiosa e sem qualquer proveito para o processo a tese de eventual colaboração informal entre autoridades brasileiras e americanas. Sem sucesso, pois, os embargos no ponto" (e-STJ fls. 74.383).

Como visto, não há se falar em ofensa ao art. 619 do Código de Processo Penal, no que concerne aos documentos novos, porquanto operada a preclusão consumativa. Ademais, não se verifica ofensa ao art. 479 do Código de Processo Penal, porquanto se trata de norma específica do procedimento relativo aos processos da competência do Tribunal do Júri, inserida no Capítulo II do Código de Processo Penal. Note-se que se trata de dispositivo que disciplina a apresentação de documentos durante o julgamento pelo Júri, não albergando, portanto, a tese da defesa no sentido de que se trata de norma que autoriza a apresentação de documentos em qualquer momento processual, ainda que se tratasse de crime doloso contra a vida.

Por fim, embora o art. 231 do Código de Processo Penal disponha que "as partes poderão apresentar documentos em qualquer fase do processo", não é possível fazer a leitura do referido dispositivo de forma isolada, descontextualizada das demais regras do processo penal. Com efeito, referida regra não autoriza a apresentação de documentos após a interposição do recurso cabível, porquanto não tem o condão de se sobrepor ao instituto da preclusão consumativa.

No mais, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, referida regra não é absoluta nem enseja, a critério da defesa, a reabertura da instrução, principalmente quando os documentos juntados forem manifestamente protelatórios ou tumulturários. Não se pode descurar que o processo é uma

marcha para frente, motivo pelo qual não é possível a reabertura da instrução processual a todo momento, principalmente como na presente hipótese, em que já haviam sido julgadas as apelações interpostas e confirmada a sentença condenatória.

A propósito:

*Processual Penal. Apropriação indébita previdenciária. Alegação de cerceamento de defesa. Não apreciação do aditamento das razões recursais e documentos correlatos que supostamente comprovariam a tese de inexigibilidade de conduta diversa em razão da insuficiência financeira da empresa. Princípio da unirrecorribilidade. Preclusão consumativa. Art. 231 do CPP. Possibilidade de juntada de documento em qualquer fase processual. Regra não absoluta. Ordem de habeas corpus não conhecida. 1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, ressalvando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal. 2. Em harmonia ao princípio da unirrecorribilidade recursal, que prescreve a impossibilidade da mesma parte manejar mais de um recurso contra o mesmo ato judicial, fica vedada a prática de qualquer ato processual posterior à interposição do apelo pela defesa do paciente, ainda que seja com intuito de aditar às razões recursais, uma vez que operada a denominada preclusão consumativa. 3. A regra insculpida no art. 231 do CPP, no qual se estabelece que as partes poderão apresentar documentos em qualquer fase do processo não é absoluta, sendo que nas hipóteses em que forem manifestamente protelatórias ou tumultuárias podem ser indeferidas pelo magistrado. 4. Na espécie, é inoportuna a juntada dos documentos que supostamente comprovariam a dificuldade financeira da empresa, tanto pela sua extemporânea juntada na fase recursal, quanto pela sua irrelevância ou falta de força probante para desconstituir a convicção do julgador formada ao sentenciar, já que consoante bem anotado no acórdão impugnado, a documentação sequer era contemporânea ao fato delitivo apurado na ação penal originária. 5. Acórdão lavrado em decorrência do disposto no art. 52, inciso IV, "b", do RISTJ, nomeadamente porque a Relatora originária não mais compõe a Quinta Turma desta Corte Superior. 6. Ordem de *habeas corpus* não conhecida. (HC 250.202/SP, Rel. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Rel. p/ Acórdão Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 10/09/2013, DJe 28/11/2013)*

Não verifico, portanto, as violações apontadas.

10. Negativa de vigência ao art. 4º, § 16, da Lei n. 12.850/2013 - Chamamento de corrêu.

A defesa aponta violação do art. 4º, § 16, da Lei n. 12.850/2013, por considerar que "o depoimento do corrêu Léo Pinheiro, ex-Presidente da

OAS, foi o argumento essencial do decreto condenatório. Apesar da exaustiva instrução processual, não há um único elemento de prova, oral ou documental, que confirme ter o ora recorrente solicitado, aceito ou recebido vantagem indevida” (e-STJ fl. 74.587).

O Tribunal de origem, ao analisar a insurgência da defesa, consignou que (e-STJ fl. 72.893/72.894):

As palavras do corrêu podem ser utilizadas se reveladas com espontaneidade e coerência, suportada por outros indícios, bem como sujeita ao contraditório. Tal exegese é extraída do disposto nos arts. 188 a 197 do Código de Processo Penal, destacando-se o direito de reperguntas às partes e a interpretação da confissão (com a chamada de corrêu) segundo os demais elementos de convicção porventura existentes.

Espontaneidade, esclareça-se, não significa dizer que o corrêu não objetivo, com a colaboração, obter benefícios de ordem processual, como, no mínimo, a redução da pena pela atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, 'd', CP) ou outro previsto na legislação (como nas Leis n. 9.613/88 e 9.807/99). Dessa forma, são válidos os depoimentos prestados por colaboradores e por corrêu, sendo que seu valor probatório está a depender da sintonia como os demais elementos de convicção existentes nos autos.

3.1.3. É certo que a regra do § 16 do art. 4º da Lei 12.850/2013 prevê reservas quanto à utilização exclusivamente da palavra de um colaborador para firmar o decreto condenatório, *in verbis*:

§ 16. Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.

Isso porque as palavras do colaborador devem ser colhidas com redobradas cautelas, inclusive comparando-as com os depoimentos de testemunhas. Todavia, havendo diversos colaboradores asseverando, em processos, momentos e contextos distintos, fatos no mesmo sentido, entendo que a regra acima transcrita deixa de ser imperativa, haja vista que a possibilidade de eventual acerto de um depoimento por outro perde força.

Asseverou, no mais, que “os seus depoimentos devem ser lidos com o mesmo cuidado, sendo indispensável o exame dos demais elementos de prova para que seja, ou não, dada credibilidade. Assim, da *pluralidade de depoimentos* em consonância com a tese da acusação, há de se constatar a existência de provas outras com eles compatíveis” (e-STJ fl. 72.894).

Como visto, da leitura do acórdão recorrido, verifica-se que a condenação do recorrente foi proferida e confirmada com base não apenas em um depoimento,

mas em extenso arcabouço probatório que o confirma. Ademais, o corréu Léo Pinheiro foi ouvido na condição de interrogado e não como colaborador (e-STJ fl. 72.891).

Manifesta, assim, a ausência de violação do § 16 do art. 4º da Lei n. 12.850/2013, o qual impede “condenação proferida com fundamento *apenas* nas *declarações de agente colaborador*”.

Nesse sentido:

Agravo regimental no recurso especial. Falsidade ideológica. Denúnciação caluniosa. Materialidade e autoria. Comprovação. Vasto conjunto probatório. Absolvição. Impossibilidade. Súmula 7 do STJ. Dosimetria. Idoneidade. Bis in idem. Não ocorrência. 1. Os pleitos de absolvição ou de desclassificação dos delitos de falsidade ideológica e denúnciação caluniosa para o de abuso de autoridade esbarram no óbice da Súmula n. 7 do STJ, porquanto implicaria, inevitavelmente, rever as premissas fáticas que nortearam as instâncias ordinárias, providência essa vedada em sede de recurso especial. 2. *Condenação baseada não apenas nas declarações do delator, mas em todo um acervo de provas documentais e testemunhais. Ausência de ofensa ao artigo 4º, § 16, da Lei n. 12.850/2013.* 3. É legítima a emissão de juízo negativo sobre as vetoriais que orientam a fixação da pena-base com fundamento em elementos concretos dos autos. 4. Crime que se reveste de maior reprovabilidade pelo fato de ter sido praticado por quem exercia cargo de juiz federal, com vasto conhecimento na matéria penal e processual penal, se comparado ao funcionário público comum. 5. Não configura *bis in idem* a consideração negativa da culpabilidade, dado o grau de censurabilidade a conduta, que exorbita àquela praticada pelo servidor público comum, com o aumento de pena previsto no art. 299, parágrafo único do CP. 6. A consideração acerca dos motivos do crime de falsidade ideológica foi devidamente negativada, pois além de o acusado ter forjado uma delação premiada para ter elementos para praticar outro crime (denúnciação caluniosa), a conduta praticada por ele teve outros reflexos. 7. Não é desarrazoada a consideração negativa das circunstâncias do delito da falsidade ideológica, considerando que o crime foi praticado em plena audiência, dentro das dependências da Justiça Federal, e com o uso de outros servidores públicos federais, fatos que merecem maior censurabilidade. 8. Agravo desprovido. (AgRg no REsp 1.735.771/PR, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 23/10/2018, DJe 29/10/2018)

11. Negativa de vigência aos arts. 616 e 196 do CPP.

O recorrente aponta ofensa aos arts. 616 e 196 do Código de Processo Penal, se limitando a afirmar que “embora se apegue às declarações do corréu, o Tribunal *a quo* se recusou a colher novo depoimento do recorrente” (e-STJ fl.

74.593). No ponto, nem ao menos é possível compreender em que consiste a alegada violação.

Com efeito, o art. 616 do Código de Processo Penal dispõe que “no julgamento das apelações *poderá* o tribunal, câmara ou turma proceder a novo interrogatório do acusado, reinquirir testemunhas ou determinar outras diligências”. E o art. 196 do referido Diploma disciplina que “a todo tempo o juiz *poderá* proceder a novo interrogatório de ofício ou a pedido fundamentado de qualquer das partes”.

Ora, conforme explicitado pela Corte local, o disposto no art. 616 do Código de Processo Penal, no sentido de autorizar novo interrogatório, reinquirição de testemunhas ou a realização de novas diligências, não traz faculdade aos réus e ao Ministério Público Federal, mas ao relator, quando entender haver dúvida a respeito de fatos. Tal prerrogativa, contudo, deve ser utilizada com cautela” (e-STJ fl. 72.875).

Ressaltou-se, ademais, que (e-STJ fl. 72.877):

Tal entendimento foi reafirmado em decisão inicial pelo Ministro Felix Fischer no HC n. 404.030/PR, impetrado em razão de indeferimento em apelação criminal correlata. Em breve síntese, indicou o e. Relator naquela Corte Superior que ‘o art. 616 do CPP (que permite aos tribunais, antes do julgamento da apelação, determinar outras diligências) *é, de fato, uma faculdade, de modo que (...) cabe ao próprio Tribunal decidir pelo uso ou não da faculdade que a lei lhe confere*’.

Na hipótese, sequer de produção de prova se trata. A simples insatisfação da defesa com o seu interrogatório e o interesse de novamente se manifestar sobre os fatos a respeito dos quais já foi o réu interrogado, não abre espaço à utilização do estatuído no art. 616 do Código de Processo Penal.

Em segundo, da premissa trazida não decorre logicamente a conclusão de necessidade de que o réu seja reinterrogado pelo Tribunal. *Tal proceder significaria, pois, violação à competência do juízo de origem, a quem cabe a condução do feito*.

Lembrando que a competência do Tribunal para o caso é recursal, eventual reconhecimento de invalidade no interrogatório conduziria à nulidade do feito e o seu retorno ao primeiro grau para designação de novo ato, mas nunca a sua realização pelo Órgão Recursal em sobreposição ao juízo constitucionalmente competente.

Nesse contexto, verifico que os dispositivos considerados violados não albergam a pretensão do recorrente, a qual, ademais, ficou deficientemente explicitada no recurso especial. Como é cediço, a falta de correlação entre as normas apontadas como violadas e a discussão efetivamente trazida nos

autos inviabiliza o conhecimento do recurso especial com relação às referidas violações.

De fato, “a indicação de preceito legal federal que não consigna em seu texto comando normativo apto a sustentar a tese recursal e a reformar o acórdão impugnado padece de fundamentação adequada, a ensejar o impeditivo da Súmula 284/STF” (REsp n. 1.715.869/SP, Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 7/3/2018).

No mesmo sentido:

Penal e Processo Penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Violação aos arts. 59 e 68, ambos do CP. Elevação da pena-base. Justificativa idônea. Alteração. Inviabilidade. Reexame fático e probatório. Súmula 7/STJ. Ofensa ao art. 617 do CPP. *Reformatio in pejus*. Norma infraconstitucional que não alberga a tese ventilada. Fundamentação deficiente. Súmula 284/STF. Agravo regimental a que se nega provimento. 1. (...). 2. *O dispositivo de lei indicado como violado não alberga a pretensão recursal perquirida pelo recorrente, fato este que impossibilita a compreensão da controvérsia arguida nos autos, ante a deficiência na fundamentação recursal. Enunciado 284 da Súmula do STF*. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 1.221.928/MG, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 17/04/2018, DJe 27/04/2018).

Não conheço, portanto, do recurso especial no ponto, em virtude da incidência, por analogia, do enunciado n. 284 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

12. Contrariedade ao art. 317, caput, do CP - Corrupção virtual e Crime sem conduta.

Superadas as preliminares analisadas pela Corte local, a defesa se insurge, ainda, contra o mérito da ação penal, apontando ofensa ao art. 317, *caput*, do Código Penal, “na medida em que o recorrente foi condenado por *receber a vantagem consistente no imóvel*, mas o aresto reconhece que ele *nunca teve a propriedade ou a posse*, isto é, que o bem nunca ingressou em sua esfera patrimonial”. Conclui, assim, que, “a toda evidência, sua conduta é atípica” (e-STJ fl. 74.594).

Considera, no mais, que “emerge com nitidez da própria base empírica dos arestos recorridos que o recorrente jamais teve qualquer relação jurídica com a BANCOOP. *Quem mantinha essa relação jurídica era sua esposa*, que, posteriormente, diante do encerramento do regime de cooperativa após a

transferência da construção do edifício para a OAS Empreendimentos, pediu na Justiça a devolução dos valores que havia investido”. Defende, dessa forma, que a conduta da esposa do recorrente não lhe pode ser atribuída.

De início, no que concerne à ausência de transferência da titularidade do triplex, consta de forma expressa no acórdão recorrido, que “as provas diretas e indiciárias são insofismáveis quanto ao *recebimento de valores e bens por parte do ex-Presidente*, pagos pela empresa *OAS Empreendimentos* por determinação de Léo Pinheiro, que, aliás, é confesso quanto aos fatos. *A inexistência de prova material da transferência do domínio ou da posse não serve para afastar as conclusões, ao revés, reforça a compreensão de que tudo foi feito com a intenção de ocultar a verdadeira titularidade e o destinatário dos benefícios*” (e-STJ fls. 73.000).

Registrou-se, ademais, que “a transferência da propriedade em favor do agente *é antagônica ao branqueamento e, por isso, tal ausência não desnatura o crime de lavagem de dinheiro*, como já explicado em passagens anteriores. Todavia, para reforçar, vale repetir que a Lei n. 9.613/98 não tipifica a *propriedade formal*, mas sim a sua ocultação ou dissimulação, além da ‘natureza, origem, localização, disposição, movimentação’” (e-STJ fl. 73.007).

O acórdão recorrido contextualizou os fatos, discorrendo que (e-STJ fls. 72.938/72.939):

O Grupo OAS, especificamente no tocante ao Consórcio CONEST/RNEST em obras na Refinaria do Nordeste Abreu e Lima - RNEST e no Consórcio CONPAR em obras na Refinaria Presidente Getúlio Vargas - REPAR, realizou o pagamento de propina no valor estimado de R\$ 87.624.971,26, correspondente a 3% sobre a parte correspondente da Construtora OAS nos empreendimentos referidos.

Cerca de 1% desse valor teria sido destinado especificamente a agentes políticos do Partido dos Trabalhadores, pagos por um caixa geral de propinas que computava crédito em favor da agremiação.

*Do total reservado ao partido, R\$ 3.738.738,00 teriam sido destinados especificamente ao ex-Presidente **Luiz Inácio Lula da Silva**, representados pelo apartamento 164-A, triplex, do Condomínio Solaris, de matrícula n. 104.801 do Registro de Imóveis do Guarujá/SP, sem que houvesse pagamento da totalidade do preço correspondente. Há, com isso, ainda que desprezados os mobiliários, no mínimo vantagem indevida decorrente da diferença de preço entre uma e outra unidade.*

*Historiando os fatos, quando o empreendimento imobiliário pertencia à BANCOOP - Cooperativa Habitacional dos Bancários, **Luiz Inácio Lula da Silva** teria pago parte por um apartamento simples (n. 141-A), cerca de R\$ 209.119,73, mas o Grupo OAS disponibilizou a ele, ainda em 2009, o apartamento 164-A, triplex, sem que fosse cobrado qualquer acréscimo.*

Posteriormente, em 2014, o apartamento passou por benfeitorias, a cargo do Grupo OAS para atender ao ex-Presidente, sem que houvesse igualmente pagamento de preço. Estima o MPF o valor da vantagem indevida em cerca de R\$ 2.424.991,00, assim discriminada: R\$ 1.147.770,00 correspondente à diferença entre o valor pago e o preço do apartamento entregue e R\$ 1.277.221,00 em reformas e na aquisição de bens para o apartamento.

(...).

Diz-se que, do total de propina originária dos contratos RNEST e REPAR, R\$ 13,5 milhões eram destinados ao PP, R\$ 6 milhões ao PSDB e R\$ 16 milhões ao PT - Partido dos Trabalhadores.

Os R\$ 16 milhões administrados pelo caixa único da OAS foram direcionados ao Partido dos Trabalhadores. *Parcela deste total foi redirecionada ao pagamento do triplex destinado ao ex-Presidente **Luiz Inácio Lula da Silva***. Tal clareza é fundamental, pois há consequências jurídicas importantes, dentre elas, a constatação do momento em que de fato teria ocorrido o recebimento de vantagem para finalidades pessoais do apelante.

A Corte local anotou, ainda, por oportuno, que “as expressões ‘concessão’ ou ‘destinação’ não devem ser interpretadas dentro de qualquer concepção jurídica, mas sim como indicativos da sequência de fatos que culminaram com os atos de corrupção passiva, assim entendida como o recebimento de vantagem indevida materializada no próprio imóvel” (e-STJ fl. 72.940).

Consta, também, com relação aos fatos, que “é incontroverso que a esposa do ex-Presidente, Marisa Letícia Lula da Silva, firmou termo de adesão ao empreendimento com a BANCOOP, relativamente à unidade 141 do edifício”. No entanto, o acervo probatório revela que foi destinada, reformada e mobiliada para o apelante, a seu pedido, a unidade triplex, com recursos ilícitos auferidos pela empreiteira em contratos com a *Petrobras* (e-STJ fl. 72.941).

De acordo com a Corte local, o histórico da construção do edifício autoriza uma melhor compreensão dos fatos (e-STJ fl. 72.942 e 72.944/72.945):

O empreendimento foi originariamente titularizado pela BANCOOP e posteriormente transferido para a OAS Empreendimentos por força de dificuldades financeiras enfrentadas pela primeira (reforçadas pelo ajuizamento de ação por associação de cooperados de outro empreendimento, no qual a OAS interveio em face da assunção da construção - evento 3, comp226).

Aliás, foram justamente as dificuldades financeiras que fomentaram o contato entre a BANCOOP e a OAS, para que a construtora viesse a assumir diversas obras, dentre elas a do edifício no Guarujá. A transferência do empreendimento

está provada e o contrato de compromisso de compra e venda acha-se encartado aos autos (evento 3 - comp213), onde não há apenas a transferência do empreendimento, mas da própria titularidade do terreno, que se achava matriculado sob n. 68.085, no respectivo Cartório do Guarujá/SP.

A OAS, além de adquirir o terreno onde estava sediado o empreendimento, expressamente anuiu em transformar-se em incorporadora do edifício, na forma da Lei das Incorporações (Lei n. 4.591/64). Referido acordo, datado de 08 de outubro de 2009, estabelecia a realização de assembleia dos condôminos para aprovação da avença, bem como prazo para a 'demissão' para aqueles que pretendessem rescindir o contrato (capítulo VIII, do contrato).

(...).

O ajuste previa o chamamento de todos os associados para uma assembleia, onde cada condômino deveria fazer uma das opções possíveis sobre o destino do empreendimento: aderir à nova forma de conclusão da obra, assinando termo de acordo, ou optar por rescindir o contrato. A ausência de manifestação do cooperado, na forma dos itens 8.2 e 8.3 do acordo firmado, implicaria em violação de decisão assemblear e, por consequência, a 'demissão' do cooperado do grupo.

Ocorre que, da assembleia realizada em 27/10/2009, convocada pelo Diretor Presidente da BANCOOP (evento 3 - comp214) e na qual foi aprovado o acordo, *não redundou nenhuma ação positiva por parte do apelante Luiz Inácio Lula da Silva e de sua esposa Marisa Letícia. Isto é, não requereram a 'demissão' como cooperados, como também não assinaram termo de adesão ao novo empreendimento.*

Todavia, há prova da adesão, na medida em que também ali consta informação da adquirente do empreendimento (OAS Empreendimentos) prestada ao Ministério Público de São Paulo, em sede de ação civil pública, que, das 112 unidades, 'foram vendidas 111 (cento e onze) unidades do empreendimento para ex-cooperados da BANCOOP, bem como 1 (uma) unidade do empreendimento para novo adquirente' (evento 3 - comp226 - p. 4-5).

Equivale dizer, todas as unidades estavam vendidas, inclusive a implicitamente destinada ao ex-Presidente.

3.3.5.2. A defesa sustenta, porém, que teria havido rescisão do contrato, porque o apelante e sua esposa nunca firmaram qualquer compromisso de transferência de uma unidade para outra, tampouco optaram em reaver os valores aplicados na compra da unidade a tempo e modo firmado na assembleia de condomínio. Posteriormente, no entanto, Marisa Letícia Lula da Silva ingressou com ação cível contra a BANCOOP e a OAS Empreendimentos pleiteando a devolução dos valores pagos; aponte-se, somente em 19/07/2016 (evento 85, out12).

Como ressaltado acima, não há prova de qualquer manifestação de vontade expressa do apelante ou de sua esposa por ocasião da assembleia que disciplinou a assunção do empreendimento pela OAS Empreendimentos, malgrado os condôminos/cooperados tenham sido chamados a fazê-la.

A consequência jurídica de silêncio seria a exclusão ('demissão') do cooperado (itens 8.2 e 8.3). Ocorre que não há nos autos qualquer iniciativa, por parte do cooperado ou da empreiteira, quanto à exclusão, podendo-se concluir, dos indícios, que a relação jurídica se manteve.

Tanto é assim, que os compromissários adquirentes continuaram vertendo mensalidades até setembro/2009. Mais do que isso, o imóvel constou expressamente na declaração de imposto de renda conjunta do casal **Lula da Silva** até o exercício de 2015, ano-calendário 2014. Somente na declaração seguinte (ano-calendário 2015) houve a exclusão do referido compromisso de compra e venda da declaração de ajuste anual.

Após a transcrição de alguns depoimentos de pessoas que atuaram na reforma da unidade - Mariuza Aparecida da Silva Marques, Armando Drage Magri, Igor Ramos Pontes, Arthur Hermógenes Sampaio Neto e Mário da Silva Amaro, Rosivane Soares Cândido -, bem como do zelador do Condomínio Solaris - José Afonso Pinheiro -, a Corte de origem concluiu, "com toda a certeza, que, ao longo do ano de 2014, foram feitas visitas ao apartamento pelo apelante e seus familiares, bem como foram realizadas reformas custeadas pela OAS Empreendimentos" (e-STJ fl. 72.954).

Destacou-se que o réu Paulo Roberto Gordilho, em seu interrogatório, informou que (e-STJ fl. 72.955/72.956):

(...) ao tempo dos fatos era Diretor Técnico da OAS Empreendimentos, tendo conhecimento desde uma determinada reunião de Diretoria da empresa que o apartamento triplex, unidade 164-A, do Edifício Solaris, era destinado ao ex-Presidente *Luiz Inácio Lula da Silva* ('Não, numa reunião de diretoria em 2011, por aí, foi mostrado o apartamento, esse está reservado para o ex-presidente.'). Afirma que todos dentro da diretoria da OAS Empreendimentos sabiam da reserva do apartamento. Relatou que a customização do apartamento somente ocorreu em 2014, embora o imóvel já estivesse reservado antes disso. Disse que esteve na segunda visita ao apartamento, da qual participaram Marisa Letícia e Fábio Lula da Silva (esposa e filho do ex-Presidente).

(...).

As informações de *Paulo Roberto Gordilho* ganham maior relevância quando esclarece os codinomes pelos quais eram tratados o ex-Presidente e a ex-Primeira Dama, bem como o fato de ter apresentado pessoalmente os projetos de reforma e da cozinha em visita havida em São Bernardo do Campo, na residência do apelante *Luiz Inácio*.

Já o réu Roberto Moreira Ferreira declarou, em seu interrogatório (e-STJ fl. 72.958):

(...) ter assumido a função de Diretor Regional de Incorporação da OAS no início de 2014. Confirmou que a cota adquirida por Marisa Leticia era referente à unidade 141, mas que o apartamento triplex, n. 164, do Edifício Salinas, do Condomínio Solaris, estava reservada para o ex-Presidente.

Segundo relatou, esteve presente na visita que o réu e sua falecida esposa fizeram à unidade, após o que foram feitos projetos de reforma e respectivos orçamentos, bem como projeto de cozinha e armários, contratados junto à empresa Kitchens. Disse, ainda, que foram comprados eletrodomésticos e que fazia tudo sob as ordens de *Fábio Yonamine*. Confirmou ter participado das reformas, sabendo que seriam destinadas à unidade do apelante *Luiz Inácio Lula da Silva*: (...).

Nesse contexto, o Tribunal de origem assentou que “o conjunto probatório permite um juízo afirmativo sobre a existência de prova acima de dúvida razoável de que o apartamento triplex, desde o início, inclusive antes mesmo da assunção das obras pela empreiteira OAS, foi reservado ao apelante Luiz Inácio Lula da Silva e assim permaneceu após a OAS assumir o empreendimento. Ainda, também há prova acima de dúvida razoável de que as reformas, compra da cozinha e utensílios foram feitas em favor do ex-Presidente, em customização feita a pedido e consoante projeto aprovado por este e sua esposa” (e-STJ fl. 72.973).

Destacou, no mais, que o recebimento pessoal dessa vantagem, “decorre de desígnio autônomo em relação à corrupção havida em favor do Partido dos Trabalhadores. Esta se deu mediante o extenso esquema de corrupção havido no seio da Petrobras, com destinação de recursos de contratos obtidos mediante ajuste de vontades dos concorrentes, em benefícios de diversas pessoas e partidos políticos. Já em relação ao apartamento e suas melhorias, a vantagem está deslocada no tempo e no espaço em relação ao recebimento anterior. Há nova linha de nexos causal, no mínimo relativamente à diferença de preço entre a unidade adquirida (141) e aquela que lhe fora destinada (164-A) e os custos das reformas e mobiliários, ainda que o dinheiro tenha a mesma origem espúria” (e-STJ fls. 72.973/72.974).

Sobre a ausência de transferência, Léo Pinheiro esclareceu que (e-STJ fls. 72.981/72.982):

Juiz Federal:- Não sei se eu entendi muito bem, o senhor disse que lá desde o início, em 2009 e 2010, esse apartamento não foi formalmente transferido para o ex-presidente por qual motivo mesmo?

José Adelmário Pinheiro Filho:- O Vaccari me pediu que não fizesse, me liberou para venda da unidade que teria sido escolhida, a unidade tipo, e que a unidade

que pertenceria à família do presidente ficaria em nosso nome, eu teria uma orientação; em 2010 eu o procurei, tinha problema de campanha política, esperou-se, por causa da matéria do...

Juiz Federal:- Ele falou isso ao senhor?

José Adelmário Pinheiro Filho:- O João Vaccari falou comigo e o Paulo Okamoto.

Juiz Federal:- Que não era para fazer a transferência?

José Adelmário Pinheiro Filho:- Que não era para fazer transferência, e assim ficou até o final, como nós íamos resolver eu lhe confesso que a partir de novembro eu não...

Juiz Federal:- Qual era a explicação que o senhor dava para o pessoal da OAS Empreendimentos de porque não fazer a transferência desse imóvel, porque fazer essas reformas todas?

José Adelmário Pinheiro Filho:- Ainda existia nesse empreendimento em 2014 mais de 20 e poucas unidades que não tinham ainda sido comercializadas, mas era claro que ficava evidente porque tinha uma determinação de não comercializar essa unidade, e é norma, é padrão numa incorporadora ela não ficar com unidades depois de entregue, inclusive é por isso que tem essas feiras, essas coisas de imóveis, que ninguém, isso é um transtorno dentro do negócio como um todo.

Juiz Federal:- Mas qual era a explicação então que o senhor dava para os executivos da OAS Empreendimentos?

José Adelmário Pinheiro Filho:- Que depois ia ser encontrada uma forma de transferência para alguém que o presidente determinasse ou para a família dele mesmo.

Juiz Federal:- Eles sabiam que o imóvel era do ex-presidente, que estava destinado ao ex-presidente?

José Adelmário Pinheiro Filho:- Sabiam, em 2010 isso ficou muito claro e público pelo jornal.

Juiz Federal:- Certo. Mas eles não sabiam da parte, que o senhor mencionou depois, que isso foi abatido num acerto com o senhor João Vaccari?

José Adelmário Pinheiro Filho:- Não, não sabiam.

Juiz Federal:- Quem sabia dentro da OAS Empreendimentos, por exemplo, aqui dos acusados, o senhor Fábio Yonamine, o senhor Paulo Roberto Gordilho, o senhor Roberto Moreira Ferreira.

José Adelmário Pinheiro Filho:- Como eu disse ao senhor, dentro da OAS Empreendimentos a gente evitou muito, eu evitei muito tratar desse tema, dentro da construtora não porque quando fomos autorizados a fazer o encontro de contas eu tive que informar a cada diretor superintendente que não fizesse pagamentos na conta da propina do PT, porque isso seria um encontro de contas

feito e que não era para fazer o pagamento, não entrei em detalhes com eles que os pagamentos não foram feitos, eu falava em torno de um entendimento do BANCOOP como um todo.

O corréu Léo Pinheiro esclareceu, no mais, “o método utilizado para contabilização das despesas relativas à diferença de preço entre a unidade padrão e o triplex, nelas computados igualmente os custos de reforma e fornecimento de mobiliário e equipamentos. Na audiência, ficou esclarecido que a *Léo Pinheiro* foi expressamente determinada por João Vaccari Neto a compensação de tais valores com o montante de propina destinado ao Partido dos Trabalhadores: (...)”. (e-STJ fl. 72.979).

Assentou-se, ainda, por relevante, que “*os gastos extrapolam inclusive o próprio valor de mercado do bem. Não se cuida, pois, de reforma decorativa, mas sim com características de personalização para um programa de necessidades específico, com intervenções bastante profundas na planta padrão do imóvel. A instalação de um elevador entre os pisos internos, somente implementado na unidade 164-A, é um claro exemplo de modernização que desborda do padrão mercadológico*” (e-STJ fls. 72.985/72.986).

Consta, ainda, do acórdão recorrido, que foram carreadas aos autos “diversas vias da proposta de aquisição com referência à unidade 174, posteriormente denominada 164-A (apartamento triplex). Trata-se de formulário de ‘Proposta de adesão sujeita à aprovação’, assinado por Marisa Letícia Lula da Silva, datado de 12 de abril de 2005 (evento 3 - comp194), onde é evidente a rasura sobre a unidade adquirida. O documento encartado no mesmo evento (evento 3 - comp193) parece ser a primeira via daquele outro documento, igualmente rasurado. Porém, comparando ambos, é possível verificar que o preenchimento daquele é cópia carbono deste outro. Há, ainda, uma terceira via da proposta de adesão firmada por Marisa Letícia (evento 3 - comp195). E também nesta é possível a olho nu verificar que há rasuras. Equivale dizer, os três diferentes documentos foram objeto de alterações” (e-STJ fl. 72.987).

Destacou-se, no mais, que (e-STJ fls. 72.988/72.989):

É dizer, há indicativos de que os documentos rasurados não espelham a verdade daquilo que ocorreu. Ou estes documentos rasurados, se correta a data ali lançada, já indicavam a possível destinação do apartamento 174 para a família do apelante quando o imóvel ainda estava na planta (2005), ou os documentos relativos à aquisição foram formalizados em data posterior, quando houve a aposição equivocada da unidade 174, posteriormente substituída pela 141, em forma de rasura.

Qualquer das hipóteses fragiliza sobremaneira a versão defensiva, uma vez que não se tratava de mera aquisição das cotas da unidade 141, ainda sob a égide do contrato com a BANCOOP, mas de aquisição da unidade 174 (posteriormente renumerada para 164-A, após a assunção do empreendimento pela OAS Empreendimentos S/A). Ademais, há outras provas que conspiram em desfavor da tese defensiva, formando um quadro coerente com aquilo que restou reconhecido na sentença.

(...).

Com efeito, a unidade originalmente contratada pelo apelante *Luiz Inácio Lula da Silva* e sua esposa *Marisa Letícia* junto à BANCOOP, sucedida pela OAS Empreendimentos, foi vendida (evento 3, comp228) para Eduardo Bardavira e sua esposa, consoante escritura de compra e venda, datada de 05 de agosto de 2014, devidamente averbada no Cartório de Registro de Imóveis do Guarujá (matrícula n. 104790), pelo valor de R\$ 420.075,00.

Este fato demonstra que, dias antes da celebração do contrato de compromisso de compra e venda com força de escritura pública, a unidade originalmente contratada já estava livre para venda a outrem, o que de fato ocorreu.

Assim, por distrato ou porque outra unidade teria sido destinada aos antigos adquirentes, é certo que o apartamento 141-A do Edifício Salinas, Bloco A, do Condomínio Solaris já não pertencia, tampouco estava destinado, ao ex-Presidente, ora apelante.

Apesar disso, as negociações atinentes a reformas e mobiliários perduraram, inclusive com manifesta intenção da família *Lula da Silva* de passar as festas de final de ano no novo apartamento, como relatado por *Léo Pinheiro*. Diante disso, torna-se inquestionável que antes de agosto de 2014 o ex-Presidente não mais titularizava a unidade 141 e que lhe seria destinado o triplex.

Considerou-se que “a prova indica que os recursos necessários para o pagamento da diferença entre aquilo que inicialmente foi adimplido pelo apelante e por sua esposa, agregado com os valores da reforma, foram arcados pela empresa OAS. O apartamento 141, que tinha sido objeto de compromisso de compra e venda pelo apelante Luiz Inácio Lula da Silva e sua esposa, com parte de seu valor pago, acabou, de fato, sendo trocado pela unidade 164-A (triplex). Também restou declarado pelo interrogado José Adelmário Pinheiro Filho, em sintonia com os elementos documentais existentes, que o imóvel seria de titularidade do apelante Luiz Inácio Lula da Silva, mas que *não houve a transferência formal*. Outro ponto relevante do interrogatório diz respeito às reuniões realizadas com o apelante e sua esposa Marisa Letícia para deliberar sobre modificações e melhorias a serem feitas na unidade habitacional” (e-STJ fl. 72.990).

Registrou-se também que “não passa despercebida e é reveladora a intenção da família do ex-Presidente de ocupar o imóvel triplex para as festas de final do ano de 2014, vontade externada pela ex-Primeira Dama quando da segunda visita do apartamento. Isso somente não ocorreu em razão da deflagração da ‘Operação Lava-Jato’ e prisão de Léo Pinheiro. Certamente essa exposição das relações promíscuas entre o público e o privado teve o condão de demover os personagens de seu intento” (e-STJ fl. 72.996). Nesse contexto, a Corte local assentou que, “*relativamente à aquisição do apartamento, reformas e mobiliários, restam demonstradas a materialidade e a autoria com relação ao réu Luiz Inácio Lula da Silva*. Inevitável a conclusão idêntica em relação a José Adelmário Pinheiro Filho, pois se de um lado tem-se o corrupto, de outro, tem-se o corruptor” (e-STJ fl. 72.997).

Por todo o exposto, verifica-se que não há se falar em ofensa ao art. 317, *caput*, do Código Penal, não se verificando a alegada corrupção virtual. Com efeito, há amplo arcabouço probatório no sentido de que o triplex, com suas reformas e mobília, era, *de fato*, do recorrente, embora ainda não tivesse havido transferência no registro de imóveis, situação devidamente justificada nos elementos dos autos, uma vez que se pretendia ocultar referida negociação.

O tipo penal de corrupção passiva dispõe que é crime “solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem”. Portanto, o recebimento da vantagem indevida, indiretamente, também preenche o tipo penal do art. 317 do Código Penal.

Para a doutrina, a vantagem é recebida de forma “indireta quando o sujeito vale-se de interposta pessoa ou a formula tácita, implícita ou sub-repticiamente” (BITENCOURT, César Roberto. Tratado de direito penal: parte especial 5. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 117). O corruptor pode “transferir a vantagem até de modo simbólico” (CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 736).

No que concerne à alegação de “crime sem conduta”, tem-se que o crime em tela não foi praticado no momento em que a “esposa do ex-Presidente, Marisa Letícia Lula da Silva, firmou termo de adesão ao empreendimento com a BANCOOP, relativamente à unidade 141 do edifício”. A imputação diz respeito ao recebimento de um triplex, reformado e mobiliado, no mesmo edifício, mas que não está documentado no termo de adesão. Portanto, a toda evidência, não se está imputando ao recorrente a conduta praticada pela sua esposa.

Relevante destacar, outrossim, que, de acordo com lição doutrinária, “existe corrupção ainda que a vantagem indevida seja entregue ou prometida não diretamente ao funcionário, mas a um familiar seu (mulher, filhos etc.)” (CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 736)

Por fim, destaco que para que fique configurado o crime, “é necessário que o agente saiba que se trata de vantagem indevida e que o faz em razão da função que exerce ou assumirá, isto é, que tenha consciência dessa circunstância”. (BITENCOURT, César Roberto. Tratado de direito penal: parte especial 5. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 127).

Verifico, portanto, que a fundamentação apresentada pela Corte local, para manter a condenação pelo crime de corrupção passiva, teve como subsídio amplo arcabouço fático e probatório, do qual se extrai o efetivo preenchimento dos elementos do tipo penal do art. 317, *caput*, do Código Penal. Nesse contexto, tem-se que a reapreciação dos elementos dos autos, com o objetivo de afastar a conclusão das instâncias ordinárias, não se coaduna com a via eleita.

De fato, “a desconstituição do julgado, (...), não encontra espaço na via eleita, porquanto seria necessário a este Tribunal Superior de Justiça aprofundado revolvimento do contexto fático-probatório, providência incabível em Recurso Especial, conforme já assentado pelo Enunciado n. 7 da Súmula desta Corte”. (AgRg no AREsp 1050984/AP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 18/09/2018, DJe 26/09/2018).

No mesmo sentido:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Corrupção passiva. Crime formal. Atipicidade da conduta. Inocorrência. Insurgência improvida. 1. Esta Corte Superior de Justiça firmou a compreensão de que o crime de corrupção passiva possui natureza formal e independe de resultado, razão pela qual não exige a prática de ato de ofício, o que afasta a alegação quanto à necessidade de que o agente detenha competência funcional específica para a prática do ato. 2. Na hipótese, restou devidamente demonstrado pelo contexto fático produzido em juízo que o agravante, aproveitando-se do cargo de agente responsável pela organização dos atendimentos aos requerentes dos processos de anistia, participava de esquema que privilegiava algumas pessoas, fazendo as tratativas do ato criminoso e recebendo vantagem indevida para tanto, *conduta que se subsume às elementares do tipo descrito no art. 317 do Código Penal, não havendo como afastar as conclusões do Tribunal Regional sem adentrar na seara fático-probatória dos autos, em razão do óbice da Súmula 7/STJ.* (...). (AgRg no AREsp

1.292.332/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 13/11/2018, DJe 22/11/2018)

13. Violação do art. 17 do CP - Inexistência de vantagem indevida.

A defesa aponta, ainda, ofensa ao art. 17 do Código Penal, ao argumento de que a titularidade do triplex não era da Construtora OAS S/A, mas sim da OAS Empreendimentos S/A, que jamais manteve qualquer contrato com a Petrobras. Aduz, outrossim, que apesar de a OAS Empreendimentos ser a proprietária do imóvel, “não tinha domínio sobre sua disponibilidade futura, uma vez que os direitos creditórios já haviam sido cedidos ao FGTS anos antes, por meio de cessão fiduciária em garantia”.

No ponto, a Corte local destacou que (e-STJ fls. 73.042/73.043):

3.4.2.7. Igualmente não socorre ao apelante a tese de que o imóvel está arrolado em nome da OAS Empreendimentos e que isso, por si só, já comprovaria que a propriedade nunca foi transferida ao apelante *Luiz Inácio Lula da Silva*. Também improcedente a argumentação no sentido de que a hipoteca em favor do agente financeiro impediria qualquer transferência de domínio.

Ora, como já explicado em diversas passagens, o âmago da lavagem não é exclusivamente a propriedade (mas também ‘a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal’, conforme art. 1º da Lei n. 9.613/98), o que já impediria o acolhimento incondicional da tese defensiva.

Novamente há equívoco conceitual na argumentação. Isso porque direito real de propriedade e direito real de garantia não se confundem, sobretudo no que diz respeito às incorporações imobiliárias, de modo que a transferência de domínio é irrelevante.

A sistemática do crime de branqueamento de capitais não se afeiçoa às regras do Direito Civil. Em empreendimentos imobiliários com aporte de recursos por instituição financeira é comum o gravame sobre a incorporação, sem que tal restrição afete, porém, direito de compromissários adquirentes no tocante às condições do compromisso. Isto é, quitado o preço, sequer poderia a incorporadora negar a averbação em nome do comprador.

Tanto é assim que o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que ‘as regras gerais sobre a hipoteca não se aplicam no caso de edificações financiadas por agentes imobiliários integrantes do sistema financeiro da habitação, porquanto estes sabem que as unidades a serem construídas serão alienadas a terceiros, que responderão apenas pela dívida que assumiram com o seu negócio, e não pela eventual inadimplência da construtora’ (REsp n. 205.607-SP, 4a Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. em 11/5/1999, DJ de 1/7/1999).

A questão foi pacificada em 2005 com a edição da Súmula n. 308 por aquela Corte Superior. Diz o enunciado: *'A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel'*. De toda maneira, a questão não diz respeito ao direito civil e nem mesmo a aferição da posse seria pertinente.

Assim, no ponto, a tese defensiva não modifica a tipicidade penal e o contexto probatório, porque (a) o crime inserto no art. 1º da Lei n. 9.613/98 traz uma pluralidade de objetos, para além da propriedade, capazes de, isoladamente ou em conjunto, resultar no crime de ocultação ou dissimulação (não é demais repetir, 'natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal'); (b) regras do direito civil não interferem em tal premissa, notadamente porque o gravame sobre a incorporação não obstaculiza a disposição sobre as unidades habitacionais; (c) aos atos destinados ao branqueamento de capitais são praticados justamente ao largo do ordenamento jurídico.

De pronto, destaco que, no que concerne à titularidade do triplex que, segundo a defesa, não era da Construtora OAS S/A, mas sim da OAS Empreendimentos S/A - que jamais manteve qualquer contrato com a Petrobras -, tem-se que o esquema criminoso tratado nos autos se refere ao *Grupo OAS*, o qual é formado pela Construtora OAS, pela OAS Empreendimentos e pela OAS Investimentos.

Quanto à alegada ausência de disponibilidade sobre o triplex, verifica-se que se trata de questão atinente a empreendimentos imobiliários com aporte de recursos por instituição financeira, sendo comum o gravame sobre a incorporação, conforme referido pela Corte local, sem que tal restrição afete a transferência da titularidade do imóvel.

Assim, nos termos do verbete n. 308 da Súmula desta Corte, "a hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel". Nesse contexto, inviável acolher a tese da defesa no sentido de se tratar de crime impossível, não se verificando, dessarte, a alegada violação do art. 17 do Código Penal.

14. Ofensa ao art. 317 e aos arts. 29 e 13 do CP - Falta de ato de ofício e Atipicidade da conduta: teoria da imputação objetiva.

O recorrente aponta, ainda, ofensa ao art. 317 do Código Penal, em virtude de a Teoria do Domínio do Fato ter sido empregada indevidamente.

Entende que a condenação se embasou apenas na “teórica ascendência do Presidente da República nas nomeações da Petrobras, em violação ao artigo 29 do Código Penal”. Afirma que não se imputa “qualquer envolvimento em atos da petrolífera, muito menos prática de um ato de ofício no exercício do cargo de Presidente da República” (e-STJ fl. 74.600).

Assevera que “o eventual ato de encaminhar o nome dos candidatos ao Conselho de Administração da Petrobras não vincula a decisão de tal colegiado, exclusivamente incumbido da escolha e efetiva nomeação dos Diretores. Assim, o Presidente da República não tinha — como não tem — a função de nomear qualquer Diretor da petrolífera”. Destaca, da mesma forma, que “a decisão pela saída ou manutenção de qualquer diretor da Petrobras em seu cargo também é ato discricionário do Conselho de Administração da companhia. Não há qualquer ato do Presidente da República em relação a esse tema”. (e-STJ fl. 74.600).

Assim, a defesa entende que o recorrente foi condenado “sob o fundamento de que haveria — sem qualquer fundamento idôneo — ‘ciência do réu com relação aos malfeitos havidos na estatal’, e não por qualquer envolvimento em atos específicos da petrolífera, muito menos pela prática de um ‘ato de ofício’ no exercício do cargo de Presidente da República” (e-STJ fl. 74.600).

Conclui, dessa forma, que é “indispensável à configuração do crime de corrupção passiva, o vínculo entre a conduta imputada ao acusado e o ato necessariamente inserido na alçada do funcionário público”. No entanto, a seu ver, não há qualquer vinculação entre a nomeação dos diretores que participaram de ilícitos na Petrobras, o que ocorreu em 2003 e 2004, e os contratos firmados em 2009, não sendo referida nomeação atribuição do Presidente da República (e-STJ fl. 74.604).

Assevera inexistir “nexo de causalidade entre a conduta do servidor e a realização de ato funcional de sua competência”, sendo, portanto, atípica a conduta imputada. Ainda com relação ao nexo causal, entende que “não é suficiente que exista apenas o liame entre a conduta do agente e o resultado. Ademais, deve o agente, com seu comportamento, criar um risco não permitido de produção do resultado, bem como ser tal resultado a concretização desse risco criado pelo agente” (e-STJ fl. 74.611).

O Tribunal de origem, ao analisar a alegação de ausência de ato de ofício, assentou que (e-STJ fl. 72.899):

O tipo penal, diversamente da prevaricação, dispensa a ocorrência de ato de ofício, exigindo-se somente a solicitação/recebimento de vantagem indevida em

decorrência do cargo ou função. Trata-se de *crime formal* que se concretiza com a solicitação ou o recebimento da benesse, de modo que a prática efetiva de ato de ofício não consubstancia elementar do tipo penal, mas somente causa de aumento de pena (§ 1º do art. 317, CP).

Igualmente responde pelo crime aquele que solicita/recebe vantagem antes mesmo de assumir o cargo ou após tê-lo deixado. Na correta acepção do termo 'ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas *em razão dela*', o tipo penal não alcança exclusivamente aqueles que se encontram no exercício de cargos e funções, sendo certo que sobre estes deve recair maior censura.

Destacou, no mais, que “o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que, para a configuração do delito de corrupção, não se exige que o oferecimento da vantagem indevida guarde relação com as atividades formais do agente público, bastando que esteja relacionado com seus poderes de fato. E, no caso de agente político, esse poder de fato está na capacidade de indicar ou manter servidores públicos em cargos de altos níveis na estrutura direta ou indireta do Poder Executivo, influenciando ou direcionando suas decisões, conforme venham a atender interesses escusos, notadamente os financeiros. Outro não é o entendimento do e. STJ: (...)” (e-STJ fl. 72.908).

Esclareceu-se, ainda, que “as corrupções envolvendo agentes políticos ganham contornos próprios e a solução deve ser buscada caso a caso, tomando-se como norte o contexto da atividade criminosa, o *modus operandi* empregado, a capacidade de influência do agente e os desdobramentos da empreitada delitativa considerada em seu todo. Não há como se definir, portanto, uma fórmula de ouro aplicável a todo e qualquer processo, pois *a atividade política transborda muitas vezes os estritos limites do cargo – inclusive temporais –, podendo interferir nos mais variados órgãos da administração pública direta ou indireta*” (e-STJ fl. 72.902).

Dessarte, destacou que, no caso, “a corrupção passiva perpetrada pelo réu difere do padrão dos processos já julgados relacionados à ‘Operação Lava-Jato’. Não se exige a demonstração de participação ativa de Luiz Inácio Lula da Silva em cada um dos contratos. O réu, em verdade, era o garantidor de um esquema maior, que tinha por finalidade incrementar de modo subreptício o financiamento de partidos, pelo que *agia nos bastidores para nomeações e manutenções de agentes públicos em cargos chaves para a empreitada criminosa*” (e-STJ fl. 72.902).

Quanto à atuação do recorrente, ficou consignado que “decorreu do amplo apoio que deu para o funcionamento deste sistema ilícito de captação de recursos, com a interferência direta na nomeação de dirigentes da estatal, os quais

deveriam obter recursos em favor dos partidos aliados e, mais especificamente, ao Partido dos Trabalhadores” (e-STJ fl. 72.913).

Ressaltou-se que “há cristalina comprovação da capacidade de influência do ex-Presidente no processo de nomeação dos agentes políticos da Petrobras e sua ciência a respeito do esquema criminoso. Apesar de sua negativa com relação a isso, há clara delinação dos bastidores de indicações e os movimentos de agremiações partidárias na tarefa de manter pessoas de ‘confiança’ que pudessem levar adiante o projeto de financiamento político. O tema foi muito bem abordado na sentença recorrida, a cujos fundamentos, no que importa, faço expressa referência: (...)” (e-STJ fl. 72.913).

O acórdão recorrido, após transcrever trechos da sentença, relativos ao depoimento dos colaboradores Delcídio do Amaral Gomez, Augusto Ribeiro de Mendonça Neto, Dalton dos Santos Avancini e Eduardo Hermelino Leite, Paulo Roberto Costa, Pedro José Barusco Filho, Nestor Cuñat Cerveró, Alberto Youssef, Fernando Antônio Falcão Soares e Milton Pascowitch; da testemunha Pedro da Silva Correa de Oliveira Andrade Neto; e dos corréus Léo Pinheiro e Agenor Medeiros - os quais esclareceram o papel do ex-Presidente, contextualizando os fatos e sua participação -, concluiu que (e-STJ fl. 72.929):

Não passa despercebida, portanto, a capacidade de influência do ex-Presidente no processo de nomeação dos agentes políticos da Petrobras e sua ciência a respeito do esquema criminoso. Apesar da sua negativa, há singular delinação dos bastidores de indicações e os movimentos de agremiações partidárias na tarefa de manter pessoas de ‘confiança’ que pudessem levar adiante o projeto de financiamento político.

Há prova acima de dúvida razoável de que o ex-Presidente foi um dos articuladores - senão o principal - do amplo esquema de corrupção. As provas aqui colhidas levam à conclusão de que, no mínimo, tinha ciência e dava suporte àquilo que ocorria no seio da Petrobras, destacadamente a destinação de boa parte da propina ao Partido dos Trabalhadores para financiamento de campanhas políticas.

Episódios como a nomeação dos diretores da Petrobras Paulo Roberto Costa, Nestor Cerveró e Jorge Zelada, entre outros, não deixam margem de dúvidas de sua intensa ação dolosa no esquema de propinas. Delcídio do Amaral (evento 388) confirmou o estreito relacionamento do réu *Luiz Inácio Lula da Silva* com empreiteiras e, mais especificamente, com a OAS e com o corréu *José Adelmário*: (...).

Registrou-se, ademais, que (e-STJ fl. 73.009/73.012):

No caso, a ciência dos agentes públicos que praticaram atos concretos, em consonância com o contexto de envolvimento de altas autoridades do país, é fundamental e atrai a incidência do crime de corrupção passiva, pois, conforme diz o art. 29 do Código Penal, 'quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade'.

(...).

Houve, na verdade, o concerto de agentes para a mesma finalidade, tendo eles plena consciência da ilicitude de seus atos. Com especial destaque, ao ex-Presidente atribui-se não só a determinação de nomeação para o preenchimento de cargos-chaves, mas, também, a crítica pela ausência de ação e de ânimo para estancar o desígnio criminoso. Ao contrário de fazer cessar a atividade criminosa, deu-lhe sustentação.

A nomeação de dirigentes da estatal petrolífera repousava em sua esfera de poder político. É certo que diretores da estatal, como Paulo Roberto Costa, Renato de Souza Duque, Nestor Cerveró e Jorge Luiz Zelada, exerciam desenvoltos papéis no intuito de manter a engrenagem criminosa em funcionamento.

A responsabilização criminal daquele que não atua nos atos finais de corrupção, como no caso ora analisado, com razão é muito debatida na doutrina e na jurisprudência. Por todos os julgados, pertence fazer referência ao paradigmático julgamento da Ação Penal n. 470/STF (caso 'Mensalão'). Daquele precedente, faço uso das considerações lançadas pela e. Ministra Rosa Weber: (...).

Havia, nessa esteira, inequívoca ciência do réu com relação aos malfeitos havidos na estatal. Ademais disso, dele dependia a continuidade e eficácia do esquema milionário de financiamento de campanhas eleitorais, de maneira que a sua capacidade de decisão e conhecimento dos efeitos e da abrangência do esquema espúrio, mostrou-se fundamental.

Não se cuida, pois, de mero intermediário dos atos de corrupção, mas, sim, do próprio avalista e comandante do 'sistema', a quem se atribuía capacidade política para determinar a nomeação de agentes públicos que levassem adiante o projeto criminoso. No ponto, é digna de registro a passagem da sentença: (...).

Quando se fala em competência para indicação de conselheiros e diretores da Petrobras, por certo não se está a fazer menção à competência formal, aquela de quem efetivamente expede o ato, até porque, em casos como este, o ato de ofício reside na esfera política de atuação do agente.

Contudo, pelo que já foi apurado e inclusive admitido pelos servidores nomeados - alguns em acordo de colaboração premiada -, tinham eles total conhecimento das entranhas do esquema montado e nele exerciam papel fundamental.

Aliás, justamente em face da predisposição em aderir às práticas ilícitas é que foram nomeados.

Destacou-se, ainda, que “a atuação do ex-Presidente difere do padrão dos processos já julgados relacionados à ‘Operação Lava-Jato’. Não se exige a demonstração de participação ativa de Luiz Inácio Lula da Silva em cada um dos contratos. O réu, como já referido, *era o garantidor de um esquema maior, assegurando nomeações e manutenções de agentes públicos em cargos chaves para a empreitada criminoso*. Acertada a acusação ao atribuir a responsabilidade criminal no réu Luiz Inácio Lula da Silva em um patamar mais elevado em termos de hierarquia administrativa e constitucional” (e-STJ fl. 73.020).

Referida conclusão é confirmada pelo depoimento prestado por Delcídio do Amaral perante a Procuradoria da República em São Paulo, nos seguintes termos (e-STJ fl. 73.020):

Que Lula se reunia com diretores da Petrobras também; Que não sabe ao certo a assiduidade, mas tem certeza que Lula se reunia com tais diretores, com o objetivo de convencer os diretores de quais eram os projetos de relevo para o Governo; Que isto era importante para que não houvesse discordância e Lula fazia este processo de convencimento dos Diretores, o que era essencial para que os projetos fossem aprovados;

Que Lula teve contato direto com os diretores, por exemplo, no caso da RNEST; Que se recorda que houve uma reunião específica de Lula com alguns diretores e com o presidente da Petrobras sobre a RNEST; (...) Que Lula participava diretamente das grandes discussões da companhia e dos grandes projetos; Que mais do que outros presidentes, Lula tinha noção clara dos projetos que eram mais estratégicos e que eram políticas de governo; Que Lula participou da definição dos projetos das grandes refinarias, como Abreu e Lima; Que a decisão de Abreu e Lima foi uma decisão e um projeto de governo; Que Lula usou a Petrobras como um instrumento e uma política de governo clara; (...)

Observa-se, portanto, que os contornos da atuação do ex-Presidente foram detalhadamente identificados. Ressaltou-se que, “não por outra razão a sentença condenou o ex-Presidente por *um único ato de corrupção*, porquanto, a ele cabia dar suporte à continuidade do esquema de corrupção havido na Petrobras orientado a financiar partidos políticos e um projeto de poder, com capacidade inclusive de interferir na higidez do sistema eleitoral” (e-STJ fl. 73.022).

Destacou-se, por fim, que “é imperioso apontar que a influência política desborda da constância do agente em determinado cargo” (e-STJ fl. 73.022). Dessarte, concluiu-se que se tem “um incontestável conjunto de relatos surgidos em momentos, processos e perante juízos distintos, o que afasta ou ao menos minimiza em muito a possibilidade de concerto para deliberadamente incriminar

um ou outro personagem. E há também os resultados narrados, materializados em nomeações e procedimentos licitatórios viciados que renderam benefícios milionários, em prejuízo da estatal petrolífera” (e-STJ fl. 73.023).

Como visto, a Corte local analisou as alegações da defesa, assentando, em um primeiro momento, que o tipo penal do art. 317 do Código Penal não exige a prática do ato de ofício para tipificar o crime de corrupção passiva. Com efeito, prevalece que a efetiva prática do ato de ofício, com infringência do dever funcional, é apenas causa de aumento prevista no § 1º do referido dispositivo, sendo despidendo sua indicação para configuração do tipo penal.

De fato, “a jurisprudência deste Sodalício firmou a compreensão no sentido de que o crime de corrupção passiva possui natureza formal e independe de resultado, razão pela qual não exige a prática de ato de ofício, o que afasta a alegação de que o ato praticado pelo agravante se situa no campo dos atos meramente preparatórios”. (AgRg no AREsp 860.959/MS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 13/11/2018, DJe 17/12/2018).

No que concerne à alegação de que se faz necessário que o agente detenha *competência funcional específica* para a prática do ato, tem-se que prevalece no Superior Tribunal de Justiça que “crime de corrupção passiva consuma-se ainda que a solicitação ou recebimento de vantagem indevida, ou a aceitação da promessa de tal vantagem, *esteja relacionada com atos que formalmente não se inserem nas atribuições do funcionário público, mas que, em razão da função pública, materialmente implicam alguma forma de facilitação da prática da conduta almejada*”. (REsp 1.745.410/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Rel. p/ Acórdão Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 02/10/2018, DJe 23/10/2018).

A propósito:

Recurso especial. Direito Penal e Processual Penal. Imputação de corrupção ativa a um dos recorridos. Imputação de corrupção passiva aos outros dois. Absolvição dos três recorridos nas instâncias ordinárias. Pedido ministerial de condenação. Inviabilidade quanto ao recorrido acusado de corrupção ativa. Exigência explícita, no tipo penal, de “ato de ofício”. Viabilidade quanto aos recorridos acusados do crime de corrupção passiva. Expressão “em razão dela” que não pode ser equiparada a “ato de ofício”. Possibilidade de condenação ainda que as ações ou omissões indevidas não estejam dentro das atribuições formais do funcionário público. Recurso especial parcialmente provido, para condenar os réus que foram denunciados por corrupção passiva. 1. Hipótese em que um dos réus foi absolvido da prática do crime de corrupção ativa (art. 333 do Código Penal) e os outros dois foram absolvidos

da prática do crime de corrupção passiva (art. 317 do CP). 2. Ao contrário do que ocorre no crime de corrupção ativa, o tipo penal de corrupção passiva não exige a comprovação de que a vantagem indevida solicitada, recebida ou aceita pelo funcionário público esteja causalmente vinculada à prática, omissão ou retardamento de "ato de ofício". 3. A expressão "ato de ofício" aparece apenas no *caput* do art. 333 do CP, como um elemento normativo do tipo de corrupção ativa, e não no *caput* do art. 317 do CP, como um elemento normativo do tipo de corrupção passiva. Ao contrário, no que se refere a este último delito, a expressão "ato de ofício" figura apenas na majorante do art. 317, § 1º, do CP e na modalidade privilegiada do § 2º do mesmo dispositivo. 4. *Nem a literalidade do art. 317 do CP, nem sua interpretação sistemática, nem a política criminal adotada pelo legislador parecem legitimar a ideia de que a expressão "em razão dela", presente no tipo de corrupção passiva, deve ser lida no restrito sentido de "ato que está dentro das competências formais do agente".* 5. Não é lícito ao intérprete simplesmente pressupor que, no crime de corrupção passiva, o legislador praticou alguma sorte de atecnia, ou que falou menos do que desejava, ou que é possível "deduzir" do dispositivo a exigência de ato de ofício, como se ali estivesse uma limitação implícita ao poder-dever de punir. Ao contrário, a redação do dispositivo constitui nítida opção legislativa direcionada a ampliar a abrangência da incriminação por corrupção passiva, quando comparada ao tipo de corrupção ativa, a fim de potencializar a proteção ao aspecto moral do bem jurídico protegido, é dizer, a probidade da Administração Pública. 6. *A desnecessidade de que o ato pretendido esteja no âmbito das atribuições formais do funcionário público fornece uma visão mais coerente e íntegra do sistema jurídico.* A um só tempo, são potencializados os propósitos da incriminação - referentes à otimização da proteção da probidade administrativa, seja em aspectos econômicos, seja em aspectos morais - e os princípios da proporcionalidade e da isonomia. Exigir nexo de causalidade entre a vantagem e ato de ofício de funcionário público levaria à absurda consequência de admitir, por um lado, a punição de condutas menos gravosas ao bem jurídico, enquanto se nega, por outro, sanção criminal a manifestações muito mais graves da violação à probidade pública: *"o guarda de trânsito que pede dinheiro para deixar de aplicar uma multa seria punível, mas o senador que vende favores no exercício do seu mandato passaria impune"* (STF, Voto do Ministro **Luís Roberto Barroso** no Inq 4.506/DF, p. 2.052). 7. O âmbito de aplicação da expressão "em razão dela", contida no art. 317 do CP, *não se esgota em atos ou omissões que detenham relação direta e imediata com a competência funcional do agente.* O crime de corrupção passiva não exige nexo causal entre a oferta ou promessa de vantagem indevida e eventual ato de ofício praticável pelo funcionário público. *O nexo causal a ser reconhecido é entre a mencionada oferta ou promessa e eventual facilidade ou suscetibilidade usufruível em razão da função pública exercida pelo agente.* 8. O crime de corrupção passiva consuma-se ainda que a solicitação ou recebimento de vantagem indevida, ou a aceitação da promessa de tal vantagem, esteja relacionada com *atos que formalmente não se inserem nas atribuições do funcionário público, mas que, em razão da função pública, materialmente implicam*

alguma forma de facilitação da prática da conduta almejada. 9. No caso, irrelevante, para a consumação do crime de corrupção passiva, o fato de que aos Recorridos não competia, à época dos fatos, a prática de função inerente ao controle migratório no Aeroporto Internacional de São Paulo/SP. Mostra-se suficiente à configuração do delito a constatação, presente no acórdão impugnado - e, por conseguinte, imune ao reexame de fatos e provas -, de que “exerciam a função de auxiliar de serviços gerais em empresa concessionária do uso de área destinada a carga e descarga de aeronaves no Aeroporto Internacional de São Paulo”, e de que, *em razão dessa função*, aceitaram “proposta de vantagem indevida para que auxiliassem o ingresso irregular de estrangeiro em território nacional”. 10. Recurso parcialmente provido para, por um lado, manter a absolvição do Réu acusado por corrupção ativa, e, por outro, condenar os Corréus acusados por corrupção passiva, com determinação de retorno dos autos ao Tribunal de origem para que proceda à dosimetria da pena. (REsp 1.745.410/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Rel. p/ Acórdão Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 02/10/2018, DJe 23/10/2018).

O Supremo Tribunal Federal, por seu turno, considera que, “para a aptidão de imputação de corrupção passiva, não é necessária a descrição de um específico ato de ofício, *bastando uma vinculação causal entre as vantagens indevidas e as atribuições do funcionário público*, passando este a atuar não mais em prol do interesse público, mas em favor de seus interesses pessoais”. (Inq 4506, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 17/04/2018, DJe-183 Divulg 03-09-2018 Public 04-09-2018).

A propósito:

Direito Penal e Processual Penal. Ação penal. Corrupção passiva e tentativa de obstrução à investigação de organização criminosa. Materialidade e indícios suficientes de autoria. Recebimento da denúncia. I. Preliminares 1. No rito da Lei 8.038/1990, não há espaço, entre o oferecimento da denúncia e o juízo de admissibilidade a ser proferido pelo Tribunal, para dilações probatórias. Indeferimento de requerimento de acesso – prévio à apresentação da resposta – a outras provas supostamente relacionadas ao inquérito. 2. O eventual auxílio de membro do Ministério Público na negociação de acordo de colaboração não afeta a validade das provas apresentadas pelos colaboradores, pois: a) não há indício consistente de que o fato fosse de conhecimento da Procuradoria-Geral da República; b) o acordo de colaboração foi celebrado de forma voluntária; c) ainda que rescindido o acordo, as provas coletadas podem ser utilizadas contra terceiros (art. 4º, § 10, da Lei n. 12.850/2013); d) gravações realizadas por um dos interlocutores são provas legítimas e passíveis de utilização em ações penais; e) a alegação de “flagrante preparado” é matéria vinculada ao mérito

da ação penal e será objeto de apuração no curso da instrução processual. 3. De acordo com a teoria do juízo aparente, as provas colhidas ou autorizadas por juízo aparentemente competente à época da autorização ou produção podem ser ratificadas, mesmo que seja posteriormente reconhecida a sua incompetência. Precedentes. 4. Preliminares rejeitadas. II. Mérito 5. A análise do recebimento da denúncia se limita à aferição: (i) da viabilidade formal da peça acusatória, de modo que a descrição dos fatos permita sua compreensão pelos denunciados; e (ii) da plausibilidade da acusação diante do material contido nos autos, não se exigindo, para instauração da ação penal, juízo de certeza acerca da materialidade e da autoria. 6. A denúncia contém descrição suficiente das condutas imputadas aos réus, alegadamente enquadradas nos tipos penais de corrupção passiva e embaraço às investigações de organização criminosa. II.1. Imputação de Corrupção Passiva 7. *Para a aptidão de imputação de corrupção passiva, não é necessária a descrição de um específico ato de ofício, bastando uma vinculação causal entre as vantagens indevidas e as atribuições do funcionário público, passando este a atuar não mais em prol do interesse público, mas em favor de seus interesses pessoais.* 8. A presença de indícios de materialidade e autoria do crime de corrupção passiva está consubstanciada: (i) em depoimentos de colaboradores, segundo os quais Andrea Neves da Cunha solicitou, em nome do irmão, a quantia de R\$ 2 milhões, supostamente para o pagamento de honorários de advogado; (ii) mensagem de texto enviada por Andrea Neves da Cunha, que indica a combinação de um encontro entre Aécio Neves da Cunha e Joesley Batista para acerto do pagamento de propina; (iii) gravação ambiental realizada por Joesley Batista, numa suíte do Hotel Unique, em São Paulo, na qual Aécio Neves da Cunha reitera a solicitação de dinheiro feita por sua irmã e combina a entrega dos valores, em quatro parcelas de R\$ 500 mil, a seu primo Frederico Pacheco de Medeiros; (iv) ações controladas realizadas por agentes da Polícia Federal, que acompanharam e registraram em áudio e vídeo a entrega das demais parcelas de R\$ 500 mil aos denunciados Frederico Pacheco de Medeiros e Mendherson Souza Lima. II.2. Imputação de Tentativa de Obstrução à Investigação de Organização Criminosa 9. A presença de indícios de materialidade e autoria pela tentativa de embaraço às investigações de organização criminosa está caracterizada: (i) pela transcrição de diálogo travado entre Aécio Neves da Cunha e Joesley Batista, em que o denunciado brada a necessidade de anistiar o caixa dois e de substituir o então Ministro da Justiça, com o intuito de obter maior controle sobre a Polícia Federal; (ii) ligação telefônica em que o denunciado conversa com outro Senador sobre a necessidade de substituição do Ministro da Justiça. 10. Embora a atuação no processo legislativo seja atividade lícita, o modo de proceder do denunciado indica que sua atuação tinha por objetivo específico embaraçar as investigações relacionadas à "Operação Lava Jato". III. Conclusão 11. Rejeição das preliminares e recebimento integral da denúncia. (Inq 4.506, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 17/04/2018, Acórdão Eletrônico DJe-183 divulg 03-09-2018 public 04-09-2018)

Com visto, os precedentes mais recentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça foram proferidos por maioria de votos, a denotar que a questão a respeito da necessidade ou não do ato de ofício ainda gera controvérsias, demandando, dessa forma, uma maior reflexão.

O precedente da Quinta Turma traz como substrato o julgado do Supremo Tribunal Federal acima referido, para assentar, nos termos do voto vogal da Ministra Rosa Weber, que “se exige, para a configuração do delito [de corrupção passiva], apenas o *nexo causal* entre a oferta (ou promessa) de vantagem indevida e a *função pública exercida, sem que necessária a demonstração do mesmo nexo entre a oferta (ou promessa) e o ato de ofício esperado, seja ele lícito ou ilícito*”.

Por oportuno, transcrevo trechos do voto vencedor do Ministro Roberto Barroso, que bem esclarecem a questão sob análise:

24. O crime de corrupção passiva está assim tipificado no art. 317 do Código Penal:

Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, *mas em razão dela*, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

§ 1º - A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.

25. Da leitura do tipo penal não decorre nenhuma exigência da prática de “ato de ofício” - ou sequer de sua indicação - para a caracterização da figura básica do delito, prevista no *caput*: o ocorreria com a mera solicitação e/ou recebimento de vantagem aceitação de sua promessa - *em razão da função pública*. A eventual prática - ou omissão indevida - do ato de ofício consubstancia hipótese de aumento de pena, prevista no § 1º do art. 317. Basta que se compare a redação do crime de corrupção ativa (CP, art. 333), no qual o tipo penal é explícito em afirmar que o oferecimento ou promessa de vantagem indevida a funcionário público deve ser voltado a “determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício”.

26. Porém, ao julgar a AP 307/DF (“caso Collor”), o Supremo Tribunal Federal decidiu que os dois tipos penais devem ser interpretados conjuntamente, de modo que também para a caracterização da corrupção passiva seria necessária a indicação de um ato de ofício a ser praticado pelo funcionário público como contrapartida à vantagem indevida. No caso concreto julgado, o ex-Presidente da República foi absolvido porque se entendeu que não teria sido “apontado ato de ofício configurador de transação ou comércio com o cargo então por ele exercido” (AP 307, Rel. Min. limar Galvão, Segunda Turma, j. 13.12.1994).

27. *Essa compreensão foi flexibilizada no julgamento da AP 470 (“Mensalão”). Embora alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal tenham confirmado o entendimento de que, também para a corrupção ativa, deve haver ao menos indicação de “ato de ofício” em troca do qual teria sido solicitada ou recebida a vantagem, houve uma alteração substancial no que diz respeito ao grau de determinação de tal ato.*

28. *Com efeito, na AP 470 a Corte passou a aceitar um grau muito maior de indeterminação do “ato de ofício”. Admitiu-se, no caso concreto, que a compra de votos e de suporte parlamentar para projetos de interesse do governo representa uma contrapartida suficientemente determinada para caracterizar o delito já no momento da oferta ou promessa da vantagem indevida.*

29. *Essa nova visão jurisprudencial – que rejeita uma perspectiva rigorosamente sinalagmática da corrupção – é claramente mais adequada para a proteção da probidade administrativa e para a repressão do ilícito. A exigência de indicação de um ato concreto para a caracterização do delito de corrupção – além de ser contrária, como visto, ao texto expresso da lei – afasta da punição as manifestações mais graves da violação à função pública: o guarda de trânsito que pede dinheiro para deixar de aplicar uma multa seria punível, mas o senador que vende favores no exercício do seu mandato passaria impune.*

30. *Em suma, portanto, como tem decidido esta Primeira Turma, “não é necessário estabelecer uma subsunção precisa entre um específico ato de ofício e as vantagens indevidas, mas sim uma subsunção causal entre as atribuições do funcionário público e as vantagens indevidas, passando este a atuar não mais em prol do interesse público, mas em favor de seus interesses pessoais” (AP 695, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, j. 06.09.2016).*

Seguindo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, a Ministra Laurita Vaz afirma em seu voto que “nem a literalidade do art. 317 do CP, nem sua interpretação sistemática, nem a política criminal adotada pelo legislador parecem legitimar a ideia de que a expressão ‘em razão dela’, presente no tipo de corrupção passiva, deve ser lida no restrito sentido de ‘ato que está dentro das competências formais do agente’”.

Ressalta, ademais, que não “parece lícito simplesmente pressupor que, no que se refere ao crime de corrupção passiva (art. 317 do CP), o legislador praticou alguma sorte de atecnia, ou que falou menos do que desejava, ou que é possível “deduzir” do dispositivo a exigência de *ato de ofício*, como se ali estivesse uma limitação *implícita* ao poder-dever de punir”.

Considerou, assim, que se trata de “nítida *opção legislativa* direcionada a *ampliar* a abrangência da incriminação por corrupção passiva, quando *comparada*

ao tipo de corrupção ativa, a fim de potencializar a proteção ao *aspecto moral* do bem jurídico protegido, é dizer, a proibidade da Administração Pública”.

Concluiu, dessa forma, que:

(...) o âmbito de aplicação da expressão “*em razão dela*”, contida no art. 317 do CP, *não se esgota* em atos ou omissões que detenham *relação direta e imediata* com a *competência funcional do agente*. O crime de corrupção passiva **não exige** nexos causal entre a oferta ou promessa de vantagem indevida e eventual **ato de ofício** praticável pelo funcionário público. O nexo causal a ser reconhecido é entre a mencionada oferta ou promessa e eventual facilidade ou suscetibilidade usufruível **em razão da função pública** exercida pelo agente.

Sendo assim, tenho que o crime de corrupção passiva consuma-se **ainda que** a solicitação ou recebimento de vantagem indevida, ou a aceitação da promessa de tal vantagem, esteja relacionada com atos que *formalmente* não se inserem nas atribuições do funcionário público, mas que, **em razão da função pública**, *materialmente* implicam alguma forma de **facilitação da prática** da conduta almejada.

A doutrina pátria, ao analisar o tipo penal de corrupção passiva, assenta que “a premissa aqui é o uso do cargo público como instrumento pessoal para auferir vantagem indevida, seja de natureza pessoal, moral ou patrimonial; solicita ou recebe essas dádivas em *permuta com favores que são realizados pelo leque de prerrogativas e atribuições exercidas na administração pública* em favorecimento ao seu corruptor ou a quem esta interessa”. (BEZERRA FILHO, Aluizio. Manual dos crimes contra o erário. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 127).

Referido doutrinador elucida, ainda, que “é necessário que o ato objeto da mercancia seja da competência do agente público ou *esteja relacionado com o exercício de sua função* como pressuposto da caracterização do tipo. (...). O dado essencial do delito de corrupção não reside exatamente na solicitação ou recepção de uma vantagem indevida pelo funcionário público, mas no *desvio das funções públicas em direção a fins contrários aos interesses gerais*”. (BEZERRA FILHO, Aluizio. Manual dos crimes contra o erário. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 127/128).

Ainda segundo a doutrina, citando precedentes desta Corte, seria mais acertado considerar não ser “necessário especificar um ato ou conjunto de atos, sendo suficiente evidenciar que a vantagem indevida é decorrência do exercício da função pública”. Entendimento em sentido contrário acentuaria “a impunidade, já grande na esfera da corrupção (Silva: 208-209), por dificultar a punição nos casos em que a mercancia da função pública se dá de modo difuso,

em que há uma contraprestação, mas o funcionário retribui com uma pluralidade de atos, de difícil individualização, o que poderá ocorrer, por exemplo, em relação à grave corrupção de parlamentares (Araújo Júnior: 87-93)". (BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Crimes Federais. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 299.

A jurisprudência vai no mesmo sentido, destacando que, em regra, "a mercancia da função pública se dá de modo difuso, através de uma pluralidade de atos de difícil individualização". (RHC 48.400/RJ, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 17/03/2015, DJe 30/03/2015). Dessa forma, vincular o tipo penal a eventual prática de ato de ofício específico, dentro das atribuições formais do cargo, poderia inviabilizar a própria caracterização do crime.

Nesse encadeamento de ideias, me inclino no sentido de considerar que o crime de corrupção passiva realmente dispensa, para sua configuração, a vinculação a um *ato de ofício específico* e que esteja dentro das *atribuições formais* do agente. De fato, revela-se mais coerente com o bem jurídico tutelado a interpretação no sentido de que a vantagem indevida esteja relacionada com eventual facilidade usufruível em razão da função pública exercida pelo agente.

Afastada a alegação de atipicidade, em virtude da conclusão no sentido da efetiva dispensabilidade de especificação de um ato de ofício formalmente inserido nas atribuições do funcionário público, não há se falar igualmente em ofensa ao art. 29 do Código Penal, porquanto ao recorrente não se imputa conduta em coautoria.

Conforme destacado no acórdão recorrido, "não por outra razão a sentença condenou o ex-Presidente por *um único ato de corrupção*, porquanto, a ele cabia dar suporte à continuidade do esquema de corrupção havido na Petrobras orientado a financiar partidos políticos e um projeto de poder, com capacidade inclusive de interferir na higidez do sistema eleitoral" (e-STJ fl. 73.022).

Assim, conforme já referido, o recorrente foi condenado por ser "*o garantidor de um esquema maior, assegurando nomeações e manutenções de agentes públicos em cargos chaves para a empreitada criminosa*. Acertada a acusação ao atribuir a responsabilidade criminal no réu Luiz Inácio Lula da Silva em um patamar mais elevado em termos de hierarquia administrativa e constitucional" (e-STJ fl. 73.020).

Quanto à alegada ausência denexo causal, verifico, pela leitura do acórdão recorrido, que a vantagem indevida recebida pelo recorrente está relacionada com a facilidade usufruível em razão da função pública exercida pelo agente,

a quem competia indicar o nome do presidente e dos diretores da Petrobras. Dessarte, encontra-se devidamente delineado o nexos causal.

Reitero, no ponto, que eventual desconstituição do entendimento proferido pelas instâncias ordinárias, soberanas no exame dos fatos e das provas carreadas aos autos, demandaria inevitável e inviável revolvimento do arcabouço probatório o que, como é de conhecimento, encontra óbice no verbete n. 7 da Súmula desta Corte.

No mesmo sentido:

Penal. Agravo regimental em agravo em recurso especial. Desclassificação do delito de estelionato para corrupção passiva. Reexame de matéria fática. Vedação. Súmula 7/STJ. Recurso desprovido. I - A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos. II - Entender de modo contrário ao estabelecido pelas instâncias ordinárias - de que não houve nexos causal entre a vantagem indevida e o ato funcional, a fim de caracterizar o delito de corrupção passiva e não o de estelionato -, como pretende a parte agravante, demandaria, necessariamente, o revolvimento do acervo fático-probatório delineado nos autos, providência inviável nessa instância. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 1.142.400/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 15/03/2018, DJe 27/03/2018)

Agravo regimental no recurso especial. Penal e Processual Penal. Indiciamento. Não obrigatoriedade. Reapresentação de transação. Deficiência de fundamentação. Súmula n. 284/STF. Nexos causal. Responsabilidade penal. Necessário reexame fático-probatório. Súmula n. 7/STJ. Princípio identidade física do juiz. Exceção. Possibilidade. Provas. Necessidade. Competência do Tribunal a quo. Agravo desprovido. 1. O indiciamento apesar de ser um antecedente processual lógico, não é obrigatório para que ocorra o oferecimento da peça acusatória. 2. A deficiência de fundamentação quanto à necessidade de reapresentação da transação penal atrai o óbice da Súmula n. 284/STF. 3. Para verificar a ausência de nexos causal à imputação de responsabilidade penal é necessário o reexame fático-probatório da demanda. Óbice da Súmula n. 7/STJ. 4. A jurisprudência desta Corte Especial é firme no sentido de que o princípio da identidade física do juiz no processo penal não é absoluto, comportando exceções, como no caso concreto. 5. Compete ao Juízo a quo exercer juízo acerca das provas produzidas, dentre elas a necessidade da prova testemunhal, haja vista sua proximidade com as circunstâncias fáticas da causa. 6. Agravo Regimental desprovido. (AgRg no REsp 1.588.188/RN, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 23/05/2017, DJe 07/06/2017)

Por fim, no que concerne à alegação de que a conduta é atípica, se analisada com base na teoria da imputação objetiva, conigno que, devidamente delineado

o nexa causal, revela-se irrelevante o exame dos fatos com base na teoria da imputação objetiva, uma vez que esta se apresenta como um complemento corretivo das teorias causais. Dessarte, desnecessário o exame do caso sob esse viés, que, ademais, não foi submetido ao crivo do Tribunal de origem.

15. Contrariedade ao art. 156 do CPP.

Ainda com relação à condenação pelo crime de corrupção passiva, o recorrente aponta violação do art. 156 do Código de Processo Penal, por considerar que “a conclusão de que o recorrente teria se corrompido pelo tal triplex não possui respaldo probatório idôneo”. Afirma que os depoimentos dos autos apenas confirmam “a suposta influência do ex-Presidente no Partido dos Trabalhadores e na Petrobras; questão que não caracteriza sua corrupção passiva, porquanto não confirma o recebimento da vantagem indevida” (e-STJ fls. 74.619, 74.620/74.621).

Assevera que, “no que diz respeito ao tal triplex, não há, de fato, uma única prova direta e insuspeita de que o ora recorrente o tenha recebido, aceito ou solicitado. Essa situação não demanda qualquer reexame de fatos, mas emerge da própria base em empírica dos arestos recorridos” (e-STJ fl. 74.621). A defesa passa então a discorrer sobre os depoimentos constantes dos autos, concluindo que não foi respeitada a presunção de inocência do recorrente, porquanto lhe foi atribuído o ônus de descaracterizar o depoimento do corréu (e-STJ fl. 74.625).

O Tribunal de origem, ao manter a condenação do recorrente pelo crime de corrupção passiva, sintetizou, ao final de amplo exame do arcabouço carreado aos autos, que “há provas suficientes de que a unidade triplex do Condomínio Solaris estava destinada a Luiz Inácio Lula da Silva como vantagem, apesar de não formalmente transferida porque sobreveio a ‘Operação Lava-Jato’ e a prisão de empreiteiros envolvidos, dentre eles, José Adelmário Pinheiro Filho. De todo o exposto, é possível se concluir” (e-STJ fls. 73.001/73.004):

(a) João Vaccari Neto solicitou a *Léo Pinheiro* que a OAS assumisse empreendimentos da BANCOOP, pois a cooperativa estava em graves dificuldades financeiras e com as obras paralisadas;

(b) após análise de viabilidade comercial, a OAS decidiu assumir o empreendimento do Guarujá/SP, desde já ciente de que uma das unidades pertenceria ao réu *Luiz Inácio Lula da Silva*;

(c) foi realizada assembleia de condôminos para ratificação do contrato com a OAS, para a qual foi expedida notificação, nos idos de 2009;

(d) a ex-Primeira Dama firmou contrato originalmente com a BANCOOP, mas não o renovou com a OAS, embora também não tenha formulado em tempo adequado o pedido de rescisão do contrato;

(e) em 2010 foi publicada reportagem, em veículo de comunicação de grande circulação nacional, noticiando que a unidade triplex, já àquele tempo, pertenceria ao ex-Presidente;

(f) visitas foram realizadas pessoalmente pelo ex-Presidente e sua esposa (fevereiro de 2014), bem como por esta e seu filho Fábio (agosto de 2014), no apartamento no Guarujá/SP. Na primeira ocasião foram discutidas as reformas que a unidade deveria sofrer, sendo que na segunda oportunidade estas foram vistoriadas;

(g) o apartamento triplex foi objeto das reformas previstas, em consonância com projetos apresentados e aprovados pelo apelante *Luiz Inácio Lula da Silva* e sua esposa, e elas foram efetivamente custeadas pela OAS Empreendimentos, sendo este fato absolutamente fora dos procedimentos usuais da empresa;

(h) das visitas à unidade participaram dirigentes da empresa OAS, empregados desta, empregados de empresas subcontratadas, além dos réus. Tais pessoas, de modo unânime, confirmaram não apenas a ocorrência das visitas, mas a forma como foram agendadas, datas e detalhes da reforma;

(i) o responsável pela Construtora Tallento, encarregada da reforma, confirmou os fatos, embora não soubesse precisar detalhes sobre a titularidade do bem;

(j) ainda que algumas das testemunhas não soubessem certificar a 'propriedade ou titularidade' do triplex, tinham conhecimento por terceiros de que o mesmo pertenceria ao ex-Presidente. A ausência de conhecimento pessoal deve ser entendida como decorrente da própria natureza dos fatos, porque não se pretendia dar publicidade. Todavia, testemunhas diretamente envolvidas nos fatos e corréus foram assertivos quanto ao real destinatário do imóvel;

(k) os altos dirigentes da empresa OAS não apenas tinham ciência dos fatos, como os confirmaram em juízo, destacadamente *José Adelmário*, *Agenor*, *Paulo Gordilho* e *Roberto Moreira*;

(l) os interrogatórios desses réus, corroborados por diversas provas, são uníssonos sobre a reserva do apartamento, a realização das reformas e a customização conforme projeto apresentado e aprovado pelo ex-Presidente *Luiz Inácio Lula da Silva* e sua esposa (Marisa Letícia) por ocasião de apresentação pessoal que *José Adelmário* e *Paulo Gordilho* fizeram na residência do casal em São Bernardo do Campo;

(m) as reformas da unidade se concretizaram de modo excepcional e customizado, o que pressupõe que não estavam sendo feitas para o público em geral, mas para pessoa determinada. Isto é, com natureza bastante diferente daqueles chamados apartamentos decorados;

(n) a OAS administrava uma 'conta de propina', cujos recursos eram destinados ao Partido dos Trabalhadores, nos moldes do que foi praticado por outras empreiteiras no conhecido 'clubes', fato este provado nestes autos (evento 847), bem como nas mais de duas dezenas de outros processos cujo mérito já foi julgado por esta 8ª Turma;

(o) há prova material relativa à troca de informações, email e mensagens de celular, corroborando as palavras dos diversos réus, em especial de *José Adelmário Pinheiro Filho*;

(p) não foi produzida contraprova que infirme as alegações do réu *José Adelmário* ou que levem à rejeição da premissa de existência de prova acima de dúvida razoável;

(q) o contexto dos fatos, as provas, as regras de experiência e a lógica não permitem chegar a outra conclusão, salvo a de que o apartamento pertencia ao ex-Presidente *Luiz Inácio Lula da Silva*, ora apelante, cuja titularidade e posse somente não foram transferidas a tempo e modo por força da própria 'Operação Lava-Jato' (que se iniciou publicamente em março de 2014) e da prisão de diversos empreiteiros em novembro de 2014, dentre eles, *José Adelmário Pinheiro Filho*;

(r) João Vaccari Neto orientou *Léo Pinheiro* sobre o abatimento da conta geral de propinas dos valores da diferença de preço entre a unidade simples e o triplex, o custeio da reforma, a compra de mobiliários e utensílios somente em um segundo encontro. Também seriam abatidos outros custos de empreendimentos do BANCOOP, passivos ocultos que, segundo ele, foram assumidos pela OAS.

(s) o réu *Luiz Inácio Lula da Silva*, em razão do cargo, atuou diretamente para a manutenção de agentes públicos que tinham por missão manter o esquema de financiamento político com propinas decorrentes de contratos firmados pela Petrobras com grandes empreiteiras;

(t) o réu *Luiz Inácio Lula da Silva*, também em razão do cargo, teve para si destinado o imóvel triplex do Guarujá/SP, como pagamento de corrupção, correspondente à diferença de preço entre a unidade originalmente comprada (apartamento 141) e a unidade final, somado aos custos de personalização (reforma e mobiliário);

(u) dentro desse contexto, deve ainda ser considerado que boa parte dos fatos (diga-se, os mais essenciais, como reformas, compra de utensílios e mobiliário) ocorreu no ano de 2014, no decorrer da 'Operação Lava-Jato'.

Assim, verifica-se das provas carreadas aos autos que o apelante *Luiz Inácio Lula da Silva* tinha ciência de que, apesar da aquisição inicial da unidade 141, tinha reservada para si a unidade triplex (164-A, do Edifício Salinas, Condomínio Solaris), sem que tivesse vertido recursos para tal aquisição. O réu e familiares estiveram nesta unidade solicitando modificações estruturais, adaptações (inclusive a instalação de um elevador), edificações, aparelhamento com móveis e

utensílios, reformas estas que não apenas foram feitas, mas foram posteriormente vistoriadas.

Ainda a revelar a intenção do agente, há prova quanto à apresentação dos projetos de reformas ocorridas no imóvel residencial do apelante, com a aquiescência sobre os projetos, que levaram a efeito as modificações, como confirmaram *Léo Pinheiro* e *Paulo Gordilho* em seus depoimentos.

Inquestionável, ainda, que a empreitada foi realizada às expensas da empresa *OAS Empreendimentos*, sem que tenha havido qualquer pagamento pelo apelante. Ao revés, houve a autorização de lançamento destas despesas, pelo Diretor Financeiro do partido político, na conta corrente de recursos ilícitos originários da Petrobras.

Este singelo resumo de alguns dos fatos, complementado por tudo aquilo que restou acima dito sobre as provas materiais e testemunhais, permite chegar a uma conclusão segura, acima de dúvida razoável, de que o ex-Presidente agiu dolosamente ao receber vantagem indevida.

Como visto, pela simples leitura do resumo acima transcrito, observa-se que as instâncias ordinárias, que possuem amplo espectro de cognição fática e probatória, concluíram, com base no arcabouço probatório, estar devidamente comprovada a imputação pelo crime de corrupção passiva. Nesse contexto, não é possível, em recurso especial, a reversão das conclusões, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça não pode ser considerado terceira instância recursal.

Como é de conhecimento, a análise de eventual violação da norma infraconstitucional não pode demandar o revolvimento dos fatos e das provas carreados aos autos, porquanto as instâncias ordinárias são soberanas no exame do acervo probatório. Dessa forma, não é dado a esta Corte Superior se imiscuir nas conclusões alcançadas pelas instâncias ordinárias, acerca da existência de acervo probatório apto a embasar a condenação.

No mesmo sentido:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Receptação. *Inversão do ônus da prova não evidenciado. Art. 156 do CPP. Pleito absolutório. Necessidade reexame fático e probatório. Súmula n. 7/STJ. Culpabilidade. Antecedentes. Motivação concreta e idônea. Agravo regimental não provido. 1. Uma vez que a condenação do réu se fundamentou em fatos e provas concretas carreadas aos autos - que evidenciaram, de maneira inquévoca, que ele conhecia a procedência ilícita das munições apreendidas -, não há como acolher a tese de que houve indevida inversão do ônus da prova. 2. Para entender-se pela absolvição do ora agravante, seria necessário o reexame do acervo fático-probatório dos autos, procedimento vedado em recurso especial, por força do enunciado na Súmula n. 7 do STJ. 3. A*

individualização da pena-base está submetida a certa discricionariedade judicial, orientada pelas circunstâncias do art. 59 do CP e pelo sistema do livre convencimento motivado. Em recurso especial, somente é cabível o controle da fundamentação do acórdão impugnado e de sua proporcionalidade. 4. A quantidade de munições receptadas (192 cartuchos calibre .380 de marca estrangeira), efetivamente evidenciam um plus de reprovabilidade na conduta do agente, motivo pelo qual autoriza a conclusão pela desfavorabilidade da circunstância judicial relativa à culpabilidade. 5. Salvo hipótese excepcional, consoante entendimento deste Superior Tribunal, decorrido o prazo de cinco anos entre a data do cumprimento ou a extinção da pena e a infração posterior, a condenação anterior, embora não possa prevalecer para fins de reincidência, pode ser sopesada a título de maus antecedentes, como *in casu*. 6. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 1.009.975/PR, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 07/06/2018, DJe 15/06/2018)

Recurso especial. Penal e Processo Penal. Crime contra a ordem tributária. Sonegação. Indeferimento de oitiva de testemunha. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Ilícitude da prova. Nulidade da quebra de sigilo bancário não evidenciada. Insuficiência probatória. Violação ao art. 156 do CPP. Princípio do livre convencimento motivado. Súmula 7/STJ. Causa de aumento prevista no art. 12 da lei n. 8.137/90. Grave dano à coletividade. Expressivo valor do tributo sonegado. Possibilidade de incidência. Princípio da congruência. Desnecessidade de expressa tipificação legal. Recurso improvido. 1. O indeferimento de pedido de produção de prova, quando devidamente motivado, não configura cerceamento de defesa, por ser a discricionariedade o critério norteador do juízo de pertinência e relevância (RMS 34.151/SC, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJ de 9/8/2013). 2. O chamado fenômeno da serendipidade ou o encontro fortuito de provas - que se caracteriza pela descoberta de outros crimes ou sujeitos ativos em investigação com fim diverso - não acarreta qualquer nulidade ao inquérito que se sucede no foro competente. 3. Configurada a hipótese de encontro fortuito de provas, decorrente de quebra de sigilo bancária autorizada, não há irregularidade na investigação levada a efeito para elucidar o novo delito, distinto do que ensejou a decretação da medida. 4. *Tratando-se de incidência do princípio do livre convencimento motivado, em que o magistrado pode formar sua convicção ponderando as provas que desejar, não há falar em ofensa ao art. 156 do Código de Processo Penal.* 5. *Tendo as instâncias ordinárias entendido pela existência de provas suficientes a embasar o decreto condenatório, aferir a fragilidade do conjunto fático-probatório encontra óbice no enunciado sumular 7/STJ, o qual veda o reexame de provas na via do recurso especial.* 6. Este Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que o não recolhimento de expressiva quantia de tributo atrai a incidência da causa de aumento prevista no art. 12, inc. I, da Lei 8.137/90, pois configura grave dano à coletividade. De qualquer forma, a questão, como posta, não escapa à incidência da Súmula 7/STJ. (AgRg nos

EDcl no AREsp 465.222/SC, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 23/08/2016, DJe 29/08/2016). 7. O réu se defende dos fatos narrados e não da tipificação a ele atribuída, razão pela qual pode o magistrado reconhecer a existência da causa da aumento prevista no art. 12, I, da Lei n. 8.137/90, descrita faticamente na denúncia, ainda que nela não expressamente indicada a correspondente tipificação legal da majorante. 8. Recurso especial improvido. (REsp 1.524.528/PE, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 05/09/2017, DJe 13/09/2017)

16. Ofensa ao art. 1º da Lei n. 9.613/1998 - Bis in idem.

A defesa aponta também violação do art. 1º da Lei n. 9.613/1998, por entender que a conduta considerada típica, “se tivesse ocorrido, quando muito, caracterizaria exaurimento da imputação de corrupção” (e-STJ fl. 74.626). Afirma que “a falta de transferência formal da propriedade caracterizaria exaurimento do delito principal, mas, nunca, ato de lavagem”. Conclui, assim, que “ao considerar caracterizado o crime de lavagem de capitais pela ‘propositada intenção de ocultar o patrimônio que pertencia de fato ao ex-Presidente’, o acórdão puniu duas vezes o recorrente pela mesma conduta, e violou o artigo 1º da Lei 9.613/1998” (e-STJ fls. 74.627/74.628).

Considera, no mais, que se tratou como “consumado um delito virtual”, uma vez que “não houve disponibilidade do bem no circuito econômico”. Alega, ainda, que se “considerou prescindível perquirir a origem dos recursos que Léo Pinheiro teria empregado no triplex”. Conclui, assim, que se trata de “conduta virtual, atípica e que, ainda que fosse ilícita, seria mero exaurimento do delito de corrupção a ele imputado” (e-STJ fls. 74.628 e 74.630).

O Tribunal de origem, ao analisar a alegação de atipicidade com relação ao crime de lavagem de dinheiro, assentou, em um primeiro momento, que referido delito se decompõe em três fases. Destacou, porém, que “é assente na doutrina e na jurisprudência, todavia, que o tipo penal, para a sua consumação, não exige a ocorrência das três fases. É dizer, a mera ocultação - primeira fase do ciclo da lavagem - já caracteriza o crime, sendo desnecessárias as etapas de dissimular e reinserir os ativos na economia formal” (e-STJ fl. 73.028).

Registrou, dessa forma, que “basta, assim, que o agente, ciente da origem ilícita dos recursos, oculte ou dissimule sua procedência e titularidade mediante operações, como a aquisição e manutenção de bens em nome de terceiros ou a obtenção de benefícios outros de natureza econômica ou patrimonial”. (e-STJ fl. 73.029).

Quanto à materialidade e à autoria, a Corte local assentou que “é inquestionável a origem ilícita dos recursos empregados no custeio da diferença entre a unidade originalmente adquirida - e parcialmente paga - e a unidade final destinada ao apelante Luiz Inácio Lula da Silva. Mais indubitosa ainda é a utilização da mesma fonte de recursos espúrios para o pagamento das reformas, melhorias, mobiliário e aparelhamento do apartamento 164-A” (e-STJ fl. 73.030).

Destacou, ademais, que (e-STJ fl. 73.030):

Neste e em diversos dos outros processos já julgados no primeiro grau e nesta Corte, restou demonstrada a existência de um complexo, prolongado e articulado esquema de desvio de recursos públicos no seio da Petrobras, com desvios bilionários (e não são poucos). Basta lembrar que apenas na contratação de um navio sonda, cujo negócio era indicado como desnecessário pela área técnica da instituição, o montante já ultrapassava a casa do bilhão. No caso específico, trata-se de recursos oriundos da empresa OAS, como confessadamente apontou o corréu *José Adelmário*, que mantinha um espécie de ‘conta corrente’ do Partido dos Trabalhadores, da qual foram debitados os custos acima referidos.

Ressaltou, assim, que “para a configuração do crime de lavagem de dinheiro, pois, é necessária a realização de um dos verbos nucleares do tipo, consistentes em ocultar/esconder, simular, encobrir/dissimular, disfarçar/alterar a verdade”. No caso, “o magistrado singular entendeu que houve propositada intenção de ocultar o patrimônio que pertencia de fato ao ex-Presidente pelo menos até junho de 2014, e, por isso, caracterizado o crime de lavagem de capitais”.

Dessarte, concluiu, que (e-STJ fl. 73.035):

Tem-se por correta a conclusão, dado o *prolongado período de ocultação do verdadeiro destinatário dos recursos*, bem como incrementos no imóvel, cientes, beneficiário e pagador, de que esses recursos tinham *origem ilícita e o patrimônio não estava formalmente vinculado ao beneficiário*. O interrogatório do réu *José Adelmário*, ausente qualquer evidência de que esteja mentindo, e principalmente estando em sintonia com os fatos provados, como prova séria deve ser valorado.

O art. 32 da Lei n. 4.591/64 estabelece, dentre outras, as providências a serem realizadas ao final de uma incorporação imobiliária. *O art. 44 da mesma lei prevê que, após a concessão do ‘habite-se’, deverá o incorporador requerer a averbação da construção de modo individualizado e discriminado das unidades. Vencida esta etapa é possível a transferência da posse ou propriedade, o que não ocorreu no caso concreto.*

Isso fica claro no seguinte trecho do depoimento de *Léo Pinheiro*, cuja repetição se faz necessária:

José Adelmário Pinheiro Filho:- O Vaccari me pediu que não fizesse, me liberou para venda da unidade que teria sido escolhida, a unidade tipo, e que a unidade que pertenceria à família do presidente ficaria em nosso nome, eu teria uma orientação; em 2010 eu o procurei, tinha problema de campanha política, esperou-se, por causa da matéria do...

Juiz Federal:- Ele falou isso ao senhor?

José Adelmário Pinheiro Filho:- O João Vaccari falou comigo e o Paulo Okamoto.

Juiz Federal:- Que não era para fazer a transferência?

José Adelmário Pinheiro Filho:- Que não era para fazer transferência, e assim ficou até o final, como nós íamos resolver eu lhe confesso que a partir de novembro eu não...

Juiz Federal:- Qual era a explicação que o senhor dava para o pessoal da OAS Empreendimentos de porque não fazer a transferência desse imóvel, porque fazer essas reformas todas?

José Adelmário Pinheiro Filho:- Ainda existia nesse empreendimento em 2014 mais de 20 e poucas unidades que não tinham ainda sido comercializadas, mas era claro que ficava evidente porque tinha uma determinação de não comercializar essa unidade, e é norma, é padrão numa incorporadora ela não ficar com unidades depois de entregue, inclusive é por isso que tem essas feiras, essas coisas de imóveis, que ninguém, isso é um transtorno dentro do negócio como um todo.

Juiz Federal:- Mas qual era a explicação então que o senhor dava para os executivos da OAS Empreendimentos?

José Adelmário Pinheiro Filho:- Que depois ia ser encontrada uma forma de transferência para alguém que o presidente determinasse ou para a família dele mesmo.

Destacou-se, ademais, que “o art. 1º da Lei n. 9.613/98 tem por objeto, além da ocultação ou dissimulação da propriedade, também da natureza, da origem, da localização, da disposição ou da movimentação de bens provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal, de maneira que em qualquer dessas figuras estaria configurado o branqueamento. Aliás, houvesse efetivamente o título translativo ou, no mínimo, não tivesse o compromisso de compra e venda perdido a validade, certamente não se estaria cogitando da incidência do tipo penal estampado no art. 1º da Lei n. 9.613/98, mas mero proveito do crime de corrupção passiva” (e-STJ fls. 73.036/73.037).

Registrou-se também que (e-STJ fl. 73.038):

Não é demais recordar que a questão a respeito da titularidade do imóvel somente começou a ser esclarecida em 2014. *Léo Pinheiro* afirmou que,

inicialmente, 'foi orientado, já em 2009, que o apartamento triplex, 164-A, pertenceria à família do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva e que a OAS não poderia comercializá-lo para terceiro. Foi, porém, autorizado a vender a unidade 141-A, que constava no contrato celebrado entre a BANCOOP e Marisa Letícia Lula da Silva. Em nenhum momento, foi a ele informado que o Presidente Luiz Inácio Lula da Silva pagaria a diferença de preço entre o apartamento simples e o apartamento triplex'.

A tentativa de *Léo Pinheiro* de 'acertar' o pagamento foi objeto de outras reuniões, sem que a questão tenha sido solvida nem mesmo após a solicitação de reformas no imóvel destinadas a atender às necessidades da família. *Léo Pinheiro* esclareceu que, em maio ou junho de 2014, encontrou-se novamente com João Vaccari Neto, quando ficou acertado que a diferença de preço entre a unidade simples e o apartamento triplex, assim como os custos da reforma do apartamento e igualmente do Sítio em Atibaia, seriam abatidos da mencionada conta geral de propinas do Grupo OAS.

Nada obstante, João Vaccari Neto solicitou que a regularização do imóvel fosse postergada. Disse *Léo*: 'O Vaccari me pediu que não fizesse, me liberou para venda da unidade que teria sido escolhida, a unidade tipo, e que a unidade que pertenceria à família do presidente ficaria em nosso nome, eu teria uma orientação; em 2010 eu o procurei, tinha problema de campanha política, esperou-se, por causa da matéria do...'

Pois bem, o pedido de João Vaccari Neto, alto dirigente do Partido dos Trabalhadores - PT e pessoa da confiança do ex-Presidente, surge como, no mínimo, estranho. Relevados todos os contornos da negociação do triplex, fosse de fato um negócio lícito, a solução seria bastante óbvia: o apartamento deveria ser colocado em nome do réu *Luiz Inácio Lula da Silva* ou de sua esposa. Não haveria porque aguardar-se ou imaginar-se outra alternativa mais adequada.

É o que se exigiria e esperaria de qualquer cidadão comum, a fim de que não parrassem dúvidas a respeito da higidez da transação.

Isso não ocorreu, contudo. Atendendo à solicitação de João Vaccari Neto, *Léo Pinheiro*, muito embora os percalços burocráticos, manteve o imóvel em nome da OAS sem indicação ou tentativa de vendê-lo a terceiro. E assim permanece até a hoje, incidindo, agora, o gravame do confisco determinado pelo Juízo de Primeiro Grau.

O Tribunal de origem ressaltou ainda que "o valor final do imóvel, após as reformas e equipagem, extrapola em muito a avaliação de mercado. *O simples acobertamento da valorização do bem já configura, em tese, o crime autônomo de branqueamento de capitais, mesmo que nominalmente transferido para o apelante.* Isso porque, como já explicado, em nenhum momento houve iniciativa do apelante no sentido de, no mínimo, fazer o ajuste da nova opção pelo triplex

em sua declaração de imposto de renda anual. Somente na declaração do ano-calendário 2015 houve a exclusão do referido compromisso de compra e venda da declaração” (e-STJ fl. 73.039).

No que concerne à alegação de que a apontada lavagem de dinheiro seria mero exaurimento do crime de corrupção passiva, destacou a Corte local que, “nos crimes de corrupção, cabe recordar, o efetivo pagamento sequer é essencial ao tipo penal. Nessa conjugação de balizas, é impensável admitir-se, como regra geral, que o ato - posterior, autônomo e sem necessária relação com o antecedente - tendente a ocultar ou dissimular a origem ilícita de dinheiro já incorporado ao patrimônio do agente seja mero exaurimento da corrupção” (e-STJ fl. 73.040).

Continua, afirmando que, “caso contrário, equiparar-se-ia aquele que recebe dinheiro da corrupção e nada mais faz, com aquele que busca - com nova conduta - incorporar o proveito do crime dando-lhe a aparência de legalidade. Nesse contexto, afirma que a hipótese dos autos apresenta “condutas que extrapolam a tipificação do crime antecedente, de modo que não se pode tratá-las como seu mero desdobramento” (e-STJ fls. 73.040/73.041).

Por fim, esclarece que o presente caso não se confunde “com o que fora tratado pelo Supremo Tribunal Federal no bojo da Ação Penal n. 470 (‘Mensalão’). Naquele conhecido feito discutia-se se o *simples proveito do crime*, particularmente o saque de valores diretamente em conta bancária, poderia ser classificado como ato autônomo a caracterizar o crime de branqueamento de ativos” (e-STJ fl. 73.041).

Conforme elucidado pela Corte local, não há se falar que o crime de lavagem de dinheiro imputado ao recorrente, em virtude da ocultação da real titularidade do triplex, revele mero exaurimento do crime de corrupção passiva. Como é de conhecimento, o crime de lavagem se caracteriza pela ocultação ou dissimulação da propriedade de bens provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal, com o objetivo de lhe conferir aparência de legalidade, não podendo ser tratado, portanto, como mero exaurimento desta.

Quanto à origem dos recursos empregados no triplex, tem-se que o recebimento deste por si só, configura o crime de corrupção passiva, independentemente da origem dos valores utilizados. Assim, a ocultação da propriedade do triplex tem como crime anterior a própria corrupção passiva tratada nos presentes autos, sendo despidendo, dessarte, perseguir eventuais outros crimes anteriores.

Com efeito, os recursos utilizados no triplex podem, inclusive, ter origem regular. Contudo, ao serem utilizados para pagar vantagem indevida, tipificando, assim, o crime de corrupção passiva, passam a ser um recurso de origem ilícita, tipificando, portanto, o crime de lavagem, a ocultação da sua propriedade, com o objetivo de lhe conferir aparência de legalidade. Ou seja, o crime não guarda relação com a *origem do dinheiro* utilizado para pagar propina, mas sim com o *pagamento da propina*.

Ademais, para configuração do crime de lavagem não se exige a “disponibilidade do bem no circuito econômico”, porquanto, conforme já destacado pela Corte local, embora o delito possua três fase distintas, sua consumação “não exige a ocorrência das três fases. É dizer, a mera ocultação - primeira fase do ciclo da lavagem - já caracteriza o crime, sendo desnecessárias as etapas de dissimular e reinserir os ativos na economia formal” (e-STJ fl. e-STJ fl. 73.028).

No que concerne ao precedente do Supremo Tribunal, proferido na Ação Penal n. 470, verifico que a tese firmada no Pretório Excelso não guarda relação com a situação fática dos presentes autos. Com efeito, naquele julgado, considerou-se que *o recebimento de vantagem indevida, por interposta pessoa*, não configuraria o crime de lavagem de dinheiro. No caso dos autos, não há se falar em recebimento por interposta pessoa.

De fato, o triplex já estava à disposição do recorrente, tanto que foram realizadas reformas e comprado mobiliário sob orientação de sua família. Contudo, não houve a transferência da propriedade e havia uma determinação de não comercializar, embora já tivesse sido concedido o habite-se, possibilitando a efetiva transferência da propriedade (e-STJ fls. 73.035/73.036).

Conforme lição doutrinária, a lavagem de dinheiro “pode ser conceituada como atividade de desvinculação ou afastamento do dinheiro da sua origem ilícita para que possa ser aproveitado”. Com respaldo da jurisprudência, a doutrina afirma, ainda, que:

A análise da tipicidade deve ser levada a efeito, considerados o contexto e o conjunto das operações efetuadas, não sendo afastada porque comprovada a regularidade formal de um dos atos praticados (TRF1, ...), como, por exemplo, n o fato de estarem escriturados os supostos empréstimos na contabilidade da empresa, quando existem indícios de que os valores decorrem de crime arrolado como antecedente, bem como da *simulação do negócio*. O mesmo vale para a circunstância de que os bens ou rendimentos tenham sido declarados à Receita

Federal, que não afasta, por si só, a ocorrência de crime, pois é possível que a declaração tenha sido justamente uma forma de tentar atribuir aparência legítima à sua obtenção (TRF2, ...). (BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Crime federais. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1.088 e 1.095).

Destaco, ainda, lição doutrinária no sentido de que “o escamoteamento do produto da infração antecedente, por si só, não é suficiente para a tipificação do crime de lavagem de capitais. Para além do mascaramento desses bens, direitos e valores, também se faz necessária a demonstração dos elementos subjetivos inerentes ao tipo penal em questão, quais sejam, a consciência e vontade de limpar o capital sujo e reintroduzi-lo no sistema financeiro com aparência lícita” (LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 314).

De fato, conforme já sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal, “verificada a autonomia entre o ato de recebimento de vantagem indevida oriunda do delito de corrupção passiva e a posterior ação para ocultar ou dissimular a sua origem, possível é a configuração do crime de lavagem de capitais” (AP 996, Relator(a): Min. Edson Fachin, Segunda Turma, julgado em 29/05/2018, DJe-025 Divulg 07-02-2019 Public 08-02-2019).

No mesmo sentido, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, em 9/4/2019, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 165.036/PR, impetrado em favor de Eduardo Cunha, assentou o entendimento no sentido de que o recebimento da vantagem indevida, por meio de mecanismos de ocultação e dissimulação, extrapola o mero recebimento clandestino, uma vez que se trata de comportamento com aptidão para dar posterior aparência de licitude à vantagem recebida.

Assim, a ocultação da vantagem indevida recebida de forma indireta não está compreendida no desdobramento causal natural do crime de corrupção passiva. Dessa forma, “a menção ao recebimento indireto no tipo penal de corrupção passiva não implica salvo conduto para qualquer comportamento de ocultação posterior” (BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016, p. 128).

Nesse encadeamento de ideias, não há se falar que a imputação pelo crime de lavagem revele mero exaurimento do crime de corrupção passiva, pois, de acordo com os elementos dos autos, a vantagem indevida recebida foi mantida oculta, com o objetivo de lhe dar aparência de legalidade.

Relevante destacar que, ainda que o recebimento da vantagem indevida tenha se dado de forma indireta, ou seja, sem a transferência de sua titularidade

ao recorrente ou a outra pessoa que tenha indicado, tem-se que a manutenção do bem em nome da OAS revela desígnio autônomo e distinto do mero recebimento.

Com efeito, o crime de corrupção passiva é instantâneo, tendo se consumado no momento do recebimento da vantagem indevida. Já o crime de lavagem de dinheiro, na modalidade típica de ocultar, é permanente, motivo pelo qual a manutenção do bem oculto em nome da OAS revela dolo distinto, o que se revela, inclusive, pela ausência de identidade temporal relativa à consumação de cada delito.

Dessa forma, tendo as instâncias ordinárias identificado a existência de desígnios autônomos, consistentes no recebimento da vantagem indevida e na sua ocultação, com o objetivo de atribuir aparência legítima à sua obtenção, correto o juízo de desvalor referente a cada tipo penal, não havendo se falar em *bis in idem*.

A propósito:

*Processo Penal. Agravo regimental da decisão que não conheceu do habeas corpus. Utilização. Sucedâneo de recurso próprio. Corrupção passiva. Lavagem de dinheiro. Consunção. Não configurada. Concurso formal. Revolvimento fático-probatório. Necessidade. Agravo regimental desprovido. I - O agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada por seus próprios fundamentos. II - 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. III - A consunção consiste em um dos princípios adotados para resolução do conflito aparente de normas, o qual, na dicção da Doutrina, tem aplicação nas seguintes hipóteses: "a) quando um crime é meio necessário ou normal fase de preparação ou de execução de outro crime; b) nos casos de antefato e pós-fato impuníveis." (GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Parte Geral. Vol. I. Impetus. Rio de Janeiro. 17ª ed. 2015. p. 78). IV - No caso em mesa, a autonomia de cada delito foi devidamente fundamentada, de modo que, a partir do conjunto probatório produzido nos autos, restou afastada a possibilidade de absorção do delito de lavagem de dinheiro pelo crime de corrupção passiva. V - Não há como se conceber que, a partir da valoração jurídica dos fatos e das provas produzidas, seja possível reconhecer a almejada concussão entre os delitos, notadamente porque, conforme exhaustivamente fundamentado pelas instâncias ordinárias, não foi o "mero recebimento indireto de valores" que configurou o crime de lavagem de dinheiro, mas*

*sim a entrega da propina “por meio de esquema criado especificamente para ocultar a origem dos valores”. VI - Se a prova produzida nos autos evidencia que cada crime foi cometido por meio de uma ação ou omissão distinta, não há como fazer incidir, aos fatos apurados na origem, a regra do art. 70 do Código Penal. Rever o entendimento das instâncias ordinárias para reconhecer a figura do concurso formal, na forma em que pleiteada pela Defesa, demandaria, necessariamente, amplo reexame do acervo fático-probatório, procedimento incompatível com o *mandamus*. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AgRg no HC 450.501/PR, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 18/10/2018, DJe 23/10/2018)*

Recursos especiais. Admissibilidade. Óbices preliminares. Denúncia anônima. Inexistência. Ministério Público. Investigação. Nulidade do procedimento investigatório. Sigilo fiscal e telefônico. Quebra. Nulidades. Persecução penal. Elementos de informação não utilizados para deflagração do processo penal. Matérias analisadas em *habeas corpus*. Superação. Atipicidade. Não ocorrência. Nulidades na instrução criminal. Não configuração. Omissão do acórdão. Improcedência. Dosimetria. Flagrante ilegalidade. Recursos especiais conhecidos para reduzir as penas impostas. Concessão de *habeas corpus*, de ofício, para corréus em idêntica situação. 1. (...). 5. *Fica caracterizado o crime de lavagem quando o acórdão, de maneira objetiva, detalha todo o modus operandi para dar aparência de licitude na movimentação de dinheiro oriunda de práticas criminosas, e mostra-se inviável a pretensão de reverter o quadro fático descrito pelo Tribunal de origem, haja vista o óbice contido no enunciado da Súmula n. 7 do STJ. O mesmo se diga em relação ao delito de quadrilha, cuja descaracterização enseja o reexame de provas, máxime porque, segundo o acórdão recorrido, ficou evidenciado, por meio dos elementos de convicção, o vínculo associativo permanente entre os acusados, com características de estabilidade e permanência.* 6. (...). (REsp 1.639.698/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Rel. p/ Acórdão Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 07/12/2017, DJe 20/02/2018)

17. Afronta ao art. 59 do CP.

A defesa se insurge, ainda, contra a dosimetria da pena, apontando violação do art. 59 do Código Penal, por considerar que “não foram avaliados, para a fixação da pena-base, quaisquer elementos objetivos concernentes ao Recorrente e aos fatos de que tratou a persecução penal, mas sim, critérios genéricos e abstratos” (e-STJ fl. 74.631). Entende que se levou em consideração apenas o “contexto criminoso e a função ocupada pelo recorrente” (e-STJ fl. 74.632).

Com relação à culpabilidade, alega que “o acórdão se apoia em aventado ‘sofisticado esquema de fraude a licitações da Petrobras’; sobre as circunstâncias nada diz expressamente, mas remete à sentença, que, de sua vez, se apega a suposto ‘esquema criminoso mais amplo’; para reprovar os motivos, exagera ao

afirmar a ‘colocação em xeque da própria estabilidade democrática em razão de um sistema eleitoral severamente comprometido’; e, quanto às consequências, repete que ‘boa parte dos valores foram utilizados para deturpar o processo político eleitoral’”. (e-STJ fl. 74.633).

Assevera, no entanto, que “nenhuma dessas justificativas tem lugar no caso concreto ou foram devidamente aferidas durante a instrução processual. Como dito à exaustão, a suposta participação do recorrente em esquema de corrupção na Petrobras é objeto de apuração perante o Supremo Tribunal Federal e, assim como não serve de fundamento para a condenação e tampouco é critério válido para a exasperação da pena — seja a pretexto de culpabilidade, circunstâncias, motivos ou consequências. A função pública ocupada pelo recorrente, por outro lado, consiste em circunstância elementar do tipo penal” (e-STJ fl. 74.633).

Conclui, assim, que todos os argumentos utilizados para elevar a pena são inválidos, motivo pelo qual esta deveria ter sido fixada no mínimo legal. “Quando muito, a pena deveria ser majorada em, no máximo, 1/6 por circunstância judicial pretensamente desfavorável, na esteira do melhor entendimento jurisprudencial” (e-STJ fl. 74.634).

No ponto, cumpre registrar, de início, que a dosimetria da pena está inserida no âmbito de discricionariedade do julgador, estando atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas dos agentes. Assim, referidos elementos somente podem ser revistos por esta Corte em situações excepcionais, quando violada alguma regra de direito.

Nesse contexto, prevalece na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça o entendimento no sentido de que a pena-base não pode ser fixada acima do mínimo legal com fundamento em elementos constitutivos do crime ou com base em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a sua exasperação.

Nesse sentido:

Penal e Processual Penal Habeas corpus substitutivo de recurso especial. Não cabimento. Tráfico de drogas. Porte ilegal de arma de fogo de uso restrito. Alegada violação de domicílio. Crimes permanentes que caracterizam estado de flagrância. Dosimetria. Redução do quantum de majoração da pena-base. Discricionariedade do magistrado. Fundamentação idônea. Exacerbação da pena-base proporcional. Causa especial de diminuição de pena. Art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. Inaplicabilidade. Quantidade de droga. Precedentes. Afastamento da conclusão do Tribunal de origem. Necessidade de amplo revolvimento da matéria fático-probatória. Habeas corpus não conhecido. I - A Terceira Seção desta Corte,

seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou 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 - Tratando-se de crimes de natureza permanente, como é o caso do tráfico de drogas, e do porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, mostra-se prescindível o mandado de busca e apreensão para que os policiais adentrem o domicílio do acusado, não havendo se falar em eventuais ilegalidades relativas ao cumprimento da medida. Precedentes. III - *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 por esta Corte Superior, exceto se for constatada evidente desproporcionalidade entre o delito e a pena imposta, hipótese em que caberá a 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.* IV - A análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos para cada uma delas a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito. Assim, é possível que “o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto.” (AgRg no REsp 1.43.071/AM, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 6/5/2015). V - *In casu*, em relação ao *quantum* de exasperação na primeira fase da dosimetria, não há desproporção no aumento efetivado, porquanto existe motivação particularizada, vinculada à discricionariedade do julgador. VI - O art. 42 da Lei 11.343/2006 determina que, na fixação da reprimenda, além das circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal, sejam também consideradas, com preponderância, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, haja vista que, no tráfico de entorpecentes, tais fatores são relevantes, tendo a finalidade de conferir isonomia aos infratores, dando tratamentos desiguais para os que são diferentes. VII - *In casu*, houve fundamentação concreta para o afastamento do tráfico privilegiado, consubstanciada na conclusão de que o paciente se dedicava à atividade criminosa, ante a elevada quantidade de droga apreendida, qual seja, 397 (trezentos e noventa e sete gramas) de cocaína e mais de um quilo de maconha, elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. Rever esse entendimento demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do *mandamus*. Precedentes. *Habeas corpus* não conhecido. (HC 445.630/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 12/06/2018, DJe 15/06/2018)

Penal. Agravo regimental no habeas corpus. Crimes de cárcere privado e motim de presos. Dosimetria. Pena-base acima do mínimo legal. Posição de liderança.

Situações de indisciplina nos estabelecimentos prisionais anteriores. Fundamentação idônea. Alegação de elevação excessiva. Não configuração. Critério não objetivo ou matemático. Discricionariedade do órgão julgador. Reconhecimento da atenuante da confissão espontânea. Matéria não analisada na origem. Supressão de instância. Regime fechado. Reincidente. Fundamento suficiente. Decisão monocrática mantida. Agravo regimental improvido. 1. A valoração negativa dos antecedentes criminais, da conduta social e da personalidade é válida se baseada em circunstâncias concretas dos autos que demonstrem anormal gravidade das condutas. 2. *Consoante orientação jurisprudencial do STJ, A exasperação da pena-base não se dá por critério objetivo ou matemático, uma vez que é admissível certa discricionariedade do órgão julgador, desde que vinculada aos elementos concretos dos autos (AgInt no HC 352.885/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 17/05/2016, DJe 09/06/2016).* 3. Inviável a apreciação de matéria não discutida pelas instâncias ordinárias diretamente por este Tribunal Superior, sob pena de indevida supressão de instância. 4. Fixado o modo prisional mais gravoso com fundamento na reincidência do acusado, não há falar em constrangimento ilegal. 5. Decisão monocrática mantida. 6. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 441.449/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 05/06/2018, DJe 11/06/2018)

No caso dos autos, o recorrente foi condenado pelo magistrado de origem, por corrupção passiva, à pena de 6 anos reclusão e 150 dias-multa, e por lavagem de dinheiro, à pena de 3 anos e 6 meses de reclusão e 35 dias-multa. Em virtude do concurso material, a pena total foi fixada em 9 anos e 6 meses de reclusão e 185 dias-multa. A propósito, transcrevo a dosimetria realizada na origem (e-STJ fls. 73.058/73.059):

948. Luiz Inácio Lula da Silva

Para o crime de corrupção ativa: Luiz Inácio Lula da Silva responde a outras ações penais, inclusive perante este Juízo, mas sem ainda julgamento, motivo pelo qual deve ser considerado como sem antecedentes negativos. Conduta social, motivos, comportamento da vítima são elementos neutros. *Circunstâncias* devem ser valoradas negativamente. A prática do crime corrupção envolveu a destinação de dezesseis milhões de reais a agentes políticos do Partido dos Trabalhadores, um valor muito expressivo. Além disso, o crime foi praticado em um esquema criminoso mais amplo no qual o pagamento de propinas havia se tornado rotina. *Consequências* também devem ser valoradas negativamente, pois o custo da propina foi repassado à Petrobrás, através da cobrança de preço superior à estimativa, aliás propiciado pela corrupção, com o que a estatal ainda arcou com o prejuízo no valor equivalente. A *culpabilidade* é elevada. O condenado recebeu vantagem indevida em decorrência do cargo de Presidente da República, ou seja, de mandatário maior. A responsabilidade de um Presidente

da República é enorme e, por conseguinte, também a sua culpabilidade quando pratica crimes. Isso sem olvidar que o crime se insere em um contexto mais amplo, de um esquema de corrupção sistêmica na Petrobras e de uma relação espúria entre ele o Grupo OAS. Agiu, portanto, com culpabilidade extremada, o que também deve ser valorado negativamente. Tal vetorial também poderia ser enquadrada como negativa a título de personalidade. Considerando *três vetoriais negativas*, de especial reprovação, fixo, para o crime de corrupção passiva, pena de **cinco anos de reclusão**.

Reduzo a pena em **seis meses** pela atenuante do art. 65, I, do CP.

Não cabe a agravante pretendida pelo MPF do art. 62, II, 'a', uma vez que seria *bis in idem* com a causa de aumento do § 1º do art. 317 do CP.

Tendo havido a prática de atos de ofício com infração do dever funcional, itens 886-891, aplico a *causa de aumento do § 1º do art. 317 do CP*, elevando-a para **seis anos de reclusão**.

Fixo multa proporcional para a corrupção em cento e cinquenta dias multa.

Considerando a dimensão dos crimes e especialmente renda declarada de Luiz Inácio Lula da Silva (evento 3, comp227, cerca de R\$ 952.814,00 em lucros e dividendos recebidos da LILS Palestras só no ano de 2016), fixo o dia multa em cinco salários mínimos vigentes ao tempo do último ato criminoso que fixo em 06/2014.

Para o crime de lavagem: Luiz Inácio Lula da Silva responde a outras ações penais, inclusive perante este Juízo, mas sem ainda julgamento, motivo pelo qual deve ser considerado como sem antecedentes negativos. Conduta social, motivos, comportamento da vítima são elementos neutros. Circunstâncias devem ser consideradas neutras, uma vez que a lavagem consistente na ocultação do real titular do imóvel e do real beneficiário das reformas não se revestiu de especial complexidade. A *culpabilidade* é elevada. O condenado ocultou e dissimulou vantagem indevida recebida em decorrência do cargo de Presidente da República, ou seja, de mandatário maior. A responsabilidade de um Presidente da República é enorme e, por conseguinte, também a sua culpabilidade quando pratica crimes. Isso sem olvidar que o crime se insere em um contexto mais amplo, de um esquema de corrupção sistêmica na Petrobras e de uma relação espúria entre ele o Grupo OAS. Agiu, portanto, com culpabilidade extremada, o que também deve ser valorado negativamente. Considerando *uma vetorial negativa, de especial reprovação*, fixo, para o crime de lavagem, pena de **quatro anos de reclusão**.

Reduzo a pena em **seis meses** pela atenuante do art. 65, I, do CP.

Não há causas de aumento ou de diminuição. Não se aplica a causa de aumento do § 4º do art. 1º da Lei n. 9.613/1998, pois se trata de um único crime de lavagem, sem prática reiterada. Quanto à prática da lavagem por intermédio

de organização criminosa, os atos de lavagem ocorreram no âmbito da OAS Empreendimentos e não no âmbito do grupo criminoso organizado para lesar a Petrobrás.

Fixo multa proporcional para a lavagem em trinta e cinco dias multa.

Considerando a dimensão dos crimes e especialmente renda declarada de Luiz Inácio Lula da Silva (evento 3, comp227, cerca de R\$ 952.814,00 em lucros e dividendos recebidos da LILS Palestras só no ano de 2016), fixo o dia multa em cinco salários mínimos vigentes ao tempo do último ato criminoso que fixo em 12/2014.

Entre os crimes de corrupção e de lavagem, há concurso material, motivo pelo qual as penas somadas chegam a **nove anos e seis meses de reclusão**, que reputo definitivas para o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

Quanto às multas deverão ser convertidas em valor e somadas.

Considerando as regras do art. 33 do Código Penal, fixo o regime fechado para o início de cumprimento da pena. A progressão de regime fica, em princípio, condicionada à reparação do dano nos termos do art. 33, § 4º, do CP.

O Tribunal de origem, por seu turno, deu parcial provimento ao recurso de apelação do Ministério Público Federal, para elevar a pena-base fixada para o crime de corrupção passiva e de lavagem de dinheiro, e parcial provimento ao recurso da defesa, para fixar o patamar de redução da pena em 1/6, em virtude da atenuante reconhecida. A propósito (e-STJ fls. 73.061/73.064):

A culpabilidade, de fato, é elevada.

Apesar de o lucro fácil ser inerente aos crimes de patrimônio, não se pode ignorar, com o que se colheu neste processo e nas mais de duas dezenas de conexos já julgados por esta Corte, o sofisticado esquema de fraude a licitações da Petrobras, perpetrados por empresas que agiam de modo cartelizado, escolhendo obras em detrimento do processo licitatório, na forma de 'clube', com o pagamento de propinas a vários diretores e gerentes da estatal petrolífera, além de recursos carreados a partidos políticos e agentes políticos. Tais fatos não se deram ao arrepio da vontade do governante maior, mas, com maior gravosidade, pela nomeação do Conselho de Administração e demais dirigentes da Petrobras, como se deu no episódio da indicação de Paulo Roberto Costa.

Este mecanismo - de similaridade com o chamado caso do Mensalão - acabou por fragilizar não apenas o funcionamento hígido da Petrobras, mas todo o processo político brasileiro. *E aqui, a motivação do crime extrapola os reflexos pessoais.*

A par de vantagens em benefício próprio, censuráveis e graves não somente os bilhões de reais desviados, mas também a colocação em xeque da própria

estabilidade democrática em razão de um sistema eleitoral severamente comprometido. Tais aspectos não podem ser ignorados.

Infelizmente, e reafirme-se, infelizmente, está sendo condenado um ex-Presidente da República, mas que praticou crime e pactuou, direta ou indiretamente, com a concretização de tantos outros, o que indica a necessidade de uma censura acima daquela que ordinariamente se firmaria na dosagem da reprimenda. (...).

Se, até o presente julgamento, para praticamente nenhum dos condenados a pena foi fixada sequer em seu grau médio (no caso, 7 anos), tenho que no presente caso esse limite deve ser no mínimo atingido (o que, aliás, ainda é uma aplicação bastante tímida das vetoriais do art. 59 do CP). *Certamente a maior reprovabilidade da conduta sobressai da alta posição que o réu ocupava no sistema republicano.*

Ademais, a sofisticação do esquema criminoso, o longo e articulado *iter criminis*, os diversos mecanismos utilizados para alcance dos seus desideratos, o engenhoso procedimento para que os recursos fossem desviados rumo aos cofres de partidos políticos e de diversos agentes que davam sustentação ao esquema, estão a justificar um incremento na pena-base. A consciência da ilicitude de sua conduta, sua condição pessoal de, então, Presidente da República, afora o elevado domínio sobre toda a cadeia delitiva, optando em dela fazer parte no lugar de atuar para debelá-la, como lhe exigia o cargo, são condições que importam em especial e *elevadíssima reprovabilidade.*

As *consequências* dos delitos também devem ser negativas, uma vez que boa parte dos valores foram utilizados para deturpar o processo político eleitoral e, nessa perspectiva, vulnerar o próprio estado democrático de direito, pois milhões de reais foram objeto de doações eleitorais ilícitas, fragilizando o equilíbrio na disputa eleitoral.

Corroboram esta assertiva, portanto, a negatização da vetorial culpabilidade, somada à negatização da vetorial consequências do delito, dado o elevado valor milionário recebido para aquisição de unidade residencial em balneário do litoral, com os seus implementos de reformas, instalação de elevador, mobiliário e utensílios, bem como do gigantesco prejuízo causado pelo esquema de corrupção sistêmica instaurado na Petrobras. As *circunstâncias*, como destacado na sentença e nas afirmativas anteriores, igualmente merecem ser negativas.

Por essas razões, devem ser computadas como negativas a *culpabilidade*, as *circunstâncias*, os *motivos* e as *consequências* do crime, majorando-se a pena-base para 7 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Ressalte-se que não há, neste momento inicial da dosimetria, como quer a defesa, tarificação com relação a cada uma das circunstâncias negativas, com anotado introdutoriamente, de maneira que impropriedade a consideração de apenas 1/6 para cada vetorial.

Incide em favor do réu a atenuante prevista no art. 65, I, do Código Penal, em face de ter atingido idade superior a 70 anos ao tempo da sentença, motivo pelo qual *reduzo a pena em um sexto*, quedando-se em 6 (seis) anos e 3 (três) meses de reclusão.

Não merece trânsito a pretensão ministerial de incidência de agravante do art. 61, II, b, do Código Penal. Internamente, o crime de corrupção teve por objetivo assegurar e facilitar a execução do ajuste fraudulento de licitação. O dinheiro servia para comprar a lealdade dos diversos agentes que atuavam nesse complexo sistema. Na verdade, o objetivo criminoso, para além do enriquecimento pessoal, teve por finalidade a manutenção de um sistema político de cooptação de aliados e partidos políticos, com o desvio de recursos da Petrobras para diferentes destinatários. Todavia, não vejo como aplicar tal agravante, na medida em que ela se confunde com a causa especial de aumento de pena, como reconheceu o magistrado singular.

Incide a causa especial de aumento de pena prevista no art. 317, § 1º, do Código Penal, vez que o crime fora cometido com infração a dever funcional, na medida em que o réu dava suporte ao esquema de corrupção com a indicação e nomeação de agentes públicos, devendo a pena deve ser exasperada em um terço, elevando-a para *8 (oito) anos e 4 (quatro) meses de reclusão*.

(...).

4.1.3. Para o crime de lavagem de dinheiro, a Lei n. 9.613/98 estabelece pena que varia entre 3 (três) e 10 (dez) anos de reclusão e multa.

Reporto-me aqui, no que coincidente, aos fundamentos para a majoração da pena-base para o crime de corrupção. Postula o Ministério Público Federal a majoração da pena-base pela negativação das *circunstâncias e consequências*. Dentre as razões, porque os envolvidos se utilizaram de vários estratagemas para branqueamento, em um esquema de lavagem que perdurou por anos.

O juízo de primeiro grau já considerou a elevada *culpabilidade* do réu, no que não merece reparos a sentença pelos fundamentos lá expressos.

De fato, trata-se, o réu, de ex-Presidente da República que recebeu valores em decorrência da função que exercia e do esquema de corrupção que se instaurou durante o exercício do mandato, com o qual se tornara tolerante e beneficiário. É de lembrar que a eleição de um mandatário, em particular o Presidente da República, traz consigo a esperança de uma população em um melhor projeto de vida.

Portanto, merece provimento o recurso ministerial para considerar como negativas, além da culpabilidade, as circunstâncias e as consequências do delito, *majorando a pena-base para 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão*.

No restante, a pena deve ser *reduzida em 1/6 pela atenuante* do art. 65, I, do CP. Não há causas de aumento ou de diminuição. Não se aplica a causa de

aumento do § 4º do art. 1º da Lei n. 9.613/1998, pois se trata de um único crime de lavagem, sem prática reiterada. Quanto à prática da lavagem por intermédio de organização criminosa, os atos de lavagem ocorreram no âmbito da OAS Empreendimentos e não no âmbito do grupo criminoso organizado para lesar a Petrobras.

Desse modo, a pena final para o crime de lavagem de dinheiro resulta em 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão.

Como visto, o Magistrado de origem, ao realizar a dosimetria para o crime de corrupção passiva, considerou negativas as circunstâncias judiciais da culpabilidade, das circunstâncias e das consequências do crime. Dessarte, elevou a pena mínima de 2 anos para 5 anos de reclusão, atribuindo, assim, o valor de 1 ano para cada circunstância judicial.

Considerou elevada a culpabilidade, uma vez que “o condenado recebeu vantagem indevida em decorrência do *cargo de Presidente da República*, ou seja, de mandatário maior. A responsabilidade de um Presidente da República é enorme e, por conseguinte, também a sua culpabilidade quando pratica crimes. Isso sem olvidar que o crime se insere em um *contexto mais amplo, de um esquema de corrupção sistêmica na Petrobras* e de uma relação espúria entre ele o Grupo OAS. Agiu, portanto, com culpabilidade extremada, o que também deve ser valorado negativamente”.

Como circunstâncias negativas considerou que “a prática do crime corrupção envolveu a destinação de *dezesseis milhões de reais* a agentes políticos do Partido dos Trabalhadores, um valor muito expressivo. Além disso, o crime foi praticado em um *esquema criminoso mais amplo no qual o pagamento de propinas havia se tornado rotina*”. Como consequências do crime destacou que “*o custo da propina foi repassado à Petrobras*, através da cobrança de preço superior à estimativa, aliás propiciado pela corrupção, com o que a estatal ainda arcou com o prejuízo no valor equivalente”.

Verifico, assim, que se encontra devidamente motivada, em elementos idôneos e concretos, a negatização dos 3 vetores. De fato, a utilização do cargo de Presidente da República para a prática do crime, com todas as implicações que a conduta atrai, revela uma maior reprovabilidade, desbordando do tipo penal. As circunstâncias também foram aferidas de forma escorreita, considerando-se o expressivo valor envolvido e a existência de esquema criminoso mais amplo. Por fim, as consequências, diante do prejuízo arcado pela Petrobras, também se mostram idôneas.

A Corte local, ao considerar negativos os motivos, assentou que “a motivação do crime extrapola os reflexos pessoais. A par de vantagens em benefício próprio, censuráveis e graves não somente os bilhões de reais desviados, mas também a colocação em xeque da própria estabilidade democrática em razão de um sistema eleitoral severamente comprometido. Tais aspectos não podem ser ignorados” (e-STJ fl. 73.061). Ademais, elevou a pena-base para 7 anos e 6 meses, atribuindo maior peso a cada uma das 4 circunstâncias judiciais negativas.

A meu ver, o que se valorou como motivos do crime se encontra intimamente vinculado à maior reprovabilidade da conduta praticada por um Presidente da República. De fato, conforme já referido, a prática do crime de corrupção passiva por um Presidente da República não pode ser considerado como mera elementar do tipo penal, porquanto possui inúmeras repercussões, as quais foram devidamente valoradas no vetor culpabilidade. Dessarte, a manutenção do vetor acrescentado pelo Tribunal de origem revelaria indevido *bis in idem*.

A propósito:

(...). *Dosimetria. Pena-base. Fixação acima do mínimo legal. Fundamentação inidônea. Culpabilidade. Motivos do crime. Bis in idem. Ilegalidade caracterizada. Manutenção da sanção estabelecida na decisão agravada. Gravidade das consequências do crime. Recurso parcialmente provido.* 1. A ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não é uma operação aritmética, mas sim, um exercício de discricionariedade vinculada, devendo o magistrado eleger a sanção que melhor servirá para a prevenção e repressão do fato-crime praticado. 2. Por conseguinte, para chegar a uma aplicação justa e suficiente da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto, guiando-se pelos fatores relacionados no *caput* do art. 59 do Código Penal, pois é justamente a motivação da sentença que oferece garantia contra os excessos e eventuais erros na aplicação da resposta penal. 3. Na hipótese, no que se refere à culpabilidade e aos motivos do crime, a Corte *a quo* utilizou argumentos inidôneos, pois já considerados para a caracterização da agravante prevista no art. 62, inciso I, do Código Penal e para a valoração negativa das consequências do crime, tendo em vista o papel exercido pelo agravante na empreitada criminosa, sua ingerência com relação à organização e, ainda, os valores movimentados com a conduta ilícita, circunstâncias que não podem ser novamente utilizadas, sob pena de *bis in idem*. 4. Verificando-se a inadequação da análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, devem ser decotados os vetores da culpabilidade e dos motivos do crime, mantendo-se a sanção inicial no mesmo patamar estabelecido na decisão agravada, ante as graves consequências do crime, representadas pela exorbitância dos prejuízos causados aos sócios minoritários e ao Sistema Financeiro Nacional

com os riscos assumidos pelo agravante a partir das operações efetivadas, desprovidas de qualquer garantia. *Regime inicial semiaberto. Pena inferior a 4 anos de reclusão. Circunstância judicial desfavorável. Proporcionalidade.* 1. Estabelecida a pena em patamar inferior a 4 anos de reclusão e existente circunstância judicial desfavorável, proporcional a fixação do regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, letra “b” e § 3º, do Código Penal. 2. Agravo regimental parcialmente provido. (AgRg no AgRg no AREsp 456.444/BA, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 03/04/2018, DJe 13/04/2018)

No que concerne à atribuição de maior peso a cada vetor considerado negativo, mister se assentar que, embora a ponderação das circunstâncias judiciais não constitua mera operação aritmética, em que se atribuem pesos absolutos a cada uma delas, a discricionariedade motivada do Magistrado deve se pautar pelo princípio da proporcionalidade e pelo elementar senso de justiça.

Nesse contexto, entendo que o correto reconhecimento de três circunstâncias judiciais negativas não autoriza a elevação da pena-base acima do triplo do mínimo legal, por se tratar, na hipótese dos autos, de aumento desproporcional. Lado outro, o caso dos autos recomenda um maior agravamento da pena-base, não se justificando, assim, a aplicação da regra de elevação de 1/6 da pena mínima para cada circunstância judicial.

Nesse encadeamento de ideias, considero que a fixação de 1 ano para cada circunstância judicial, nos moldes em que se implementou no Juízo de origem, já revela uma elevação “necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime”.

A propósito:

Penal. Habeas corpus. Lesão corporal. Violência doméstica. Dosimetria da pena. Pena-base. Ausência de fundamentação idônea. Quantum de aumento. Desproporcionalidade. Redimensionamento. Ordem concedida de ofício. I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento da Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir *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, em homenagem ao princípio da ampla defesa. II - Esta Corte Superior de Justiça possui entendimento consolidado no sentido de que, “A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, segunda parte, da CF/88)” (AgRg no REsp n. 1.445.451/RN, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe de 2/10/2017, grifei). III - Como é

cedição, este Superior Tribunal entende que “[...] A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade. [...]” - *Habeas corpus* não conhecido” (HC n. 354.124/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 1º/8/2016 - grifei). IV - In casu, a pena-base do paciente, estabelecida muito acima do mínimo legal - mais que o dobro - se deu em razão da presença de uma única circunstância judicial - *maus antecedentes* -, evidenciando, com isto, a desproporcionalidade e o constrangimento ilegal que devem ser corrigidos esta Corte de Justiça. *Habeas corpus* não conhecido. Concedida a ordem de ofício para reduzir a pena para 4 (quatro) meses de detenção, mantidos os demais termos da condenação. (HC 420.271/RJ, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 03/05/2018, DJe 08/05/2018).

Agravo regimental em agravo em recurso especial. Penal. Tráfico de drogas. Dosimetria. Ilegalidade flagrante. Pena-base estabelecida no dobro do mínimo legal. Art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Fundamento idôneo, mas desproporcional. Pena reduzida. Precedentes. Agravo regimental improvido. 1. Nos termos de entendimento pacífico no âmbito desta Corte, a revisão da dosimetria da pena em sede de recurso especial é admissível nas hipóteses de ilegalidade ou arbitrariedade flagrante, quando não observados os parâmetros estabelecidos na legislação de regência, bem como o princípio da proporcionalidade. 2. Durante o processo de individualização da pena, cabe ao julgador examinar com cautela os elementos que dizem respeito ao fato, além das próprias elementares comuns ao tipo, obedecendo e sopesando todos os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, a fim de aplicar, de forma justa e fundamentada, reprimenda que seja proporcionalmente necessária e suficiente para reprovação do crime. 3. No caso em apreço, verifica-se que, embora escoreita a fundamentação adotada para a fixação da básica acima do mínimo legal, o aumento procedido pelas instâncias ordinárias revela-se desproporcional e carece de motivação concreta, razão pela qual mostrou-se necessário, excepcionalmente, reduzir a reprimenda, na primeira fase, em observância ao princípio da proporcionalidade. 4. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 1.228.022/MG, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 05/04/2018, DJe 12/04/2018)

Com relação ao crime de lavagem de dinheiro, o Magistrado de origem, ao realizar a dosimetria, considerou negativa apenas a circunstância judicial da culpabilidade, por considerar que “a responsabilidade de um Presidente da República é enorme e, por conseguinte, também a sua culpabilidade quando pratica crimes. Isso sem olvidar que o crime se insere em um *contexto mais amplo, de um esquema de corrupção sistêmica na Petrobras e de uma relação espúria entre ele o Grupo OAS*”.

As circunstâncias do crime foram consideradas, pelo Juízo *a quo*, neutras, “uma vez que a lavagem consistente na ocultação do real titular do imóvel e do real beneficiário das reformas não se revestiu de especial complexidade” (e-STJ fl. 73.059).

Contudo, a Corte local deu provimento ao recurso do Ministério Público Federal, para considerar negativas as circunstâncias e consequências do crime, “porque os envolvidos se utilizaram de vários estratagemas para branqueamento, em um esquema de lavagem que perdurou por anos”.

Mais uma vez, observo que a fundamentação agregada pela Corte local já se encontrava devidamente explicitada pelo Magistrado de origem ao sopesar de forma negativa o vetor culpabilidade. Dessa forma, sua manutenção revelaria indevido *bis in idem*.

Nesse sentido:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Coação no curso do processo. Dosimetria. Pena-base. Fixação acima do mínimo legal. Fundamentação inidônea. Conduta social. Bis in idem. Ilegalidade caracterizada. Redimensionamento da sanção estabelecida na origem. Recurso parcialmente provido. 1. A ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não é uma operação aritmética, mas sim, um exercício de discricionariedade vinculada, devendo o magistrado eleger a sanção que melhor servirá para a prevenção e repressão do fato-crime praticado. 2. Por conseguinte, para chegar a uma aplicação justa e suficiente da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto, guiando-se pelos fatores relacionados no *caput* do art. 59 do Código Penal, pois é justamente a motivação da sentença que oferece garantia contra os excessos e eventuais erros na aplicação da resposta penal. 3. Da análise dos autos, não se vislumbra ilegalidade na fundamentação utilizada pelas instâncias de origem, com relação à culpabilidade, à personalidade e às consequências do crime, pois basearam-se em elementos concretos dos autos para elevar a sanção inicial da recorrente. 4. *No que se refere à conduta social, foram considerados argumentos inidôneos, pois utilizados elementos que já haviam definido a personalidade negativa da agente, a qual, na qualidade de advogada, possuindo papel fundamental na busca pela justiça, aliou-se à quadrilha organizada para a prática de crimes, circunstância que não pode ser novamente valorada, sob pena de bis in idem, impondo o decote do vetor indicado, com o redimensionamento da sanção na primeira fase da dosimetria.* (...). (AgRg no AREsp 986.352/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 10/04/2018, DJe 20/04/2018)

Nesse contexto, restabeleço a pena-base fixada pelo Magistrado de origem para ambos os crimes, ficando a pena, na primeira fase da dosimetria, fixada em

5 anos de reclusão para o crime de corrupção passiva e em 4 anos de reclusão para o crime de lavagem de dinheiro. Diante da necessária proporcionalidade que a pena de multa deve guardar com a privativa de liberdade, fixo a multa, na primeira fase da dosimetria, em 25 dias-multa e 15 dias-multa, respectivamente.

Na segunda fase da dosimetria, fica mantida atenuante em virtude da idade do réu (art. 65, I, do CP), fixada pelo Tribunal de origem em 1/6. Dessarte, a pena intermediária para o crime de corrupção passiva vai fixada em 4 anos e 2 meses de reclusão e 21 dias-multa, e para o crime de lavagem de dinheiro em 3 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa.

Na terceira fase, a pena para o crime de lavagem de dinheiro, à míngua de outras circunstâncias, fica definitivamente fixada em **3 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa**. Quanto crime de corrupção passiva, foi reconhecida a causa de aumento do § 1º do art. 317 do Código Penal, contra a qual também se insurge a defesa. Dessarte, passo ao exame da irresignação, antes de fixar a pena definitiva para referido crime.

18. Violação do art. 317, § 1º, do CP.

Conforme apontado, o recorrente se insurge também contra a incidência da causa de aumento trazida no art. 317, § 1º, do Código Penal, por entender que se levou em consideração “ato de ofício fictício”, uma vez que a nomeação e manutenção de diretores da Petrobras “não integra as atribuições do Presidente da República” (e-STJ fl. 74.635).

Aduz, outrossim, que ainda que se considere as indicações de Renato Duque e de Paulo Roberto Costa, referidas nomeações “se deram em 2003 e 2004, enquanto a OAS ingressou na lista de empresas participantes das licitações da Petrobras somente em 2006 e 2007” (e-STJ fl. 74.637). Conclui, assim, que não há nexos de causalidade entre o recebimento da vantagem e o ato de ofício, haja vista este ter ocorrido antes.

O Magistrado de origem, ao aplicar referida causa de aumento, considerou que ficou “reconhecido que as propinas aos agentes da Petrobras teriam sido pagas para que eles não obstaculizassem o funcionamento do cartel e os ajustes fraudulentos das licitações, comprando a sua lealdade em detrimento da Petrobrás”. Destacou, no mais, que “o esquema criminoso era complexo, com vários participantes e, embora coubesse aos Diretores da Petrobrás ou aos operadores realizar os acertos de corrupção, a sua permanência no cargo dependia de sua capacidade em arrecadar recursos aqueles que os sustentavam politicamente, entre eles o então Presidente” (e-STJ fls. 70.498).

O Tribunal de origem, por seu turno, manteve referida causa de aumento, nos seguintes termos (e-STJ fl. 73.062/73.063):

Incide a causa especial de aumento de pena prevista no art. 317, § 1º, do Código Penal, vez que o crime fora cometido com infração a dever funcional, na medida em que o réu dava suporte ao esquema de corrupção com a indicação e nomeação de agentes públicos, devendo a pena deve ser exasperada em um terço, elevando-a para 8 (oito) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

Nesse contexto, verifico que a causa de aumento foi aplicada e mantida, considerando-se como ato de ofício não apenas a indicação dos diretores da Petrobras, mas também sua manutenção nos referidos cargos. Dessa forma, tem-se presente o nexos causal entre a vantagem indevida recebida e a prática de atos de ofício por parte do recorrente.

No ponto, destaco que a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Penal n. 996/DF, assentou que a indicação de pessoas para cargos públicos ou a *concessão de apoio político para a permanência no cargo*, em troca do recebimento de vantagem indevida, configura sim ato de ofício, haja vista o regime presidencialista brasileiro, o qual exige uma coalizão para viabilizar a governabilidade.

A propósito:

Ação penal. Corrupção passiva e lavagem de dinheiro. 1. Prazo sucessivo à acusação e assistente para alegações finais. Procedimento necessário em razão da prerrogativa de intimação pessoal do Ministério Público Federal. Quebra do tratamento isonômico não configurado. 2. Substituição de testemunhas. Indeferimento. Irresignação analisada em agravo regimental. Preclusão. 3. Prova pericial. Pretensão deduzida a destempo. Indeferimento. Imprescindibilidade não demonstrada. Cerceamento de defesa incorrente. Agravo regimental prejudicado. 4. Diligências complementares. Oitiva de testemunhas referidas. Pleito indeferido. Simples menções a nomes. Nulidade não configurada. Agravo regimental prejudicado. 5. Pretensão de julgamento conjunto destes autos com os Inquéritos 3.989 e 3.980. Alegada conexão. Desnecessidade. Aplicação do art. 80 do Código de Processo Penal. 6. Testemunha defensiva contraditada. Quebra da paridade de armas. Pessoa denunciada por fatos semelhantes no Inquérito 3.980. Interesse notório na resolução da causa penal. Vício não configurado. 7. Corrupção passiva. Demonstração de todos os elementos do tipo penal nas oportunidades especificadas. Ato de ofício. Atuação parlamentar e partidária. Apoio político à nomeação ou à manutenção de agente em cargo público. Utilização de tal proceder para a obtenção de vantagens pecuniárias indevidas. Condenação. 8. Lavagem de capitais. 8.1. Recebimento de dinheiro em espécie. Atipicidade. 8.2. Vantagem indevida depositada

de forma pulverizada em contas-correntes. Conduta típica. 8.3. Declaração à autoridade fazendária de disponibilidade monetária incompatível com rendimentos regularmente percebidos. Configuração do delito. 8.4. Doação eleitoral. Forma de adimplemento de vantagem indevida. Infração penal de branqueamento caracterizada. Condenação. 1. A disponibilização de prazos distintos e sucessivos à Procuradoria-Geral da República e à assistente da acusação para a oferta de alegações finais foi motivada pela prerrogativa prevista em favor da primeira no art. 18, II, h, da LC 75/1993, circunstância que impede o reconhecimento da quebra de tratamento isonômico no caso em análise, diante do prazo comum concedido aos réus. 2. O assentado cerceamento de defesa, em decorrência do indeferimento do pleito de substituição de testemunhas, foi objeto de deliberação pela Segunda Turma, por ocasião do julgamento de agravo regimental em 8.8.2017, o que evidencia a preclusão em relação ao tema, diante da inexistência de qualquer fato superveniente que autorize a sua reanálise. 3. Nos termos do art. 396-A do Código de Processo Penal, a resposta à acusação é o momento processual oportuno para a defesa especificar todas as provas pretendidas. O requerimento de produção probatória, além de específico, deve ser acompanhado de demonstração da sua relevância à resolução do mérito da ação penal, viabilizando o controle a ser exercido pela autoridade judiciária, conforme preceitua o art. 400, § 1º, do Estatuto Processual Penal. Revela-se, portanto, extemporâneo e inadequado o pleito de produção de prova pericial especificado somente após esgotado o prazo para a oferta da resposta à acusação, razão pela qual o seu indeferimento não gera cerceamento de defesa, mormente quando ainda evidenciada a prescindibilidade dos exames ao deslinde do mérito da ação penal. Agravo regimental prejudicado. 4. A fase prevista no art. 10 da Lei n. 8.038/1990 destina-se à realização de diligências cuja imprescindibilidade tenha como causa fato ocorrido no curso da instrução criminal. A mera menção a nomes de pessoas não arroladas inicialmente como testemunhas não autoriza suas oitivas nesse novo momento processual, sem que fique caracterizada violação ao limite previsto no art. 401, *caput*, do Código de Processo Penal. Agravo regimental prejudicado. 5. Ainda que haja conexão intersubjetiva entre a presente ação penal e o objeto dos Inquéritos 3.980 e 3.989, o art. 80 do Código de Processo Penal faculta a separação de causas aparentemente conexas, providência recomendável no caso em análise, quer pela pluralidade de implicados nos procedimentos relacionados, quer pela complexidade dos fatos em apuração. 6. Figurando uma das testemunhas defensivas como denunciado em inquérito em que se apuram fatos semelhantes aos narrados nesta incoativa, incorre a sua contradita formulada pelo órgão acusatório em audiência, nos termos do art. 405, § 3º, IV, do Código de Processo Civil c/c art. 3º do Código de Processo Penal, diante do seu notório interesse no deslinde da causa, circunstância que rechaça eventual quebra da paridade de armas na relação processual. 7. A configuração constitucional do regime presidencialista brasileiro confere aos parlamentares um espectro de poder que vai além da mera deliberação a respeito de atos legislativos. A participação efetiva de parlamentares nas decisões de governo,

indicando quadros para o preenchimento de cargos no âmbito do poder executivo, é própria da dinâmica do referido regime, que *exige uma coalizão para viabilizar a governabilidade*. Tal dinâmica não é, em si, espúria, e pode possibilitar, quando a coalizão é fundada em consensos principiológicos éticos, numa participação mais plural na tomada de decisões usualmente a cargo do Poder Executivo. *Todavia, quando o poder do parlamentar de indicar alguém para um determinado cargo, ou de lhe dar sustentação política para nele permanecer, é exercido de forma desviada, voltado à percepção de vantagens indevidas, há evidente mercadejamento da função pública*. Na espécie, o conjunto probatório é sólido e demonstra o nexo causal entre o apoio político envidado por Nelson Meurer, na qualidade de integrante da cúpula do Partido Progressista (PP), para a indicação e manutenção de Paulo Roberto Costa na Diretoria de Abastecimento da Petrobras S/A, e o recebimento, de forma ordinária, de vantagens pecuniárias indevidas, configurando, nas oportunidades especificadas, de forma isolada ou com o auxílio de Nelson Meurer Júnior e Cristiano Augusto Meurer, o crime de corrupção passiva. 7.1. Embora não haja óbice à configuração do delito de corrupção passiva nos casos em que a vantagem indevida é adimplida mediante doação eleitoral, na hipótese o conjunto probatório não autoriza o juízo condenatório. Vencidos, no ponto, o Relator e o Revisor. 8. Verificada a autonomia entre o ato de recebimento de vantagem indevida oriunda do delito de corrupção passiva e a posterior ação para ocultar ou dissimular a sua origem, possível é a configuração do crime de lavagem de capitais. 8.1. Na esteira de entendimento firmado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da AP 470, se mesmo por interposta pessoa o mero recebimento da vantagem decorrente da mercancia da função pública não é conduta apta a configurar o delito de lavagem de capitais, tal conclusão, por uma questão lógica, merece incidir sobre a conduta do próprio agente público que acolhe a remuneração indevida. Absolvição dos denunciados, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal. 8.2. O depósito fracionado de valores em conta-corrente, em quantias que não atingem os limites estabelecidos pelas autoridades monetárias à comunicação compulsória dessas operações, apresenta-se como meio idôneo para a consumação do crime de lavagem de capitais. No caso, tal prática foi cabalmente demonstrada pelo conjunto probatório amealhado aos autos. 8.3. A declaração, em ajustes anuais de imposto de renda de pessoa física, de disponibilidade monetária incompatível com os rendimentos regularmente percebidos pelo agente, é conduta apta a configurar o delito de lavagem de capitais. Na situação em exame, as informações extraídas das declarações de imposto de renda fornecidas tanto pelo acusado como pela Receita Federal do Brasil, quando comparadas com os dados obtidos mediante a quebra do seu sigilo bancário, revelam movimentações financeiras muito superiores aos rendimentos líquidos declarados nos anos de 2010 a 2014, os quais também se mostram incompatíveis com a expressiva quantia de dinheiro em espécie declarada à autoridade fazendária. 8.4. Embora não haja óbice à configuração do delito de lavagem de capitais mediante doação eleitoral simulada, na hipótese o conjunto probatório não autoriza o juízo condenatório.

Vencidos, no ponto, o Relator e o Revisor. 9. Denúncia julgada procedente, em parte, para: (a) condenar o denunciado Nelson Meurer como incurso nas sanções do art. 317, § 1º, do Código Penal, por 30 (trinta) vezes, bem como nas sanções do art. 1º, *caput*, da Lei n. 9.613/1998, por 7 (sete) vezes; (b) condenar o denunciado Nelson Meurer Júnior como incurso nas sanções do art. 317, § 1º, do Código Penal, por 5 (cinco) vezes, na forma do art. 29 do mesmo diploma legal; (c) condenar o denunciado Cristiano Augusto Meurer como incurso nas sanções do art. 317, § 1º, do Código Penal, por 1 (uma) vez, na forma do art. 29 do mesmo diploma legal; (d) absolver o denunciado Nelson Meurer no tocante à alegada participação em todos os crimes de corrupção passiva praticados no âmbito da Diretoria de Abastecimento da Petrobras S/A, por Paulo Roberto Costa, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal; (e) absolver o denunciado Nelson Meurer no tocante à participação em todos os delitos de lavagem de dinheiro praticados por Alberto Youssef, em decorrência dos contratos celebrados por empresas cartelizadas no âmbito da Diretoria de Abastecimento da Petrobras S/A, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal; e (f) absolver todos os denunciados em relação aos crimes de lavagem de capitais consubstanciados nos recebimentos de dinheiro em espécie, oriundos dos pagamentos ordinários e extraordinários de vantagens indevidas, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal. (AP 996, Relator(a): Min. Edson Fachin, Segunda Turma, julgado em 29/05/2018, Acórdão Eletrônico DJe-025 divulg 07-02-2019 public 08-02-2019)

Nesse encadeamento de ideias, considero delineado o ato de ofício apto a autorizar a incidência da causa de aumento de 1/3 descrita no § 1º do art. 317 do Código Penal, motivo pela qual, na terceira fase da dosimetria da pena do crime de corrupção passiva, faço incidir referida majorante, ficando a pena final fixada em **5 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão e 28 dias-multa**.

Diante do concurso material de crimes, a pena definitiva do recorrente, pela prática do crime de lavagem de dinheiro e de corrupção passiva, vai fixada em **8 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão e 41 dias-multa**.

19. Contrariedade ao art. 60, caput, do CP.

Com relação ao valor do dia-multa, a defesa aponta, ainda, ofensa ao art. 60, *caput*, do Código Penal, por considerar ser exagerado o valor de 5 salários mínimos. Contudo, nos termos do dispositivo considerado violado, o valor do dia-multa deve ser fixado em atenção à situação econômica do réu.

Na hipótese dos autos, a Corte local considerou que o valor do dia-multa fixado se revelava idôneo, diante das condições econômicas do réu, cuja

declaração de imposto de renda apenas do ano de 2016 revela ter recebido cerca de R\$ 952.814,00 em lucros e dividendos recebidos da LILS Palestras (e-STJ fl. 73.063).

Como visto, o valor do dia-multa encontra-se definido de acordo com os parâmetros legais, em observância a elementos concretos dos autos, sendo assente no Superior Tribunal de Justiça o entendimento no sentido de que “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).

No mesmo sentido:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Penal. Crime contra a ordem tributária. Art. 1º, I, da Lei 8.137/1990. Dosimetria. Pena-base. Exasperação. Consequências do crime. Valor sonogado. Fundamento idôneo. Fixação da pena de multa. Fração definida com base na situação econômica do réu. Revisão. Necessidade de revolvimento de matéria fático-probatória. Impossibilidade. Súmulas 7 e 568/STJ. 1. Na linha da jurisprudência iterativa desta Corte Superior, é admissível a valoração negativa das consequências do crime de sonegação fiscal quando expressivo o valor do crédito tributário suprimido ou reduzido na forma do art. 1º da Lei 8.137/1990. Incidência da Súmula 568/STJ. 2. No tocante à pena de multa, observa-se que a instância ordinária, entre outros aspectos, levou em consideração a situação econômica do réu para estabelecer o valor de cada dia-multa, conforme autoriza o art. 60 do CP. Assim, rever o acórdão neste ponto demandaria o reexame de matéria fático-probatória, o que, em sede de recurso especial, constitui medida vedada pelo óbice da Súmula 7/STJ. 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 1062447/AP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 23/05/2017, DJe 31/05/2017)

Agravo regimental em agravo em recurso especial. Penal e Processo Penal. Extorsão tentada. Juntada parcial dos diálogos. Inexistência de nulidade. Ausência de prejuízo. Indeferimento. Prova pericial. Cerceamento de defesa. Ausência. Indeferimento devidamente fundamentado. Prejuízo não demonstrado. Ausência de constrangimento. Súmula 7/STJ. Crime impossível. Tribunal afirma que houve o constrangimento. Rever o posicionamento. Impossibilidade. Súmula 7/STJ. Flagrante preparado. Não ocorrência. Réu que agiu livre e conscientemente para o cometimento do delito. Tribunal de origem entendeu que o réu não foi provocado a cometer o delito. Rever tal entendimento. Óbice da Súmula 7/STJ. Não configuração do dolo específico de obter indevida vantagem econômica. Tribunal estadual que entende que o dolo ficou constatado. Alteração do entendimento. Necessidade de reexame fático-probatório. Negativa da desclassificação para o

delito do art. 65 do Decreto-Lei n. 3.688/1941 não fundamentada. Inexistência. Indeferimento justificado. Alterar entendimento de que a conduta se enquadra no crime de extorsão. Necessidade de incursão no acervo fático-probatório. Óbice da Súmula 7/STJ. Dosimetria. Alegação de *bis in idem*. Inovação recursal. Preclusão consumativa. Circunstâncias do crime. Culpabilidade. Negativas devidamente fundamentadas. *Quantum* de majoração pelas negativas. Ausência de ilegalidade. Pena proporcional. Alteração. Súmula 7/STJ. Manutenção do regime inicial semiaberto. Existência de circunstâncias judiciais negativas. Alegação de *bis in idem*. Circunstâncias judiciais que não ultrapassam a normalidade. Inovação recursal. Preclusão consumativa. Valor do dia-multa. Pleito pela alteração do valor em razão do delito cometido. Impossibilidade. Aferição de acordo com a situação econômica do réu. Tribunal *a quo* entendeu que o réu possui confortável situação econômica. Rever o entendimento. Impossibilidade. Óbice da Súmula 7/STJ. Omissão. Tribunal que se absteve de julgar determinadas matérias. Defesa que não apontou quais teses não foram analisadas. Impossibilidade de analisar a apontada violação. 1. (...). 11. O valor do dia-multa deve ser aferido de acordo com a situação econômica do réu, como informa o art. 60, caput, do Código Penal, sendo assim, irrelevante qual o delito cometido. Ademais, se as instâncias ordinárias entenderam que o réu possui confortável situação econômica, para rever o entendimento seria necessário o reexame fático-probatório dos autos. 12. O réu deixou de indicar os pontos omissos da decisão embargada, de forma que não pode ser analisada eventual ofensa ao disposto no art. 619 do Código de Processo Penal. 13. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 991.870/PR, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 04/04/2017, DJe 17/04/2017).

20. *Ofensa ao art. 387, IV, do CPP.*

O recorrente aponta, no mais, ofensa ao art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, por considerar que o valor do dano “deve estar diretamente vinculado à conduta do agente e àquilo que foi a ele imputado no processo”. Entende que não pode ser responsabilizado pela totalidade dos valores supostamente dirigidos ao Partido dos Trabalhadores, porquanto não é esta sua imputação.

O Tribunal de origem, ao analisar o pleito, assentou que (e-STJ fl. 73.078/73.079):

6.1. Ao final da sentença condenatória, o magistrado de origem estabeleceu os parâmetros para a reparação do dano. Confira-se:

(...).

953. Necessário estimar o valor mínimo para reparação dos danos decorrentes do crime, nos termos do art. 387, IV, do CPP. O MPF calculou o valor com base

no total da vantagem indevida acertada nos contratos do Consórcio CONPAR e RNEST/CONEST, em cerca de 3% sobre o valor deles. Reputa-se, mais apropriado, como valor mínimo limitá-lo ao montante destinado à conta corrente geral de propinas do Grupo OAS com agentes do Partido dos Trabalhadores, ou seja, em dezesseis milhões de reais, a ser corrigido monetariamente e agregado de 0,5% de juros simples ao mês a partir de 10/12/2009.

Evidentemente, no cálculo da indenização, deverão ser descontados os valores confiscados relativamente ao apartamento.

No tocante ao valor a título de reparação do dano, a Corte local considerou que a sentença deve ser mantida na íntegra (e-STJ fl. 73.080/73.081):

Como já minudentemente examinado em outras passagens, na divisão de propinas foi destinado R\$ 16 milhões ao Partido dos Trabalhadores. Como salientado por *Agenor Franklin Magalhães Medeiros*, 'Léo esteve em contato com João Vaccari e ficou decidido que 16 milhões de reais, por conta da nossa parte na Rnest, seriam para o PT'. O pagamento neste patamar foi admitido pelo próprio *Léo Pinheiro*. Sobre a questão, transcrevo excerto da sentença: (...).

A importância definida está, de maneira lógica, associada à parcela a que fez jus o Partido dos Trabalhadores e administrado pela OAS em conta informal de créditos e débitos.

Salienta-se que os crimes relativos à lei de licitações não foram imputados nesta ação penal em desfavor dos denunciados, não podendo este fundamento justificar o valor de reparação mínima dos danos. Aliás, se isto fosse possível, tratando-se de fraude à licitação desde sua origem, a nulidade ocorreria em todo o contrato e o valor mínimo de reparação corresponderia à integralidade do contrato ilícito, na esteira dos ensinamentos de Mário Sérgio de Albuquerque Schirmer (Dano indireto para fins do artigo 10 da Lei n. 8.429/92, *in Aspectos Controvertidos da Lei de Improbidade Administrativa*. Org. Claudio Smime Diniz, Mauro Sérgio Rocha e Renato de Lima Castro. Del Rey editora: Belo Horizonte, 2016, pgs. 169/194).

Todavia, os danos não decorreram exclusivamente das fraudes nos processos licitatórios, mas, sobremaneira, da prática dos crimes de corrupção e de lavagem de dinheiro.

Assim, a par do pedido ministerial de majoração, nos termos do art. 387, IV, do Código de Processo Penal, *'reputa-se, mais apropriado, como valor mínimo limitá-lo ao montante destinado à conta corrente geral de propinas do Grupo OAS com agentes do Partido dos Trabalhadores, ou seja, em dezesseis milhões de reais, a ser corrigido monetariamente e agregado de 0,5% de juros simples ao mês a partir de 10/12/2009.*

Evidentemente, no cálculo da indenização, deverão ser descontados os valores confiscados relativamente ao apartamento, como consignado na sentença recorrida.

O inciso IV do art. 387 do Código de Processo Penal, ora apontado como violado, dispõe que “o juiz, ao proferir sentença condenatória, fixará valor mínimo para reparação dos *danos causados* pela infração, considerando os *prejuízos sofridos pelo ofendido*”.

O recorrente foi condenado por corrupção passiva, em virtude do recebimento de um triplex, com reformas e mobiliário, e por lavagem de dinheiro, em razão da ocultação da propriedade do referido bem. Incidiu, ainda, no crime de corrupção passiva, a causa de aumento pela efetiva prática de ato de ofício, consistente na manutenção dos diretores da Petrobras.

Em razão dos referidos fatos, condenou-se o recorrente (corrompido) e os corréus José Adelmário Pinheiro Filho e Agenor Franklin Magalhães (corruptores), ao pagamento de 16 milhões, a título de mínimo indenizatório, uma vez que foi este o valor destinado ao Partido dos Trabalhadores. Nas palavras do Magistrado de origem “montante destinado à conta corrente geral de propinas do Grupo OAS com *agentes do Partido dos Trabalhadores*”.

Embora o ato de ofício praticado pelo recorrente, consistente na manutenção dos diretores da Petrobras, possa ter efetivamente acarretado referido prejuízo, importante registrar que não lhe é imputada a conduta de receber 16 milhões em benefício do Partido dos Trabalhadores.

Com efeito, a discussão primordial dos autos se refere ao recebimento do triplex. Dessa forma, cuidando-se de fixação de valor mínimo, entendo que este não pode se afastar do mérito da imputação, sob pena de não se observar a adequada causalidade, fixando-se valor que não guarda relação *direta e imediata* com a imputação sob exame.

No ponto, fica nítida a ausência de parâmetro adequado, uma vez que o valor de 16 milhões destinado ao Partido dos Trabalhadores não guarda relação *apenas* com o recorrente, ou mesmo com a conduta que lhe é atribuída nos presentes autos. Note-se que a própria sentença afirma que era um valor destinado aos “agentes do Partido dos Trabalhadores”. Portanto, não parece coerente que o valor *mínimo* indenizatório seja arcado integralmente pelo recorrente e pelos corréus José Adelmário Pinheiro Filho e Agenor Franklin Magalhães.

Nesse encadeamento de ideias, considerando que o recorrente se encontra condenado pelo recebimento de parte da propina total atribuída ao Partido dos Trabalhadores, paga pelos corréus José Adelmário Pinheiro Filho e Agenor Franklin Magalhães, consistente no valor de R\$ 2.424.991,00, (R\$ 1.147.770,00 correspondente à diferença entre o valor pago e o preço do apartamento entregue e R\$ 1.277.221,00 em reformas e na aquisição de bens para o apartamento - e-STJ fl. 70.312), considero ser este o valor que deve ser fixado a título de mínimo indenizatório, em observância ao disposto do art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal.

Relevante destacar, no ponto, que o valor fixado, apesar de ter como parâmetro a vantagem indevida recebida pelo recorrente e paga pelos corréus, não se confunde com esta, motivo pelo qual o confisco do triplex, como produto do crime, não repercute no cálculo da indenização. Assim, não há se falar em desconto dos valores confiscados.

21. Prescrição.

A defesa alega, ainda, que a punibilidade do recorrente se encontra extinta pela prescrição da pretensão punitiva estatal. Afirma que a nomeação dos diretores Renato Duque e Paulo Roberto Costa ocorreu em 2003 e 2004, sendo “inconcebível considerar, como fez o acórdão que julgou a apelação, que a *consumação do delito de corrupção teria se dado até o ano de 2014*, quando teria perdurado a influência do recorrente sobre a Petrobras. À margem da dogmática penal, atribui-se, à corrupção passiva, caráter de crime permanente. Ademais, sequer se considerou que Renato Duque e Paulo Roberto Costa *sairam da Petrobras em 2012*, sendo completamente insubsistente atribuir qualquer ato de influência ou poder sobre estes após tal período” (e-STJ fl. 74.641).

No mais, afirma que “o suposto crime de lavagem de capitais teria ocorrido em 2009, quando se concluiu (sem nenhuma base) que a OAS Empreendimentos, ao assumir as obras do Condomínio Solaris, teria reservado, de forma espúria, o apartamento em favor do recorrente” (e-STJ fls. 74.643/74.644). Destaca que “também não se mostra adequado classificar o crime de lavagem como de caráter permanente sob a justificativa de que a ocultação e dissimulação se prolongam no tempo. Isso porque, para se considerar um crime como sendo de natureza permanente, é necessária a consumação permanente” (e-STJ fl. 74.645).

O Tribunal de origem refutou a alegação da defesa, nos seguintes termos (e-STJ fl. 73.073/73.078):

5.1. Alega a defesa de *Luiz Inácio Lula da Silva* que ocorreu a prescrição dos delitos de corrupção passiva e lavagem de dinheiro, pois (a) a suposta vantagem indevida ocorreu em 2009, sendo que a disponibilização dos benefícios em 2014 constituiria mero exaurimento do crime de corrupção passiva; (b) após 2009 não estava mais no cargo de Presidente da República, assim como Renato Duque e Paulo Roberto Costa teriam deixado a diretoria da Petrobras em 2012, de modo que não há como se cogitar do crime de corrupção passiva até 2014; (c) em 2009 o crime de lavagem de dinheiro já estaria consumado.

Requer o Ministério Público Federal, por sua vez, a alteração da data indicada na sentença como sendo para a interrupção do crime de lavagem de ativos, para 'considerar a cessação da prática do último ato referente à ocultação da aquisição do triplex 164-A do Condomínio Solaris, pelo menos, até a data de propositura da denúncia da presente ação penal'.

Pois bem. A solução da questão passa, inevitavelmente, pela identificação da data correta dos crimes a que foi condenado o apelante.

5.2. Especificamente em relação aos contratos viciados da OAS com a Petrobras, como exaustivamente anotado, mas não é demais repetir, a atuação do apelante difere do padrão dos processos já julgados e relacionados à 'Operação Lava-Jato'. Ora, não se exige a demonstração de sua participação ativa em cada um dos procedimentos de contratação, seja elaborando editais de licitação, seja aprovando propostas ou assinando instrumentos.

(...)

Por essa razão, *não se computa a prescrição tomando como marco a data de assinatura de cada um dos contratos, como pretende a defesa*, mas sim do momento em que o réu teria perdido a capacidade de nomear ou manter agentes públicos que tinham como encargo cumprir os objetivos do grupo criminoso. A sentença é bastante didática neste sentido:

(...).

891. Não se deve olvidar que o esquema criminoso era complexo, com vários participantes e, embora coubesse aos Diretores da Petrobrás ou aos operadores realizar os acertos de corrupção, a sua permanência no cargo dependia de sua capacidade em arrecadar recursos aqueles que os sustentavam politicamente, entre eles o então Presidente.

892. Do montante da propina acertada no acerto de corrupção, cerca de R\$ 2.252.472,00, consubstanciado na diferença entre o pago e o preço do apartamento triplex (R\$ 1.147.770,00) e no custo das reformas (R\$ 1.104.702,00), foram destinados como vantagem indevida ao ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

893. A atribuição a ele de um imóvel, sem o pagamento do preço correspondente e com fraudes documentais nos documentos de aquisição,

configuram condutas de ocultação e dissimulação aptas a caracterizar crimes de lavagem de dinheiro.

894. *A manutenção do imóvel em nome da OAS Empreendimentos, entre 2009 até pelo menos o final de 2014, ocultando o proprietário de fato, também configura conduta de ocultação apta a caracterizar o crime de lavagem de dinheiro.*

895. *A agregação de valor ao apartamento, mediante a realização de reformas dispendiosas, mantendo-se o mesmo tempo oculta a titularidade de fato do imóvel e o beneficiário das reformas, configura igualmente conduta de ocultação apta a caracterizar o crime de lavagem de dinheiro.*

896. *Embora sejam condutas de ocultação e dissimulação talvez singelas, a sofisticação não constitui elemento necessário à caracterização do crime de lavagem de dinheiro (a complexidade não é inerente ao crime de lavagem, conforme precedente do RHC 80.816/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma do STF, un., j. 10/04/2001).*

897. Não vislumbro concomitância ou confusão entre os crimes de corrupção e de lavagem.

898. O imóvel foi atribuído de fato ao ex-Presidente desde a transferência do empreendimento imobiliário da BANCOOP para a OAS Empreendimentos em 08/10/2009, com ratificação em 27/10/2009. Repetindo o que disse José Adelmário Pinheiro Filho, 'o apartamento era do Presidente Lula desde o dia que me passaram para estudar os empreendimentos da BANCOOP, já foi me dito que era do Presidente Lula e de sua família, que eu não comercializasse e tratasse aquilo como uma coisa de propriedade do Presidente'. *A partir de então, através de condutas de dissimulação e ocultação, a real titularidade do imóvel foi mantida oculta até pelo menos o final de 2014 ou mais propriamente até a presente data.*

899. *De forma semelhante, os acertos de corrupção remontam a 2009, durante a contratação pela Petrobrás do Consórcio CONEST/RNEST, ainda que a definição final da utilização de parte dos créditos em benefício do ex-Presidente tenha ocorrido posteriormente, em meados de 2014.*

900. *Mesmo considerando a definição final do acerto de corrupção em junho de 2014, prosseguiram as condutas de ocultação e dissimulação, inclusive com as reformas até o final de 2014, pelo menos, ou mais propriamente até a presente data.*

901. *Também tendo presente esses fatos, as condutas de ocultação foram posteriores ou se estenderam temporalmente mesmo após a consumação dos últimos atos relativos ao do crime de corrupção.*

902. Não há, portanto, confusão entre corrupção e lavagem, tendo esta por antecedente o crime de corrupção.

903. *O crime de lavagem deve ser considerado como único já que abrange condutas que se prolongaram no tempo e que se complementam, como as fraudes documentais nos documentos de aquisição do imóvel, a manutenção do imóvel*

em nome da OAS Empreendimentos, a agregação de valores ao imóvel através da reformas com ocultação do real beneficiário pela manutenção do imóvel em nome da OAS Empreendimentos.

É preciso ter presente, nessa linha, que a capacidade do ex-Presidente perdurou, no mínimo, até o final de 2014, momento coincidente com a finalização das reformas do apartamento triplex que resultou no recebimento de corrupção. Os fatos estão interligados e, sob tal ótica, o conjunto deve ser examinado em todas as suas consequências jurídicas. Há episódio que confirma tal assertiva, como salientado pelo juízo de origem:

(...).

*É de lembrar que a 'Operação Lava-Jato' foi deflagrada no início de 2014, mas a integralidade e profundidade da corrupção somente passou a ser efetivamente identificadas a partir de depoimentos de colaboradores, dentre eles, Paulo Roberto Costa, ex-Diretor da Petrobras. Em novembro de 2014 houve a prisão de *Léo Pinheiro*, juntamente com outros empresários do setor de construção e integrantes do chamado 'clube'.*

O esquema permaneceu funcionando com bastante fôlego mesmo depois da sucessão presidencial. Para exemplificar, os Contratos n. 0800.0055148.09.2 e 08500.0000057.09.2, ambos assinados em 10/12/2009, foram aditivados. Como apontado na decisão de primeiro grau:

356. Conforme apontado nos itens 224-226, retro, o contrato da RNEST para implantação das UHDT e UGH teve o preço de R\$ 3.190.646.501,15, com aditivo em 12/01/2012 de R\$ 38.562.031,42, totalizando R\$ 3.229.208.532,57. A propina seria, portanto de cerca de R\$ 32.292.085,00. O MPF, entretanto, considerando que a OAS tinha 50% de participação no Consórcio RNEST/CONEST, calculou a propina de sua responsabilidade para esse contrato em R\$ 16.146.042,00.

357. Conforme apontado nos itens 236-238, retro, o contrato da RNEST para implantação das UDAs teve o preço de R\$ 1.485.103.583,21, com aditivo em 28/12/2011 de R\$ 8.032.340,38, totalizando R\$ 1.493.135.923,59. A propina seria, portanto de cerca de R\$ 14.931.359,00. O MPF, entretanto, considerando que a OAS tinha 50% de participação no Consórcio RNEST/CONEST, calculou a propina de sua responsabilidade para esse contrato em R\$ 7.465.679,50.

358. Conforme apontado nos itens 247-249, retro, o contrato da REPAR teve o preço de R\$ 1.821.012.130,93, com aditivos entre 06/2008 a 01/2012, que majoraram o seu valor em R\$ 517.421.286,84, totalizando R\$ 2.338.433.417,77. A propina seria, portanto de cerca R\$ 23.384.334,17. O MPF, entretanto, considerando que a OAS tinha 24% de participação no Consórcio CONPAR, calculou a propina de sua responsabilidade para esse contrato em R\$ 5.612.240,00.

359. O total de propina pago para as três obras pela OAS à Diretoria de Abastecimento da Petrobrás, comandada por Paulo Roberto Costa, foi, portanto, de R\$ 29.223.961,00. *Destaquei*

O aditamento de contratos até o ano de 2012, com ampliação do valor contratado, segue em consonância com o esquema que funcionou inclusive após a saída do réu da Presidência da República, pelo que não se pode, no caso específico de ato político, remontar o fato à data de assinatura dos contratos.

(...).

Além disso, deve-se lembrar ainda a indicação de manutenção de Nestor Cuñat Cerveró como diretor da BR Distribuidora entre os anos de 2008 e 2014, cuja nomeação se deu em contrapartida a serviços prestados em renegociação de uma dívida de campanha de 2006 do Partido dos Trabalhadores - PT, envolvendo a contratação do Navio Sonda Victoria 10.000 pelo Grupo Schahin.

*5.3. Com relação à corrupção e lavagem de dinheiro nos fatos relacionados ao triplex do Guarujá/SP, a questão é mais singela. Muito embora a OAS tenha se comprometido a assumir o empreendimento da BANCOOP em 2009, com transferência e ratificação em 08/10/2009 e 27/10/2009, respectivamente, e já houvesse informação de que a unidade habitacional seria destinada ao ex-Presidente, recorde-se que a solução jurídica para o pagamento da diferença de preço somente ocorreu a tomar forma em 2013 e em meados de 2014, quando João Vaccari Neto autorizou a compensação. Retomo o esclarecedor depoimento de **Léo Pinheiro**:*

*José Adelmário Pinheiro Filho:- Em maio ou Junho de 2014, com os custos já de todos os empreendimentos Bancoop já bem aferidos e também toda a especificação, tudo que ia ser feito tanto no sítio como no triplex, eu procurei o João Vaccari e disse a ele 'Olhe, estou com os elementos todos em mãos e queria discutir', ele marcou, ele disse 'Olhe, o clima entre a sua empresa e o Bancoop não está bom, eu vou sugerir a gente fazer um jantar, eu vou chamar a diretoria do Bancoop, você chama o pessoal seu, e vamos sentar antes, então ele marcou comigo no mesmo local, no restaurante, um encontro com ele, onde eu levei esses créditos e esses débitos, eu levei para ele o que nós, OAS, estava devendo por conta desses pagamentos de vantagens indevidas ao PT naquele momento, o que já estava atrasado e o que ainda ia acontecer, e os custos dos empreendimentos que nós estávamos fazendo, desses passivos, que eu estou chamando de passivos ocultos, o termo usado de coisas que nós não tínhamos conhecimento, e mais os custos do triplex e do sítio, o João Vaccari disse 'Olhe, está tudo ok, está dentro de um princípio que nós sempre adotamos, porque sempre, de quando em quando, que abria um encontro de contas com ele tinha 'Não, você paga isso ao diretório tal, paga isso ao político tal', isso era feito e era uma coisa já corriqueira, então 'Não vamos mudar a metodologia, vamos continuar com a metodologia, agora como tem coisas aqui de cunho pessoal, que trata do presidente, eu vou conversar com ele sobre isso e lhe retorno. Agora nesse encontro que nós vamos ter com a diretoria do Bancoop e com o seu pessoal eu gostaria que você não tratasse desse encontro de contas, eu queria que a empresa desse uma tranquilizada na diretoria do Bancoop que os empreendimentos iam prosseguir, que não haveria nenhuma solução de continuidade', e assim foi feito, houve isso. **Passaram alguns***

dias, talvez uma semana ou duas no máximo, o Vaccari me retornou dizendo que estava tudo ok, que poderíamos adotar o sistema de encontro de contas entre créditos e débitos que nós tínhamos com ele. Negritei

Por conseguinte, o crime de corrupção passiva tem como marco o recebimento da vantagem indevida. Ainda que não definida expressamente, em virtude da própria natureza das operações extra-oficiais de 'encontro de contas', *deve-se considerar o momento em que o valor da diferença de preço entre o apartamento simples e o triplex, as reformas e mobiliários foram efetivamente debitados do crédito ilícito que o Partido dos Trabalhadores tinha com a OAS Empreendimentos.*

E a compensação entre valores subtraídos da Petrobras e de propinas ocorreu em meados de 2014, quase que concomitantemente, por derivação, com a ocultação ou dissimulação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade do bem, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. Talvez até se pudesse considerar data posterior, coincidente com a finalização da reforma.

Porém, para fins prescricionais, tais definições são suficientes e mesmo sob uma premissa conservadora, resta inatingível a pretensão punitiva estatal.

5.4. Sobre os prazos prescricionais, dispõe o art. 109 do Código Penal: (...).

Para o crime de corrupção passiva, foi aplicada pena de 08 anos e 04 meses de reclusão, o que remete ao patamar prescricivo de 16 anos, que deve ser computado pela metade (08 anos), com base no artigo 115 do Código Penal.

Para o delito de lavagem de dinheiro, foi aplicada pena de 03 anos e 09 meses, o que remete ao patamar prescricivo de 08 anos, que deve ser computado pela metade (04 anos), com base no artigo 115 do Código Penal.

Nota-se que não houve o transcurso dos prazos prescricionais mencionados entre a data do recebimento da denúncia (20/09/2016) e a data da publicação da sentença (12/07/2017), tampouco entre esta e o presente momento.

Diante disso, deve ser negado provimento ao recurso defensivo no ponto.

De início, destaco que, embora a análise da prescrição da pretensão punitiva estatal possa, em regra, ser realizada de forma objetiva, sem necessidade de incursão no acervo fático e probatório, na hipótese dos autos, sua análise demanda inevitável revolvimento do arcabouço probatório.

De fato, a defesa pretende seja reconhecida a prescrição retroativa, entre a data dos fatos e o recebimento da denúncia, em 20/9/2016. No entanto, os fatos analisados no presente processo possuem alto grau de complexidade, o que recomenda uma exame aprofundado dos elementos carreados aos autos, o que, como é de conhecimento, não é possível na via eleita.

Conforme consignado pelo eminente Relator, “o recorrente, buscando o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, propõe uma construção intelectual de fatos, sugerindo, inclusive, a readequação do tipo penal, com a concatenação de ideias, que não seguiriam, de forma desatrelada de uma nova e exauriente reanálise da matéria fática-probatória, vedada pela súmula 7 deste Tribunal Superior”.

Anoto, por relevante, que, embora o crime de corrupção passiva, na modalidade receber, seja material, se consumando no momento do recebimento da vantagem, a hipótese dos autos revela que *a vantagem indevida foi recebida durante determinado período de tempo*, dentro de um mesmo contexto fático, que revela o nexo causal entre a forma como a vantagem foi recebida e o efetivo exercício dos atos de ofício pelo recorrente.

Nesse contexto, considerando que o recorrente foi condenado por um crime de corrupção passiva, em virtude do recebimento de vantagem indevida no valor de “cerca de R\$ 2.424.991,00, assim discriminada, R\$ 1.147.770,00 correspondente à diferença entre o valor pago e o *preço do apartamento entregue* e R\$ 1.277.221,00 em *reformas e na aquisição de bens para o apartamento*”, tem-se que a vantagem foi recebida em dois momentos distintos, porém dentro do mesmo contexto fático, o que autoriza a definição da data da consumação dos fatos entre 2009 e 2014.

Já no que concerne ao crime de lavagem de dinheiro, destaco que há precedente relativamente recente do Supremo Tribunal Federal, no qual se firmou o entendimento no sentido de que “o crime de lavagem de bens, direitos ou valores, quando praticado na modalidade típica de ‘ocultar’, é permanente, protraindo-se sua execução até que os objetos materiais do branqueamento se tornem conhecidos, razão pela qual o início da contagem do prazo prescricional tem por termo inicial o dia da cessação da permanência, nos termos do art. 111, III, do Código Penal”.

Ao ensejo:

Penal e Processual Penal. Ação penal originária. Ex-prefeito municipal. Atual deputado federal. Denúncia. Alegação de nulidade do laudo pericial. Improcedência. Natureza da prova da materialidade documental e não pericial. Ausência de opinião técnica especializada. Parcial extinção da punibilidade pela prescrição. Crime de lavagem de dinheiro. Modalidade ocultar. Natureza permanente do crime reconhecida. Prescrição que não teria ocorrido ainda que o crime fosse instantâneo de efeitos permanentes. Improcedência da alegação de retroatividade “in malam partem” da lei penal. Atos de lavagem praticados quando já estava em vigor a

Lei 9.613/98 a despeito de o crime antecedente ter sido praticado anteriormente. Materialidade, autoria, tipicidade objetiva e subjetiva provadas. Condenação decretada. 1. Materialidade delitiva provada pelos documentos juntados aos autos, os quais são compilados, descritos e organizados em outro documento que não ostenta a característica de prova pericial, por não conter opinião técnica especializada. Preliminar de nulidade da pretensa prova pericial improcedente. 2. Extinção da punibilidade pela incidência da prescrição da pretensão punitiva quanto ao primeiro, segundo, terceiro e quinto fatos descritos na denúncia, tendo em vista a conjugação das regras previstas nos arts. 107, inciso IV, 109, inciso I e II e 115, todos do Código Penal, em razão de o acusado ter mais de 70 (setenta) anos de idade. 3. O crime de lavagem de bens, direitos ou valores, quando praticado na modalidade típica de “ocultar”, é permanente, protraindo-se sua execução até que os objetos materiais do branqueamento se tornem conhecidos, razão pela qual o início da contagem do prazo prescricional tem por termo inicial o dia da cessação da permanência, nos termos do art. 111, III, do Código Penal. 4. No caso concreto, quanto ao quarto fato descrito na denúncia, a despeito da natureza permanente do crime, foram detectadas movimentações financeiras relativas aos valores ocultados até 03 de maio de 2006, o que afasta a alegação de prescrição ainda que a natureza do crime fosse instantânea de efeitos permanentes. 5. Embora não estivesse em vigor a Lei 9.613/98 quando o crime antecedente (corrupção passiva) foi praticado, os atos de lavagem ocorreram durante sua vigência, razão pela qual não há falar em retroatividade da lei penal em desfavor do réu. A Lei 9.613/98 aplica-se aos atos de lavagem praticados durante sua vigência, ainda que o crime antecedente tenha ocorrido antes de sua entrada em vigor. 6. Demonstrada a materialidade do crime antecedente de corrupção passiva, bem como a procedência dos valores lavados, além da materialidade, a autoria, a tipicidade objetiva e subjetiva do crime de lavagem de dinheiro, não havendo causas de exclusão da ilicitude e culpabilidade, a condenação é medida que se impõe. (AP 863, Relator(a): Min. Edson Fachin, Primeira Turma, julgado em 23/05/2017, Acórdão Eletrônico DJe-191 divulg 28-08-2017 public 29-08-2017).

Nesse contexto, tem-se que ambos os delitos se consumaram após a entrada em vigor da Lei n. 12.234/2010, a qual proibiu que a prescrição pela pena em concreto tenha por termo inicial data anterior ao recebimento da denúncia. Dessa forma, ainda que reduzido à metade o prazo prescricional, nos termos do que determina o art. 115 do Código Penal, não se verifica o transcurso do prazo necessário ao reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal.

22. Afrenta ao art. 66, III, “b”, da LEP e ao art. 7º, item 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos.

O recorrente entende, no mais, que foi vulnerado o art. 66, inciso III, alínea “b” da Lei de Execuções Penais, em virtude de constar da sentença condenatória

que “a progressão de regime fica, em princípio, condicionada à reparação do dano nos termos do art. 33, § 4º, do CP”. Da mesma forma, aponta ofensa ao art. 7º, item 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos, por considerar que condicionar a progressão de regime à reparação do dano revelaria verdadeira prisão por dívida.

O Tribunal de origem, ao analisar a alegação da defesa, assentou que (e-STJ fl. 73.072/73.073):

4.6. Da reparação do dano como condição à progressão de regime Com relação a tema comum a todos os réus condenados por corrupção ativa ou passiva, não há inconstitucionalidade ou ilegalidade em determinar-se que ‘a progressão de regime fica, em princípio, condicionada à reparação do dano nos termos do art. 33, § 4º, do CP’, tendo em vista que inseridos no rol de crimes contra a Administração Pública.

Tal previsão já na sentença condenatória é mera referência à regra cogente e não afasta o exame pelo juízo da execução de questões específicas de seu mister. O tema foi recentemente apreciado pela 4ª Seção desta Casa, em julgamento assim ementado:

Processo Penal. Embargos infringentes e de nulidade. Operação Lava-Jato. Crimes contra a administração pública. Corrupção ativa e passiva. Ato de ofício. Causa de aumento. Corrupção exaurida. Dosimetria das penas. Manutenção. Reparação do dano. 1. (...). 5. Mantida a determinação, pela sentença, de obediência ao art. 33, § 4º, do CP, não havendo invasão da competência do Juízo das Execuções Penais. (TRF4, Embargos Infringentes e de Nulidade n. 5023121-47.2015.404.7000, 4ª Seção, Des. Federal Cláudia Cristina Cristofani, por maioria, juntado aos autos em 04/12/2017) A constitucionalidade do art. 33, § 4º do Código Penal foi afirmada pelo Supremo Tribunal Federal na Execução Penal n. 22, em face de João Paulo Cunha, condenado na AP n. 470/STF.

Trata-se de exigência especial imposta ao condenado por crime contra a administração pública, cuja progressão de regime fica condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais.

A rigor, a exigência legal de reparação do dano para fins de progressão de regime independe de determinação expressa na sentença condenatória. Contudo, nenhuma ilegalidade há na sua expressa determinação.

Tampouco se estará diante de subtração da competência do juízo da execução, porque impositivo o comando normativo e, sobretudo, diante da reconhecida constitucionalidade pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. Isso não impede, alerte-se, que outras matérias relacionadas à reparação do dano sejam examinadas em fase de execução.

Assim, por exemplo, competirá ao juízo da execução aferir a satisfação indenizatória como condição à progressão, podendo ele verificar, inclusive, se o sentenciado possui efetiva capacidade patrimonial de ressarcir o erário público.

Igualmente caberá à fase de execução de sentença o exame de outras matérias que lhe são íntimas, como o parcelamento, a substituição por garantias reais ou fidejussórias, a exemplo do que já ocorre nas prestações pecuniárias substitutivas.

No ponto, considero que a simples referência a dispositivo de lei, ainda que se trate de norma cuja aplicação diga respeito à execução da pena, não revela ofensa à legislação infraconstitucional. De fato, cabe ao Juízo das Execuções, com base no regramento legal, analisar o preenchimento dos requisitos necessários à progressão de regime, ainda que o Magistrado de origem nada tivesse dito a respeito.

Dessa forma, não verifico sequer utilidade na presente irresignação, porquanto eventual decote do referido tópico da sentença condenatória não teria o condão de autorizar a progressão do regime sem observância do que consta do art. 33, § 4º, do Código Penal. De fato, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a constitucionalidade do mencionado dispositivo, o qual condiciona a progressão de regime, no caso de crime contra a Administração Pública, à reparação do dano ou à devolução do produto do ilícito.

A propósito:

Execução Penal. Progressão de Regime. Crime contra a Administração Pública. Devolução do produto do ilícito. 1. É constitucional o art. 33, § 4º, do Código Penal, que condiciona a progressão de regime, no caso de crime contra a Administração Pública, à reparação do dano ou à devolução do produto do ilícito. 2. Tendo o acórdão condenatório fixado expressamente o valor a ser devolvido, não há como se afirmar não se tratar de quantia líquida. 3. A alegação de falta de recursos para devolver o dinheiro desviado não paralisa a incidência do art. 33, § 4º, do Código Penal. O sentenciado é devedor solidário do valor integral da condenação. 4. Na hipótese de celebração de ajuste com a União para pagamento parcelado da obrigação, estará satisfeita a exigência do art. 33, § 4º, enquanto as parcelas estiverem sendo regularmente quitadas. 5. Agravo regimental desprovido. (EP 22 ProgReg-AgR, Relator(a): Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2014, DJe-052 divulg 17-03-2015 public 18-03-2015).

Anoto, por oportuno, que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento acima transcrito, assentou que “não seria o direito fundamental à liberdade do condenado que estaria em questão, mas, tão somente, se a pena privativa de

liberdade a ser cumprida deveria se dar em regime mais favorável ou não, o que afastaria a alegação quanto à suposta ocorrência, no caso, de prisão por dívida”.

Não se verifica, portanto, a violação apontada pelo recorrente.

23. Violação do art. 283 do CPP.

Por fim, a defesa aponta ofensa ao art. 283 do Código de Processo Penal, em virtude da suposta “execução açodada da pena imposta ao recorrente”. Contudo, conforme destacado pelo Tribunal de origem (e-STJ fl. 73.083):

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292/SP, reviu posicionamento antes fixado no julgamento do HC n. 84.078, firmando orientação no sentido da possibilidade de execução das penas tão logo exaurido o duplo grau de jurisdição. O entendimento foi pela Suprema Corte no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e n. 44, pelo que ficou expresso que o art. 283 do Código de Processo Penal não impede o início da execução da pena depois de esgotadas as instâncias ordinárias. A questão foi novamente examinada nos autos do ARE n. 964.246/STF, quando, ‘por maioria, o Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal (STF) reafirmou jurisprudência no sentido de que é possível a execução provisória do acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, mesmo que estejam pendentes recursos aos tribunais superiores. A decisão foi tomada na análise do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 964.246, que teve repercussão geral reconhecida. Assim, a tese firmada pelo Tribunal deve ser aplicada nos processos em curso nas demais instâncias’.

Idêntica orientação vem da Súmula n. 122 deste Tribunal que diz:

‘Encerrada a jurisdição criminal de segundo grau, deve ter início a execução da pena imposta ao réu, independentemente da eventual interposição de recurso especial ou extraordinário’. Desse modo, tão logo decorridos os prazos para interposição de recursos dotados de efeito suspensivo ou julgados estes, poderá ter início a execução da pena, inclusive no tocante às restritivas de direito (TRF4, Agravo de Execução Penal n. 5000985-25.2017.404.7117, 8ª Turma, Juiz Federal Nivaldo Brunoni, por unanimidade, juntado em 28/04/2017), pelo que deverá ser oficiado ao juízo de primeiro grau para as providências que entender cabíveis.

De fato, como é de conhecimento, o Pretório Excelso, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292/SP, alterou seu entendimento, para assentar que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal”.

Em seguida, referido entendimento foi confirmado pelo Tribunal Pleno, ao analisar as medidas cautelares requeridas nas Ações Diretas de Constitucionalidade n. 43 e 44, e o Agravo em Recurso Especial n. 964.246/SP, submetido ao rito da repercussão geral (Tema 925). Diante da alteração jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça passou a adotar o mesmo entendimento.

Dessa forma, não há se falar em ofensa ao art. 283 do Código de Processo Penal, uma vez que se está dando ao referido dispositivo interpretação em conformidade com a Constituição Federal, realizada pelo próprio guardião da Carta Magna - Supremo Tribunal Federal.

A propósito:

Processo Penal. Agravo regimental da decisão que não conheceu do habeas corpus. Execução provisória da pena privativa de liberdade. Exaurimento. Instâncias ordinárias. Suspensão. Efeitos. Julgados. Poder geral de cautelar. Reformatio in pejus. Presunção. Princípio da inocência. Agravo regimental desprovido. I - O agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada por seus próprios fundamentos. II - "A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal" (HC n. 126.292/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 17/5/2016). III - O vetor hermenêutico atualmente conferido pela e. Corte Suprema e por esta Corte Superior, repisando a jurisprudência por um lapso temporal adormecida, direciona-se, novamente, no sentido de que o artigo 283 do CPP não impede a antecipada execução da reprimenda, pois uma vez encerrada a análise de fatos e provas que assentam a culpa do condenado, com o exaurimento das instâncias ordinárias, legitimada está a execução provisória, independentemente do preenchimento dos pressupostos e requisitos insertos no artigo 312 do Código de Processo Penal ou mesmo de específico requerimento ministerial, uma vez que não são dotados os recursos extremos de efeito suspensivo. IV - A peculiaridade da situação é que ditará a possibilidade de suspensão dos efeitos do julgado, sem afastar do julgador, dentro de seu inerente poder geral de cautela, a possibilidade de excepcionalmente atribuir, no exercício da jurisdição extraordinária, efeito suspensivo ao REsp ou RE e, com isso, obstar o início da execução provisória da pena. V - A execução provisória da pena passa a ser um consectário lógico do julgamento condenatório proferido pelo segundo grau de jurisdição. Não há que se falar, portanto, na esteira da firme jurisprudência dos Tribunais Superiores, em ofensa ao princípio da presunção de inocência e tampouco em reformatio in pejus, quando tão logo exaurida a instância ordinária. VI - A existência de entendimentos divergentes entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por si só, não tem o condão de alterar a decisão do Colegiado, proferida

no HC n. 126.292/SP, razão pela qual não se presta a afastar o entendimento ali consolidado. VII - O Tribunal não está obrigado a se manifestar sobre todos os pontos alegados pela defesa, desde que se pronuncie quanto aos relevantes para a análise de eventual constrangimento ilegal, o que efetivamente ocorreu no presente caso. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AgRg no HC 466.474/PR, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 16/10/2018, DJe 22/10/2018)

Ressalvo, portanto, neste tópico, meu ponto de vista em sentido contrário (HC 484.960/SP, Rel. Ministro *Reynaldo Soares da Fonseca*, *Quinta Turma*, julgado em 21/03/2019, DJe 09/04/2019), para acompanhar a diretriz do Excelso Pretório e da colenda Terceira Seção deste Tribunal.

Não se pode descurar, por fim, que o próprio recorrente impetrou o *Habeas Corpus* preventivo n. 152.752, perante o Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de impedir a execução provisória da pena diante da confirmação pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região de sua condenação. Contudo, o plenário do Pretório Excelso denegou a ordem, confirmando, assim, o entendimento que tem prevalecido naquela Corte.

A propósito:

Habeas corpus. Matéria criminal. Execução provisória da pena. Impetração em substituição a recurso ordinário constitucional. Cognoscibilidade. Ato reputado coator compatível com a jurisprudência do STF. Ilegalidade ou abuso de poder. Inocorrência. Alegado caráter não vinculante dos precedentes desta Corte. Irrelevância. Deflagração da etapa executiva. Fundamentação específica. Desnecessidade. Pedido expresso da acusação. Dispensabilidade. Plausibilidade de teses veiculadas em futuro recurso excepcional. Supressão de instância. Ordem denegada. 1. Por maioria de votos, o Tribunal Pleno assentou que é admissível, no âmbito desta Suprema Corte, impetração originária substitutiva de recurso ordinário constitucional. 2. O *habeas corpus* destina-se, por expressa injunção constitucional (art. 5º, LXVIII), à tutela da liberdade de locomoção, desde que objeto de ameaça concreta, ou efetiva coação, fruto de ilegalidade ou abuso de poder. 3. Não se qualifica como ilegal ou abusivo o ato cujo conteúdo é compatível com a compreensão do Supremo Tribunal Federal, sobretudo quando se trata de jurisprudência dominante ao tempo em que proferida a decisão impugnada. 4. Independentemente do caráter vinculante ou não dos precedentes, emanados desta Suprema Corte, que admitem a execução provisória da pena, não configura constrangimento ilegal a decisão que se alinha a esse posicionamento, forte no necessário comprometimento do Estado-Juiz, decorrente de um sistema de precedentes, voltado a conferir cognoscibilidade, estabilidade e uniformidade à jurisprudência. 5. O implemento da execução provisória da pena atua como desdobramento natural da perfectibilização da condenação sedimentada na seara das instâncias ordinárias e do cabimento, em tese, tão somente de recursos

despidos de automática eficácia suspensiva, sendo que, assim como ocorre na deflagração da execução definitiva, não se exige motivação particularizada ou de índole cautelar. 6. A execução penal é regida por critérios de oficialidade (art. 195, Lei n. 7.210/84), de modo que sua inauguração não desafia pedido expresse da acusação. 7. Não configura reforma prejudicial a determinação de início do cumprimento da pena, mesmo se existente comando sentencial anterior que assegure ao acusado, genericamente, o direito de recorrer em liberdade. 8. Descabe ao Supremo Tribunal Federal, para fins de excepcional suspensão dos efeitos de condenação assentada em segundo grau, avaliar, antes do exame pelos órgãos jurisdicionais antecedentes, a plausibilidade das teses arguidas em sede de recursos excepcionais. 9. Ordem denegada. (HC 152752, Relator(a): Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2018, Processo Eletrônico DJe-127 divulg 26-06-2018 public 27-06-2018).

Dessa forma, não cabe ao Superior Tribunal de Justiça alterar o entendimento já firmado pelo Supremo Tribunal Federal, inclusive no caso concreto, a respeito da legalidade e constitucionalidade da execução provisória da pena após a confirmação da condenação pelo Tribunal de origem.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao agravo regimental, para conhecer em parte do recurso especial e, nessa parte, lhe *dar parcial provimento*, apenas para readequar as penas aplicadas, conforme explicitado nos itens 17 e 18 do presente voto, e para reduzir o valor do mínimo indenizatório, nos termos do que consta do item 20.

Dessa forma, a pena definitiva pelo crime de corrupção passiva vai fixada em 5 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão e 28 dias-multa, e para o crime de lavagem de dinheiro em 3 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa, *totalizando 8 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão e 41 dias-multa*. O valor mínimo para reparação dos danos vai fixado em R\$ 2.424.991,00. Ficam mantidos os demais termos da condenação.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas:

Quanto ao agravante *Luiz Inácio Lula da Silva*:

O agravante sustenta, preliminarmente, a nulidade do julgamento monocrático do recurso especial, por considerar cerceado o seu direito à ampla defesa.

Com efeito, nos moldes da Súmula 568/STJ, “o relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema.

De igual modo, nos termos do art. 34 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, são atribuições do relator “não conhecer do recurso ou pedido inadmissível” (RISTJ, art. 34, XVIII, “a”), e “negar provimento ao recurso ou pedido que for contrário a tese fixada em julgamento de recurso repetitivo ou de repercussão geral, a entendimento firmado em incidente de assunção de competência, a súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, ou, ainda, a jurisprudência dominante acerca do tema” (RISTJ, art. 34, XVIII, “b”).

No mesmo sentido, o art. 255, § 4º, II, do RISTJ estabelece que “o relator poderá “negar provimento ao recurso especial que for contrário a tese fixada em julgamento de recurso repetitivo ou repercussão geral, a entendimento firmado em incidente de assunção de competência, ou, ainda, a súmula ou jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça”.

Além disso, o art. 932 do Código de Processo Civil prevê que incumbe ao relator, “não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida”, bem como negar provimento a recurso que for contrário a “súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência”.

Nesse contexto, mesmo que o julgamento monocrático do recurso, em princípio, não configure ofensa ao princípio da colegialidade, por ser medida necessária para garantir o julgamento célere do processo e a eficácia dos provimentos judiciais, exige-se para tanto que reste configurada uma das hipóteses estritamente elencadas na legislação de regência, sob pena de violação do direito de defesa da parte.

E isto porque, ainda que os temas decididos monocraticamente possam ser submetidos a apreciação do Colegiado por meio da interposição do agravo regimental, sabe-se que o recorrente não é previamente intimado da data do julgamento, sendo possível a inclusão do feito “em mesa” momentos antes do início da sessão, o que inviabiliza o comparecimento pessoal dos seus defensores, notadamente quando eles não residem em Brasília/DF. Além disso, nos termos

do artigo 159, IV, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, não é possível sustentar oralmente no julgamento de agravo regimental, o que é garantido à defesa no caso de análise colegiada do recurso especial.

Na hipótese, conquanto não se desconheça a jurisprudência desta Corte, no sentido da ausência de nulidade no julgamento monocrático do recurso especial, a complexidade do feito, *de per se*, indica ser preferível o seu exame pelo órgão colegiado, a fim de garantir o pleno exercício do direito de defesa pela parte. Ademais, muitos dos temas deduzidos pela recorrente são amplamente controvertidos, além de serem poucos os julgados acerca de tais matérias, não sendo possível falar em consenso no âmbito dos Tribunais Superiores a justificar o julgamento unipessoal do recurso.

Destaco, por fim, que em relação à dosagem da pena, não há falar, de forma absoluta, em aplicação da Súmula 7/STJ, pois, a teor da jurisprudência desta Corte, admite-se a reforma do acórdão recorrido desde que fique demonstrada a presença de manifesta ilegalidade nos parâmetros dosimétricos adotados no decreto condenatório, tornando-se, muitas vezes, despiciendo promover o reexame detido do contexto fático-probatório dos autos.

Ante o exposto, acataria a preliminar suscitada pela defesa para *dar provimento* ao agravo regimental tão somente para anular a decisão monocrática de fls. 76.671/76.659, e-STJ), determinando que o recurso especial seja submetido a julgamento pelo Colegiado da Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça.

Entretanto, a Defesa do recorrente Luiz Inácio Lula da Silva, por opção própria, preferiu - em vez de esperar o julgamento do regimental aqui mesmo nesta Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça - ir buscar amparo junto ao Supremo Tribunal Federal por meio de *habeas corpus*, que lá tomou o n. 165.973, cujo relator, o eminente Ministro *Edson Fachin*, em decisão terminativa, examinando concretamente a monocrática atacada, estatuiu:

A decisão atacada foi proferida monocraticamente pelo Relator no STJ; *a colegialidade é sempre desejável, recomendável ou mesmo necessária;*" (...) É certo que abrolha do fato processual em tela circunstância *que eventualmente poderia malferir direito constitucional da parte: em momento algum, no cenário de monocrática agravada e posteriormente a ser apreciada em colegiado sem prévia publicação de pauta, à parte facultou-se a ciência prévia da sessão para ao menos acompanhar o julgamento. A verticalização dessa circunstância não veio, contudo, nitidamente minudentada nesta específica impetração, especialmente para demonstrar que o habeas corpus seria a via realmente adequada para sanar o que se aportou. (grifou-se).*

Somente por isso disse:

Por tais razões, não se afigura demonstrada causa de ilegalidade flagrante ou teratologia a legitimar a excepcional concessão da ordem de ofício.

(Decisão acessível pelo endereço <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp> sob o código BD97-C4B8-7851-2A5D e senha 8F54-D3D3-1D66-7FDF)

Por conseguinte, há decisão do Supremo, no caso concreto, buscada pela própria defesa, a dizer que não há ilegalidade na decisão monocrática do relator, mas sem excluir a apreciação colegiada nesta sede.

Assim, considero prejudicada tal preliminar, já que a Defesa buscou solução para ela em outra Corte, embora meu ponto de vista pessoal, que ressalvo, seja o do julgamento colegiado.

Seja como for, caso superada a questão, passo ao exame dos demais pontos do agravo regimental.

I. Do deslocamento de competência para a Justiça Eleitoral, em razão da decisão do Supremo Tribunal Federal no AgRg no Inq n. 4.435/DF (DJe 25/3/2019)

A defesa suscitou a incompetência da Justiça Federal para julgar e processar este feito, ante a decisão do STF nos autos do Inquérito n. 4.435/DF, no qual ficou assentada a prevalência da competência da Justiça Eleitoral para julgamento de crimes conexos.

Assevera que os delitos em julgamento - corrupção passiva e lavagem de dinheiro - seriam conexos com os crimes eleitorais de falsidade ideológica eleitoral ou apropriação indébita eleitoral.

O Ministério Público Federal repeliu tais alegações.

Pois bem. Trata-se, inicialmente, de inovação recursal, em instrumento processual que, ademais, exige prequestionamento, não se devendo conhecer da matéria, ainda que se diga ser de ordem pública (AgRg no AREsp 940.135/AC, rel. Ministro *Jorge Mussi*, *Quinta Turma*, DJe 12/9/2018), o que não procede, uma vez que a competência firmada por meio de regras de conexão é relativa, não gerando nulidade se não causar prejuízo.

Anote-se, ainda, que, se a questão fosse passível de conhecimento, não aproveitaria à defesa. E isto porque não foi imputado ao agravante, nem aos corréus, crime eleitoral, não havendo falar em conexão.

II. Da incompetência do Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba

A competência da 13ª Vara da Seção Judiciária de Curitiba para o julgamento dos feitos relacionados aos crimes perpetrados contra a Petrobras pelo chamado “Clube das Empreiteiras”, com a participação de inúmeros agentes públicos e políticos, já foi reconhecida diversas vezes por esta Corte e pelo Supremo Tribunal Federal, em virtude da conexão probatória ou instrumental. No caso, trata-se de delitos praticados com vistas a garantir a continuidade da atuação do esquema criminoso instaurado Petrobras.

Por certo, ao contrário do sustentado pelo recorrente, no bojo do acórdão proferido no julgamento dos aclaratórios, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região não reconheceu a independência entre as condutas delitivas apuradas nos autos e os atos delitivos relacionados à Petrobras, tendo apenas destacado que na ação penal ora em curso na Seção Judiciária do Distrito Federal é apurada uma suposta organização criminosa composta por membros do Partido dos Trabalhadores.

Com efeito, o Desembargador Relator limitou-se a afirmar que a ação penal versa sobre vantagem ilícita percebida pelo réu, intrinsecamente ligada ao exercício do cargo de Presidente da República, tratando-se de crime autônomo, embora a conduta delitiva esteja inserida no esquema de corrupção envolvendo contratos da Petrobras.

De fato, o chamado “Quadrilhão” do PT foi remetido à Justiça Federal, tendo permanecido no Supremo Tribunal Federal apenas os fatos que envolviam a então Senadora - hoje Deputada Federal - Gleisi Hoffmann e o ex-Ministro Paulo Bernardo. Além disso, em relação ao ora recorrente, a denúncia foi recebida apenas em relação ao crime de pertinência à organização criminosa e, na ação penal referente ao tríplex, conquanto tenha sido reconhecido que os fatos se inserem em um contexto maior de crimes contra a administração e fraudes em contratos públicos, sobreveio apenas condenação do réu pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro.

Ainda, no Inquérito 4.130, o STF determinou o desmembramento do feito quanto à então Senadora Gleisi Hoffmann, bem como a remessa dos autos à Justiça Federal de São Paulo, pois os ilícitos em apuração consistiriam em fraudes em contratos celebrados pela a empresa Consist e o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, sem que tenha sido vislumbrada continência ou dependência recíproca desses fatos - a gestão de empréstimos

consignados - com a apuração de crimes contra a Administração e desvios de recursos na Petrobras.

III. Da suspeição do julgador

A suspeição do então Juiz da 13ª Vara Federal de Curitiba foi analisada por esta Corte em inúmeras oportunidades. Transcrevo a ementa de um dos julgados:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Exceção de suspeição. Revolvimento do acervo fático-probatório. Impossibilidade. Súmula n. 7/STJ.

I - Na espécie, verifica-se que o v. acórdão proferido pela eg. Corte *a quo* deixou de reconhecer a suspeição do Magistrado de primeiro grau, em razão de não haver correspondência entre as razões lançadas na inicial e os artigos 252 e 254 do Código de Processo Penal.

II - *Para que se alterem as conclusões a que chegou o eg. Tribunal de origem, a respeito da referida suspeição, é indispensável reingresso no conjunto probatório, de modo que se verifiquem as balizas fáticas a partir das quais se firmou o entendimento, providência inviável em sede de recurso especial, a teor do Enunciado Sumular n. 7 desta Corte. (Precedentes)*

Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 1.102.139/PR, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 19/10/2017, DJe 25/10/2017, grifou-se).

No mesmo sentido: AREsp 1.389.981/PR, AREsp 1.302.926/PR, AREsp 1.280.825/PR, AREsp 1.332.531/PR, AREsp 1.142.926/PR, AREsp 1.105.620/PR, AREsp 1.097.624 /RS.

Ademais, a teor da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, “não se pode considerar um Magistrado suspeito por decidir de acordo com tese jurídica que considera correta, pois se estaria atingindo o exercício da atividade jurisdicional” (RHC 127.256/SP-AgR, Rel. Ministro *Gilmar Mendes*, *Segunda Turma*, DJe de 10/3/2016). Ainda, “a quebra do dever de imparcialidade não se confunde com decisão contrária aos interesses do réu” (RHC 131.544/PR, Rel. Ministro *Dias Toffoli*, *Segunda Turma*, DJe de 9/7/2016).

IV. Do inimigo

A defesa aduz a suspeição de todos os membros da força tarefa da Lavajato. Só que o faz de forma genérica, sem individualizar a conduta de cada um dos

Procuradores da República dela integrantes. Isso inviabiliza, *ab ovo*, a alegação. Por outro lado, nem mesmo o conhecido *power point* utilizado na entrevista coletiva após o oferecimento da denúncia evidencia quebra da imparcialidade do Ministério Público, não restando demonstrado desvio ou excesso no exercício do *jus accusationis*.

Falar, aliás, em imparcialidade do *Parquet* é relativo, basta lembrar a famosíssima lição de Calamandrei em *Eles, os Juízes...*

Levando em conta a atuação do MP por meio de uma força tarefa, ainda que fosse reconhecida a suspeição de um dos membros dela, os atos coletivos restariam válidos, à vista da pluralidade de agentes no caso desde a fase pré-processual, que, em conjunto, subscreveram a acusação.

Para enfeixar este ponto: a discordância do agravante com a força tarefa já foi objeto de ação indenizatória, julgada improcedente pelo Juízo cível. Rejeito, pois, a suspeição.

V. Da ausência de correlação entre a denúncia e a sentença

In casu, não se cogita de ofensa ao princípio da correlação ou da congruência, porquanto o réu foi condenado por crime de corrupção passiva envolvendo três contratos da Petrobras descritos na denúncia, na qual restou consignado que a titularidade do triplex jamais foi a ele transferida, com vistas a ocultar e dissimular a propriedade. Conforme o anteriormente exposto, sempre foi atribuída ao réu a propriedade de fato do imóvel, jamais a sua titularidade formal, e a condenação por lavagem decorreu dos atos perpetrados na tentativa de dissimular ou esconder a origem espúria do bem, tendo ele sido condenado nos moldes da denúncia.

VI. Da violação à ampla defesa

Conforme a jurisprudência desta Corte Superior, o juiz é o destinatário final da prova, podendo indeferir requerimento que julgue ser protelatório. Nesse sentido: “não se acolhe alegação de nulidade por cerceamento de defesa, em função do indeferimento de diligências requeridas pela defesa, pois o magistrado, que é o destinatário final da prova, pode, de maneira fundamentada, indeferir a realização daquelas que considerar protelatórias ou desnecessárias ou impertinentes” (REsp 1.519.662/DF, Rel. Ministra *Maria Thereza de Assis Moura*, Sexta Turma, DJe 1º/9/2015)” (AgRg no AREsp 1.035.285/ES, Rel. Ministro *Nefi Cordeiro*, Sexta Turma, julgado em 4/9/2018, DJe 13/9/2018).

Anote-se, por oportuno, que a defesa já impetrou *writ* pugnando pela anulação do feito em razão do indeferimento da produção de provas, sem êxito (HC 390.433/PR, Rel. Ministro *Felix Fischer*, DJe 7/4/2017).

De fato, o Processo Penal é regido pelo princípio extraído do brocardo *pas de nullité sans grief* e, por consectário, o reconhecimento de nulidade, mesmo absoluta, exige a demonstração do prejuízo (CPP, art. 563), o que não restou comprovado na espécie dos autos. Ressalte-se que a posterior condenação do réu, por si só, não permite concluir que a negativa da produção de prova requerida pela defesa tenha causado obstáculo ao exercício do seu direito de defesa.

De mais a mais, na via eleita, perquirir acerca de prejuízo à defesa, afastado pelas instâncias ordinárias e não demonstrado pelo recorrente, incidiria no impeditivo da Súmula 7 desta Corte, que veda o reexame do conjunto fático-probatório dos autos. Veja-se, a propósito:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Policial militar. Corrupção passiva. Nulidades. Ofensa ao juiz natural. Direito ao silêncio. Prejuízo não demonstrado. Inversão do ônus da prova. Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça - STJ. Provas ilícitas. Prejudicado o exame da questão. Agravo regimental desprovido.

1. O Tribunal de origem manifestou-se no mesmo sentido desta Corte, no sentido de que o princípio da especialidade, não se aplica o disposto no Código de Processo Penal comum havendo regramento diverso na legislação castrense, de modo que não há falar em violação ao princípio da identidade física do juiz (AgRg no AREsp 515.612/SP, Rel. Ministro *Jorge Mussi*, *Quinta Turma*, DJe 23/3/2018).

2. Ao apelante foi dada a oportunidade de falar já nos debates orais, o que efetivamente ele fez, dando sua versão sobre o ocorrido, bem como não ficou privado de sustentar suas tese defensivas, não ocorrendo as violações alegadas.

3. Firme nesta Corte o entendimento no sentido de que, para a ocorrência de nulidade deve haver efetiva demonstração de prejuízo, o que efetivamente não ocorreu.

4. *No que tange à alegada nulidade pelo indeferimento de produção de provas e pela alegada inversão no ônus da prova, o acolhimento da pretensão recursal demandaria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que não se viabiliza em recurso especial a teor do verbete n. 7 da Súmula do STJ.*

5. Prejudicado o exame referente à nulidade pela utilização de provas obtidas por meio ilícito, quais sejam, as interceptações telefônicas, pois já foi objeto

de decisão no julgamento do HC n. 314.847/SP, com trânsito em julgado em 1º/10/2018.

6. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 793.303/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 5/2/2019, DJe 13/2/2019, grifou-se).

VII. Desprezo às provas de inocência

Ao contrário do alegado pela defesa, da leitura da sentença, percebe-se que o Magistrado de 1º grau analisou detidamente as teses da defesa e do *Parquet*, tendo reconhecido a materialidade e autoria delitivas com base no conjunto fático-probatório. Ademais, foi consignado que as duas versões apresentadas pela defesa em relação dos crimes de corrupção passiva e lavagem são inconsistentes e não encontram suporte nas provas produzidas nos autos. Maiores incursões sobre o tema, por consectário, exigiriam reexame de provas, providência não admitida no julgamento de recurso especial (Súmula 7/STJ).

VIII. Do chamamento do corréu

Descabe falar que a condenação se baseou, exclusivamente, no depoimento do corréu José Adelmário Pinheiro, Filho já que existem elementos de prova aptos a corroborar tal prova oral. Por certo, não é possível que a condenação seja baseada apenas na palavra do delator, segundo o entendimento do STF e STJ, contudo, a delação do corréu pode ser valorada na formação da convicção do julgador, máxime nos chamados crimes de colarinho branco e naqueles praticados no âmbito de organização criminosa, os quais são praticados na clandestinidade, sendo, muitas vezes, a palavra de um dos envolvidos decisiva para a elucidação dos fatos.

No caso concreto, o depoente, durante sua ouvida, apenas manifestou a sua intenção de firmar acordo de delação premiada, sendo que naquele momento não haviam sido iniciadas as tratativas do acordo com o MPF. Além disso, percebe-se que o Magistrado alertou o réu de que, se ele mentisse, restaria configurada a prática do crime de denúncia caluniosa. Ademais, a defesa impugnou os depoimentos em sede de alegações finais e no bojo do apelo, além de ter estado presente durante a ouvida do réu, sendo-lhe permitido formular perguntas e contestar as suas declarações. Por fim, o simples fato de o Colegiado de origem ter-se valido do depoimento do delator para dirimir possíveis dúvidas quanto à autoria e à materialidade delitivas não obriga a repetição da ouvida do corréu pelo Tribunal, não se cogitando de violação do art. 196 do Código de Processo Penal e do vetusto art. 606 do mesmo diploma legal.

IX. Da corrupção virtual

Ao contrário do deduzido nas razões recursais, não se trata de corrupção virtual. Isso porque, embora tenha reconhecido a inexistência de transferência formal da propriedade e da posse do imóvel pela OAS para o ex-Presidente da República e sua falecida esposa, o Colegiado de origem afirmou que eles eram proprietários de fato do triplex, tendo a OAS descontado da “conta corrente das propinas do PT” a diferença entre o valor pago pelo casal pela aquisição de imóvel 141 e o preço do apartamento 164-A, no Condomínio Solaris, no Guarujá, no montante de R\$ 1.147.770,96, conforme cálculos do item 634 dos autos, além dos valores gastos na reforma e personificação do imóvel.

X. Da falta de ato de ofício

Não assiste razão ao recorrente, porquanto, no crime de corrupção passiva, não se exige que o ato de ofício seja executado, retardado, omitido ou antecipado, sendo suficiente que o réu tenha o poder de praticá-lo. Admite-se até mesmo que o agente cometa o crime ainda que fora da função ou antes de assumir (CP, art. 317, *caput*).

Quanto à desnecessidade do ato de ofício, confirmam-se os recentes julgados:

Recurso especial. Direito Penal e Processual Penal. Imputação de corrupção ativa a um dos recorridos. Imputação de corrupção passiva aos outros dois. Absolvção dos três recorridos nas instâncias ordinárias. Pedido ministerial de condenação. Inviabilidade quanto ao recorrido acusado de corrupção ativa. Exigência explícita, no tipo penal, de “ato de ofício”. Viabilidade quanto aos recorridos acusados do crime de corrupção passiva. Expressão “em razão dela” que não pode ser equiparada a “ato de ofício”. Possibilidade de condenação ainda que as ações ou omissões indevidas não estejam dentro das atribuições formais do funcionário público. Recurso especial parcialmente provido, para condenar os réus que foram denunciados por corrupção passiva.

1. Hipótese em que um dos réus foi absolvido da prática do crime de corrupção ativa (art. 333 do Código Penal) e os outros dois foram absolvidos da prática do crime de corrupção passiva (art. 317 do CP).

2. Ao contrário do que ocorre no crime de corrupção ativa, o tipo penal de corrupção passiva não exige a comprovação de que a vantagem indevida solicitada, recebida ou aceita pelo funcionário público esteja causalmente vinculada à prática, omissão ou retardamento de “ato de ofício”.

3. A expressão “ato de ofício” aparece apenas no *caput* do art. 333 do CP, como um elemento normativo do tipo de corrupção ativa, e não no *caput* do art. 317

do CP, como um elemento normativo do tipo de corrupção passiva. Ao contrário, no que se refere a este último delito, a expressão “ato de ofício” figura apenas na majorante do art. 317, § 1º, do CP e na modalidade privilegiada do § 2º do mesmo dispositivo.

4. Nem a literalidade do art. 317 do CP, nem sua interpretação sistemática, nem a política criminal adotada pelo legislador parecem legitimar a ideia de que a expressão “em razão dela”, presente no tipo de corrupção passiva, deve ser lida no restrito sentido de “ato que está dentro das competências formais do agente”.

5. Não é lícito ao intérprete simplesmente pressupor que, no crime de corrupção passiva, o legislador praticou alguma sorte de atecnia, ou que falou menos do que desejava, ou que é possível “deduzir” do dispositivo a exigência de ato de ofício, como se ali estivesse uma limitação implícita ao poder-dever de punir. Ao contrário, a redação do dispositivo constitui nítida opção legislativa direcionada a ampliar a abrangência da incriminação por corrupção passiva, quando comparada ao tipo de corrupção ativa, a fim de potencializar a proteção ao aspecto moral do bem jurídico protegido, é dizer, a probidade da Administração Pública.

6. *A desnecessidade de que o ato pretendido esteja no âmbito das atribuições formais do funcionário público fornece uma visão mais coerente e íntegra do sistema jurídico. A um só tempo, são potencializados os propósitos da incriminação - referentes à otimização da proteção da probidade administrativa, seja em aspectos econômicos, seja em aspectos morais - e os princípios da proporcionalidade e da isonomia. Exigir nexos de causalidade entre a vantagem e ato de ofício de funcionário público levaria à absurda consequência de admitir, por um lado, a punição de condutas menos gravosas ao bem jurídico, enquanto se nega, por outro, sanção criminal a manifestações muito mais graves da violação à probidade pública: “o guarda de trânsito que pede dinheiro para deixar de aplicar uma multa seria punível, mas o senador que vende favores no exercício do seu mandato passaria impune” (STF, Voto do Ministro **Luís Roberto Barroso** no Inq 4.506/DF, p. 2.052).*

7. *O âmbito de aplicação da expressão “em razão dela”, contida no art. 317 do CP, não se esgota em atos ou omissões que detenham relação direta e imediata com a competência funcional do agente. O crime de corrupção passiva não exige nexos causal entre a oferta ou promessa de vantagem indevida e eventual ato de ofício praticável pelo funcionário público. O nexos causal a ser reconhecido é entre a mencionada oferta ou promessa e eventual facilidade ou suscetibilidade usufruível em razão da função pública exercida pelo agente.*

8. *O crime de corrupção passiva consuma-se ainda que a solicitação ou recebimento de vantagem indevida, ou a aceitação da promessa de tal vantagem, esteja relacionada com atos que formalmente não se inserem nas atribuições do funcionário público, mas que, em razão da função pública, materialmente implicam alguma forma de facilitação da prática da conduta almejada.*

9. No caso, irrelevante, para a consumação do crime de corrupção passiva, o fato de que aos Recorridos não competia, à época dos fatos, a prática de função inerente ao controle imigratório no Aeroporto Internacional de São Paulo/SP. Mostra-se suficiente à configuração do delito a constatação, presente no acórdão impugnado - e, por conseguinte, imune ao reexame de fatos e provas -, de que "exerciam a função de auxiliar de serviços gerais em empresa concessionária do uso de área destinada a carga e descarga de aeronaves no Aeroporto Internacional de São Paulo", e de que, em razão dessa função, aceitaram "proposta de vantagem indevida para que auxiliassem o ingresso irregular de estrangeiro em território nacional".

10. Recurso parcialmente provido para, por um lado, manter a absolvição do Réu acusado por corrupção ativa, e, por outro, condenar os Corréus acusados por corrupção passiva, com determinação de retorno dos autos ao Tribunal de origem para que proceda à dosimetria da pena. (REsp 1.745.410/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Rel. p/ Acórdão Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 2/10/2018, DJe 23/10/2018, grifou-se).

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Corrupção passiva. Crime formal. Atipicidade da conduta. Inocorrência. Insurgência improvida.

1. *Esta Corte Superior de Justiça firmou a compreensão de que o crime de corrupção passiva possui natureza formal e independe de resultado, razão pela qual não exige a prática de ato de ofício, o que afasta a alegação quanto à necessidade de que o agente detenha competência funcional específica para a prática do ato.*

2. *Na hipótese, restou devidamente demonstrado pelo contexto fático produzido em juízo que o agravante, aproveitando-se do cargo de agente responsável pela organização dos atendimentos aos requerentes dos processos de anistia, participava de esquema que privilegiava algumas pessoas, fazendo as tratativas do ato criminoso e recebendo vantagem indevida para tanto, conduta que se subsume às elementares do tipo descrito no art. 317 do Código Penal, não havendo como afastar as conclusões do Tribunal Regional sem adentrar na seara fático-probatória dos autos, em razão do óbice da Súmula 7/STJ.*

Pena-base. Fixação acima do mínimo legal. Fundamentação idônea. Ausência de ilegalidade na decisão impugnada.

1. A ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não é uma operação aritmética, mas sim um exercício de discricionariedade vinculada, devendo o magistrado eleger a sanção que melhor servirá para a prevenção e repressão do fato-crime praticado, exatamente como realizado na espécie.

2. Na hipótese, a decisão agravada, em observância ao princípio da individualização da pena, manteve a sanção inicial estabelecida na origem, considerando que "diversos estrangeiros burlaram as filas e procedimentos de agendamento, em nítido prejuízo aos demais requerentes da anistia" de forma que "em razão da sua conduta, inúmeros alienígenas foram indevidamente

agraciados com benefícios previstos na Lei de Anistia”, fundamentos que imprimem maior reprovabilidade à conduta imputada, justificando o aumento procedido, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior.

Pretendido afastamento da continuidade delitiva. Requisitos objetivos e subjetivos do artigo 71 do Código Penal atendidos. Reexame de matéria fático-probatória. Impossibilidade. Recurso improvido.

1. Para a caracterização da continuidade delitiva é imprescindível o preenchimento dos requisitos previstos no artigo 71 do Código Penal, quais sejam, cometimento de crimes da mesma espécie, perpetrados nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, devendo os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro. Precedentes.

2. Hipótese em que, da análise do contexto probatório, o magistrado singular reconheceu a existência de continuidade delitiva entre os crimes, em razão de os fatos terem ocorrido nas mesmas condições de tempo, lugar e modo, o que foi devidamente descrito pelo órgão ministerial na inicial acusatória e comprovado nos autos.

3. Para se concluir de forma diversa, no sentido de que não se trataria de reiteração delitiva, seria imprescindível o reexame do conjunto fático-probatório, providência inviável de ser adotada no âmbito do presente remédio constitucional, diante da celeridade do seu rito procedimental.

4. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 1.292.332/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 13/11/2018, DJe 22/11/2018, grifou-se).

Por sua vez, a Convenção da Nações Unidas contra a Corrupção prevê, em seu art. 3º, que “para a aplicação da presente Convenção, a menos que contenha uma disposição em contrário, não será necessário que os delitos enunciados nela produzam dano ou prejuízo patrimonial ao Estado”.

De outro lado, o Código Penal estabelece que “a pena é *aumentada de um terço*, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional” (CP, art. 317, § 1º).

No caso, depreende-se da sentença ter sido reconhecida a prática de ato de ofício do ex-Presidente - correspondente à nomeação e ao suporte político dado ao esquema de fraudes da Petrobras -, tanto assim que foi determinada a incidência da causa de aumento do art. 317, § 1º, do CP.

XI. Da inexistência de vantagem indevida

Ao contrário do alegado nas razões recursais, foi reconhecida a existência de prova da percepção de vantagem indevida pelo réu. O simples fato de não ter

havido a transferência formal da propriedade e da posse do imóvel não permite concluir que o réu não obteve qualquer proveito espúrio, já que tal fato, nos termos do quanto foi apurado pelas instâncias ordinárias, caracterizaria o intuito de ocultar e dissimular a propriedade de fato do bem.

E para desconstituir a conclusão das instâncias ordinárias seria necessário promover o exame detido dos elementos de convicção amealhados nos autos, o que não se admite em sede de recurso especial (Súmula 7/STJ).

XII. Da falta absoluta de provas

Conforme reconhecido pelas instâncias ordinárias, as provas produzidas durante a persecução penal denotam a materialidade e autoria delitivas, não sendo admissível desconstituir tal conclusão em sede de recurso especial.

Decerto, “a reforma do julgado com o intuito de se acolher o pleito defensivo de absolvição exigiria o revolvimento do material fático-probatório dos autos, providência vedada na via eleita ante o óbice da Súmula n. 7/STJ” (AgRg no REsp 1.465.517/SC, Rel. Ministro *Jorge Mussi*, *Quinta Turma*, julgado em 26/9/2017, DJe 2/10/2017).

XIII. Da inexistência de lavagem

O crime de corrupção é antecedente ao de lavagem de dinheiro, sendo descabido falar em absorção ou consunção do segundo delito pelo primeiro, pois, *in casu*, restou demonstrada a autonomia entres as condutas, não se tratando de mero exaurimento do delito anterior.

Isso porque, além dos elementos do crime do art. 317 do CP, foram descritos atos complexos e sucessivos, perpetrados entre 2009 e 2014, destinados a dissimular e ocultar a vantagem indevida percebida pelo sentenciado, o que demonstra a utilização de mecanismo mais complexo para garantir a desvinculação e o afastamento do valor de sua origem ilegal, a fim de que a vantagem indevida pudesse ser usufruída.

Tal entendimento, inclusive, foi adotado em outros processos da Operação Lavajato:

[...] III - A consunção consiste em um dos princípios adotados para resolução do conflito aparente de normas, o qual, na dicção da Doutrina, tem aplicação nas seguintes hipóteses: “a) quando um crime é meio necessário ou normal fase de preparação ou de execução de outro crime; b) nos casos de antefato e pós-fato

impuníveis” (GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Parte Geral. Vol. I. Impetus. Rio de Janeiro. 17ª ed. 2015. p. 78).

IV - No caso em mesa, a autonomia de cada delito foi devidamente fundamentada, de modo que, a partir do conjunto probatório produzido nos autos, restou afastada a possibilidade de absorção do delito de lavagem de dinheiro pelo crime de corrupção passiva.

V - Não há como se conceber que, a partir da valoração jurídica dos fatos e das provas produzidas, seja possível reconhecer a almejada concussão entre os delitos, notadamente porque, conforme exaustivamente fundamentado pelas instâncias ordinárias, não foi o “mero recebimento indireto de valores” que configurou o crime de lavagem de dinheiro, mas sim a entrega da propina “por meio de esquema criado especificamente para ocultar a origem dos valores”.

VI - Se a prova produzida nos autos evidencia que cada crime foi cometido por meio de uma ação ou omissão distinta, não há como fazer incidir, aos fatos apurados na origem, a regra do art. 70 do Código Penal. Rever o entendimento das instâncias ordinárias para reconhecer a figura do concurso formal, na forma em que pleiteada pela Defesa, demandaria, necessariamente, amplo reexame do acervo fático-probatório, procedimento incompatível com o *mandamus*.

Agravo regimental desprovido. (AgRg no AgRg no HC 450.501/PR, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 18/10/2018, DJe 23/10/2018).

Ademais, quanto ao tema, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, à unanimidade de votos, indeferiu a ordem no *habeas corpus* impetrado em favor Eduardo Cosentino da Cunha, tendo rechaçado o pleito de reconhecimento da consunção entre os crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro, por entender que a existência de atos autônomos caracteriza a prática dos delitos do art. 317 do Código Penal e do art. 1º da Lei n. 9.613/1998 (STF, HC 165.036, Rel. Ministro *Edson Fachin*, julgado em 9/4/2019).

Importa destacar, ainda, que afastar a conclusão das instâncias ordinárias seria necessário revolver o contexto fático-probatório dos autos, providência que não se coaduna com a via do recurso especial, conforme a dicção da Súmula 7/STJ.

XIV. Da dosimetria

Quanto ao delito de corrupção passiva, a defesa sustenta não ter sido deduzida motivação concreta para o incremento da pena-base pela valoração negativa da culpabilidade do agente, assim como das circunstâncias, dos motivos e das consequências do crime.

Da leitura dos autos, depreende-se que o Magistrado de primeiro grau, na 1ª fase da dosimetria, reconheceu como desfavoráveis a culpabilidade do agente, assim como as circunstâncias e as consequências do crime, tendo definido a pena-base em 5 anos de reclusão.

A Corte de origem, no ponto, desproveu o recurso defensivo de fixação da pena-base no piso legal, tendo, porém, dado provimento ao apelo interposto pelo *Parquet*, a fim de valorar negativamente os motivos do crime, o que ensejou o incremento da básica para 7 anos e 6 meses de reclusão.

Como cediço, a individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo aos Tribunais Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades.

A culpabilidade, para fins do art. 59 do CP, deve ser compreendida como o juízo de reprovabilidade da conduta, ou seja, o menor ou o maior grau de censura do comportamento do réu, não se tratando de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade, para que se possa concluir pela prática ou não de delito.

No caso, o fato de o recorrente ter-se utilizado de seu poder político e do prestígio próprios ao cargo de Presidente da República para obter vantagens ilícitas em transações realizadas por empresas privadas junto a órgãos da Administração Pública constitui um *plus* de reprovação da conduta, devendo, assim, ser mantido o incremento da pena-base a título de culpabilidade. No ponto:

Agravo regimental no recurso especial. Penal e Processual Penal. Concessão de vantagem em processo licitatório. Art. 92 da Lei n. 8.666/93. Dosimetria da pena. Prefeito. Cargo de honrosa função. Valoração negativa da culpabilidade. Necessidade. Agravo desprovido.

1. A elementar do cargo público ocupado pelo réu (prefeito) é circunstância importante na maior reprovação da conduta, dada a lisura e ética que se espera de um representante do interesse público, devendo, tal como ocorreu na hipótese, valorar-se negativamente a circunstância judicial relativa à culpabilidade.

2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1.704.577/GO, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 6/12/2018, DJe 17/12/2018, grifou-se).

[...] Dosimetria. Pena-base fixada acima do mínimo legal ante a culpabilidade do réu. Maior reprovabilidade dos delitos. Crimes praticados na condição de

Chefe de Autarquia Estadual. Fundamento idôneo para a majoração procedida. Ilegalidade inexistente.

1. Na espécie, a culpabilidade aferida pelas instâncias de origem não foi aquela em sentido estrito - elemento integrante da estrutura do crime, em sua concepção tripartida -, mas sim a no sentido lato, isto é, a reprovação social que o crime e o seu autor merecem pela conduta criminosa praticada, o que constitui fundamento idôneo para o aumento da pena na primeira etapa da dosimetria.

2. O fato de o paciente haver cometido os delitos de concussão e corrupção passiva quando exercia o cargo de Diretor Presidente do PROCON/ES denota maior gravidade das condutas que lhe foram assestadas, justificando o incremento da sua reprimenda básica. Precedentes.

3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 382.628/ES, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 27/11/2018, DJe 5/12/2018, grifou-se).

[...] 13. Mostra-se legítima a exasperação da pena-base pela culpabilidade em razão da relevância do cargo público de Chefe de Gabinete do Governador - não se confundindo com a elementar funcionário público do tipo penal -, bem como por se tratar de advogado, circunstâncias que denotam maior reprovabilidade de sua conduta.

14. Cabível a exasperação da pena-base pelo exercício do cargo de Presidente de Assembleia Legislativa, à época dos fatos, por extrapolar as elementares do tipo penal.

[...]

16. Não há desproporcionalidade na exasperação da pena-base em 1/6 para cada circunstância judicial desfavorável, considerando-se as penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito de peculato-furto.

17. Embargos de declaração de *Raimundo* conhecidos como agravo regimental e agravos regimentais improvidos e indeferido o pedido de tutela provisória de fls. 6.717/6.724. (AgRg no AREsp 1.035.285/ES, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 4/9/2018, DJe 13/9/2018, grifou-se).

Por outro lado, as circunstâncias do crime devem ser entendidas como os aspectos objetivos e subjetivos de natureza accidental que circundam a conduta criminosa. No caso, o *modus operandi* do crime, que envolveu o repasse de 16 milhões de reais ao Partido dos Trabalhadores, dentro de um contexto criminoso no qual foram praticadas sucessivas fraudes em licitações e em contratos da Petrobras, especialmente em relação àqueles firmados com a OAS, demanda a valoração negativa da vetorial “circunstâncias do crime”.

Em relação às consequências do crime, as quais correspondem ao resultado da ação do agente, a avaliação negativa de tal circunstância judicial mostra-se

escorreita se o dano material ou moral causado ao bem jurídico tutelado se revelar superior ao inerente ao tipo penal. Na hipótese, o Magistrado asseverou que o crime praticado pelo réu causou prejuízo milionário à Petrobras, o que desborda do dano próprio ao tipo penal em análise, sem que seja vislumbrada ilegalidade no aumento da pena-base.

Nesse sentido:

[...] - A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

- *Muito embora o legislador, quando da cominação das penas referentes a delitos praticados contra a Administração Pública, já tenha previsto a ocorrência de algum prejuízo aos cofres públicos, a Terceira seção desta Corte vem entendendo ser possível o agravamento da pena-base com fundamento no prejuízo sofrido pelos cofres públicos, nos delitos contra a ordem tributária e contra a Administração Pública, quando o valor do prejuízo representa montante elevado, dada a maior reprovabilidade da conduta.*

- Na hipótese, todavia, resulta patente que a circunstância judicial das consequências do crime foi indevidamente valorada, devendo a pena-base ser fixada no mínimo legal, uma vez que as instâncias ordinárias não apontaram, concretamente, a ocorrência de dano especialmente grave ao erário [...] (HC 430.902/MG, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 14/8/2018, DJe 24/8/2018, grifou-se).

[...] V - O prejuízo patrimonial suportado pelo estado-administração - R\$ 600.000,00 -, com a indevida compensação de débitos de terceiros decorrente da conduta da paciente se mostra elevado e altamente prejudicial aos cofres públicos, ultrapassando, desse modo, à normalidade do tipo, restando fundamentada em elementos concretos a valoração negativa das consequências do crime.

Habeas corpus não conhecido. (HC 414.548/RJ, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 19/4/2018, DJe 26/4/2018, grifou-se).

[...] 5. O prejuízo expressivo constitui fundamento idôneo ao desvalor das consequências do delito, sobretudo se se considerar que o crime do parágrafo único do art. 4º, da Lei 7.492/86, não exige, para a sua consumação, qualquer resultado naturalístico, bastando o agir voluntário em desacordo com as regras da administração da instituição financeira.

6. *Habeas corpus* não conhecido, mas concedida a ordem de ofício para reduzir as penas do paciente a 4 anos e 3 meses de reclusão, em regime semiaberto, e 135

dias-multa. (HC 317.330/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 15/12/2016, DJe 3/2/2017, grifou-se).

Ainda, “consoante entendimento deste Superior Tribunal de Justiça, o crime de corrupção passiva possui natureza formal, consumando-se com a aceitação ou solicitação de vantagem indevida. [...] O efetivo recebimento da vantagem (valores referentes à parcela de benefício previdenciário de segurado) caracteriza exaurimento do crime, o que autoriza a elevação da pena-base pelo exame desfavorável do vetor consequências do delito” (REsp 1.757.065/SP, Rel. Ministro *Jorge Mussi*, *Quinta Turma*, julgado em 11/12/2018, DJe 5/2/2019)

No que diz respeito aos motivos, tal circunstância judicial somente poderá ser reconhecida como desabonadora caso não integre o tipo penal e não configure agravante ou atenuante ou, ainda, causa de aumento ou diminuição de pena. *In concreto*, deve ser mantido o aumento da básica, considerando que o ora recorrente não agiu movido apenas pela busca de lucro fácil, mas, também, conforme assinalou o Tribunal de origem, com a finalidade de garantir “a governabilidade e perpetuação no poder do partido governista, possibilitada por meio da distribuição de cargos entre partidos políticos objetivando a formação da base aliada e a arrecadação de fundos para campanhas políticas” (e-STJ, fl. 73.312).

Diante desse contexto, não se verifica ilegalidade na valoração negativa das quatro circunstâncias judiciais, conforme o disposto no acórdão ora recorrido. Porém, a redução do patamar de exasperação a 9 meses por cada uma delas se revela mais compatível com a gravidade do crime. Por certo, pena inferior não atenderia à finalidade retributiva da pena, assim como a de prevenção geral e especial, máxime se considerado o intervalo de apenamento estabelecido no preceito secundário do tipo incriminador, no qual é estabelecida pena de 2 a 10 anos de reclusão.

Com efeito, diante do silêncio do legislador, a doutrina e a jurisprudência passaram a definir parâmetros para a fixação do *quantum* de aumento da pena-base, na tentativa de evitar possíveis excessos, tendo em vista a maior discricionariedade do julgador no procedimento dosimétrico. Importa destacar, porém, ser plenamente possível promover aumento da pena em patamar superior desde que seja declinada motivação concreta para tanto, já que tal critério é meramente indicativo e não vinculante. Nesse sentido:

[...] A análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos para cada uma delas a ponto de ensejar uma operação

aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito. AgRg no REsp n. 143.071/AM, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 6/5/2015).

[...] Aos tribunais superiores, no exame da dosimetria das penas, em grau recursal, compete somente o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, com a correção apenas de eventuais decisões teratológicas e arbitrárias, que violem frontalmente dispositivo constitucional [...]. (STF, AgR no ARE n. 938.357/AL, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 14/6/2016).

Feitas tais considerações, passa-se à nova dosimetria da pena do crime de corrupção passiva.

Conforme o acima exposto, a pena-base deve ser fixada em 5 anos de reclusão, ante a presença de 4 vetoriais negativas a serem sopesadas, com o aumento de 9 meses por cada uma delas. Em seguida, deve-se reduzir a reprimenda no patamar de 1/6, fixada pelo Tribunal de origem, considerando a incidência da atenuante prevista no art. 65, I, do CP, chegando-se a 4 anos e 2 meses de reclusão. Observe-se que, se não se aplicasse tal fração de redução (1/6), esta Corte Superior incorreria em *reformatio in pejus*. Por fim, em razão da causa de aumento do art. 317, § 1º, do CP, cuja incidência implica majoração da pena na fração de 1/3, tem-se a pena de 5 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, que, em razão da proporcionalidade, implica a redução da pena pecuniária a 35 dias-multa.

Lado outro, *no que tange ao crime de lavagem de dinheiro*, o Magistrado processante limitou-se a sopesar uma das circunstâncias judiciais como desfavorável, a saber, a culpabilidade.

O Tribunal *a quo*, a seu turno, deu parcial provimento ao apelo ministerial, tendo valorado, ainda, como desfavoráveis as circunstâncias e as consequências do crime.

A culpabilidade, de acordo com o já exposto na análise da dosimetria do crime de corrupção passiva, revela grau de reprovação superior à que é ínsita ao crime de lavagem, notadamente em virtude da natureza do cargo exercido pelo réu, uma vez que o “branqueamento” tinha como objetivo mascarar a origem espúria de valores originários de delito anterior de crime de corrupção passiva, que fora perpetrado por ex-chefe do Poder Executivo Federal.

Deveras, no momento da fixação da pena, a definição do índice de censura da ação ou omissão do réu se mostra essencial especialmente na hipótese de

coautoria, com vistas a garantir que cada agente seja condenado no limite da sua culpabilidade (CP, art. 29). Para tanto, levam-se em conta as condições pessoais do réu, ainda que se trate de crime próprio ou de mão própria. Quanto ao tema, os seguintes precedentes do Supremo Tribunal Federal:

[...] 1. À luz do disposto no art. 59 do Código Penal, é válida a exasperação da pena-base quando, em razão da aferição negativa da culpabilidade, extrai-se maior juízo de reprovabilidade do agente diante da conduta praticada.

2. *No crime de concussão, previsto no art. 316 do Código Penal, embora a condição de funcionário público integre o tipo penal, não configura bis in idem a elevação da pena na primeira fase da dosimetria quando, em razão da qualidade funcional ocupada pelo agente, exigir-se-ia dele maior grau de observância dos deveres e obrigações relacionados ao cargo que ocupa.*

3. Tendo em vista a condição de policial civil do agente, “a quebra do dever legal de representar fielmente os anseios da população e de quem se esperaria uma conduta compatível com as funções por ela exercidas, ligadas, entre outros aspectos, ao controle e à repressão de atos contrários à administração e ao patrimônio público, distancia-se, em termos de culpabilidade, da regra geral de moralidade e probidade administrativa imposta a todos os funcionários públicos.” (RHC 132.657, Rel. Ministro Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 16/2/2016, DJe-039).

4. Ordem denegada. (HC 132.990, Rel. Ministro Luiz Fux, Relator(a) p/ Acórdão: Ministro Edson Fachin, Primeira Turma, julgado em 16/8/2016, Processo Eletrônico DJe-138 divulg 22/6/2017 public 23/6/2017).

[...] 9. *Circunstâncias desfavoráveis. Consequências graves. Culpabilidade elevada. Condenado é pessoa de destaque na comunidade, com projeção nacional. É pessoa na qual a sociedade deposita grande confiança e da qual muito espera. Pessoa que tinha plenas condições de portar-se de acordo com o direito. Pessoa de quem se espera exemplo. Ao praticar os crimes em questão, no exercício do mandato popular, o réu traiu completamente essas expectativas.* 10. Declarada extinta a punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva, em relação ao crime do art. 288 do CP – associação criminosa –, na forma do art. 109, IV, do CP. Ação penal julgada procedente em parte para: (i) *Absolver* o réu da acusação da prática do crime do art. 1º da Lei 9.613/98, na forma do art. 386, III, do CPP; (ii) *Condenar* o réu pela prática do crime do art. 31.7, § 1º, do CP, por 21 vezes, na forma do art. 71 do CP, às penas de seis anos e dez meses e seis dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, e 340 dias-multa, correspondentes a um salário mínimo vigente na época dos fatos cada. (AP 644, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 27/2/2018, Acórdão Eletrônico DJe-051 divulg 15/3/2018 public 16/3/2018).

Mais: tratando-se de circunstância judicial de ordem subjetiva, que diz respeito ao próprio réu e não às condições, às consequências e à motivação da conduta, é admissível a valoração distinta do grau de culpabilidade de corréus condenados pela prática de um mesmo crime, como corolário dos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.

A contrario sensu, “se a análise concreta da hipótese sob julgamento revelar, como no caso do embargante, que as circunstâncias judiciais relativas a um réu, especialmente as consideradas desfavoráveis, são semelhantes às de outro corréu, nenhuma alternativa resta ao julgador senão registrar essa similitude, já que ambos se encontram na mesma situação” (AP 470 EDj-décimos terceiros, Rel. Ministro *Joaquim Barbosa*, *Tribunal Pleno*, julgado em 5/9/2013, Acórdão Eletrônico DJe-200 divulg 9/10/2013 public 10/10/2013).

Quanto ao *modus operandi*, a pluralidade de atos de branqueamento destinados à dissimulação da propriedade de fato de imóvel, assim como à sua reforma e à aquisição de mobiliário, perpetrados durante 5 anos, não constitui fundamento válido para a valoração negativa das circunstâncias do crime, pois as manobras descritas na sentença são próprias ao tipo penal do art. 1º da Lei n. 9.613/1998, no qual são invariavelmente realizadas diversas transações na tentativa de distanciar ao máximo o ativo de sua origem ilícita. Nada permite concluir que a lavagem de dinheiro em exame seja dotada de sofisticação superior à necessária para a configuração do delito, devendo, portanto, ser decotado o aumento promovido no julgamento do apelo ministerial.

No que toca às consequências do crime, da leitura do voto condutor do acórdão recorrido infere-se não ter sido declinada qualquer motivação para o incremento da pena. Repita-se: considerações vagas despidas de embasamento fático ou, ainda, que correspondam a elementos constitutivos do crime, não servem de fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal. De igual modo, um mesmo fundamento não permite a valoração negativa de duas circunstâncias judiciais, por configurar indevido *bis in idem*.

Nesse diapasão, considerando a presença de apenas uma vetorial desfavorável, deve ser restabelecida a pena-base definida na sentença condenatória, a qual restou fixada em 4 anos de reclusão.

Evidenciada ilegalidade na 1ª fase da dosimetria, passa-se à nova individualização da pena.

Conforme o acima consignado, a pena-base deve ser definida em 4 anos de reclusão, dada a maior censurabilidade do agir do sentenciado. Em seguida, a

reprimenda merece ser reduzida em 1/6, considerando a incidência da atenuante do art. 65, I, do CP, chegando-se a 3 anos e 4 meses de reclusão. À minguia de circunstâncias legais a serem sopesadas na etapa derradeira da dosimetria, deve a pena ser consolidada em *3 anos e 4 meses de reclusão*, ficando, portanto, restabelecido o *quantum* fixado na sentença condenatória. De igual modo, por ser proporcional, deve ser estabelecida a pena pecuniária de *15 dias-multa*.

Por fim, pelo concurso material (CP, art. 69), devem ser somadas as penas do crime de lavagem de dinheiro (3 anos e 4 meses de reclusão e 15 dias-multa) e aquela correspondente ao crime de corrupção passiva (5 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão e 35 dias-multa), ficando definida a pena em *8 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão e 50 dias-multa*, o que corresponde ao patamar definido na sentença condenatória.

XV. Da pena de multa

Insurge-se o recorrente contra o valor unitário do dia-multa estabelecido pelas instâncias ordinárias.

Inicialmente, a teor do art. 60, *caput*, do CP, o julgador, após definir a quantidade de dias-multa, deverá atribuir o seu valor unitário, levando em conta a situação econômica do sentenciado.

No caso, o valor do dia-multa foi fixado em 5 salários mínimos, o que corresponde ao patamar máximo estabelecido na regra geral do art. 49 do CP, sem ter sido promovida a exasperação até o triplo prevista no art. 60 do mesmo diploma legal. Para tanto, o julgador levou em conta a declaração de imposto de renda do réu, na qual ele declarou ter recebido, apenas no exercício fiscal de 2016, R\$ 952.814,00 em lucros e dividendos da LILS Palestras.

Nesse passo, descabe falar em violação do art. 60, *caput*, do CP, pois a fixação do valor unitário do dia-multa baseou-se na capacidade econômica do réu. De qualquer modo, maiores incursões sobre o tema demandariam revolvimento fático-probatório, o que não se coaduna com a via do recurso especial. A propósito do tema:

Penal e Processo Penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Estelionato. Indevida exasperação da pena-base. Veto culpabilidade devidamente fundamentado. Multa. Valor unitário. Prestação pecuniária. Valor majorado pelo Tribunal *a quo*. Pretensão de redução. Reexame de matéria fático-probatória. Súmula 7/STJ.

I - A elevação da pena com base na apreciação negativa da culpabilidade, nos moldes operados pelas instâncias ordinárias, não merece qualquer reparo, porquanto devidamente fundamentada.

II - Lado outro, o pedido formulado verificar se o recorrente teria condições financeiras de arcar com a prestação pecuniária que lhe foi imposta reclama incursão na seara fático-probatório, procedimento vedado pela Súmula n. 7 desta Corte, já que para se alcançar conclusão diversa daquela a que chegou o eg. Tribunal *a quo* acerca das condições econômicas do recorrente seria imprescindível reexaminar todo o acervo probatório dos autos, pretensão que não se coaduna com os propósitos atribuídos à via eleita.

Agravos regimentais não providos. (AgRg no AREsp 1.145.434/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 12/12/2017, DJe 18/12/2017).

XVI. Da reparação do dano

Embora deva ser mantida a condenação do réu à reparação dos danos, já que o Ministério Público deduziu pleito específico no bojo da denúncia, vislumbra-se excesso na definição do valor mínimo a ser pago pelo sentenciado, pois esse deve levar em conta o valor do prejuízo suportado pelo ofendido (CPP, Art. 387, IV, do CPP).

No caso, na sentença condenatória foi estabelecido como valor mínimo a ser ressarcido aos cofres da Petrobras o montante destinado à chamada “conta corrente geral de propinas do Grupo OAS com agentes do Partido dos Trabalhadores”, ou seja, R\$ 16.000.000,00 (dezesseis milhões de reais), a ser corrigido monetariamente e agregado juros simples de 0,5% a partir de 10/12/2009, devendo ser descontado o valor do imóvel confiscado (CP, art. 91, II, do CP).

Porém, conquanto tenha sido reconhecido que na divisão de propinas foram destinados R\$ 16.000.000,00 ao PT, não se mostra razoável admitir que o réu seja condenado a ressarcir tal montante, já que inexistente prova de que ele tenha sido beneficiado com o valor integral desviado para o partido, devendo, por consectário, ser tomado como parâmetro indenizatório a diferença entre o valor pago na aquisição do imóvel 141 e o preço do apartamento 164-A, triplex, no Condomínio Solaris, no Guarujá, no montante de R\$ 1.147.770,96, mais os valores gastos na reforma e personificação do imóvel, avaliados em R\$ 1.277.221,00, chegando-se ao total de R\$ 2.424.991,00.

Em rigor, o valor não devia ser esse, mas uma quantia menor. Afinal não foi transferida ao agravante a titularidade plena do bem, mas tão somente uma

espécie de propriedade de fato. Entretanto, dadas as limitações da tantas vezes aqui invocada Súmula 7, não se tem como chegar a um cálculo razoável acerca dessa vantagem ilícita real.

Por isso, fica-se com o valor antes mencionado e, quanto a esse, não há falar em necessidade de revolvimento fático-probatório, uma vez que a análise do tema apenas exige apenas a reavaliação da justeza dos parâmetros adotados na definição do valor indenizatório, o que afasta a incidência da Súmula 7/STJ.

Cumpra observar que a manutenção do pagamento de um *quantum debeatur* inexecuível, diante do patrimônio declarado pelo ora recorrente, poderá impedir a sua progressão a regime prisional menos gravoso, mesmo após cumpridos os demais requisitos legais, já que concessão de tal benesse depende da reparação dos danos, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior.

XVII. Da prescrição pretensão punitiva

O crime de corrupção passiva, na modalidade “receber”, consuma-se no dia da percepção da vantagem indevida. No caso, deve ser considerada a data em que a diferença entre os valores do imóvel simples e do triplex foram debitados do crédito ilícito que o Partido dos Trabalhadores tinha com o Grupo OAS, bem como do valor das reformas e da “personalização” do imóvel. Ainda que deva ser considerada a prática de apenas um crime do art. 317 do CP, foram perpetrados sucessivos atos de recebimento de vantagem indevida até o ano de 2014. Cada novo “débito” do total de propinas devidas ao PT configura um recebimento de vantagem ilícita. Assim, mesmo reduzido o prazo prescricional pela metade (CP, art. 115), não se cogita o decurso do lapso temporal entre os marcos interruptivos da prescrição.

Quanto à lavagem, na sua modalidade ocultar ou dissimular, trata-se de crime permanente, cuja consumação é diferida no tempo e, assim, enquanto permaneceu ocultada a natureza ilícita do bem, no caso, até o final de 2014, o prazo prescricional não começou a ser contado, sendo descabido falar em prescrição da pretensão punitiva, mesmo com a redução dos prazos prescricionais em razão da idade do réu na data da sentença.

Ante o exposto, *dou parcial provimento* ao agravo regimental a fim de restabelecer as penas do réu pelos crimes de lavagem de dinheiro e de corrupção passiva em *8 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão e 175 dias-multa*, bem como para reduzir o valor mínimo indenizatório a *R\$ 2.424.991,00*, ficando mantido, no mais, o teor o acórdão recorrido.

Destaco que, estando os demais agravantes condenados, nestes autos, pelo pagamento de propina a *Luiz Inácio Lula da Silva*, no valor de R\$ 2.2424.991,00, deve ser este o valor fixado a título de mínimo indenizatório, não se podendo olvidar, contudo, que:

No tocante à alegação da Defesa de que seria imprescindível a individualização da responsabilização de cada réu, observo que *a responsabilidade dos corréus é solidária, na forma do art. 942 do CC* (Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação'). PExt no Habeas Corpus n. 476.650-PR (2018/0287476-7, Rel. Ministro Felix Fischer, 7/3/2019).

Quanto ao agravante *Agenor Franklin Magalhães Medeiros*:

Rejeito a preliminar de nulidade do julgamento monocrático proferido pelo Ministro Relator, louvando-me nos fundamentos expendidos sobre o tema no agravo do réu *Luiz Inácio Lula da Silva*.

A respeito do pedido de que esta Corte defina a extensão da colaboração premiada, a fim de que não seja aplicada a pena, tem-se que não há, devido à unilateralidade do ato, exigência de prévio acordo a ser firmado entre as partes.

No caso, o agravante decidiu realizar colaboração premiada, a qual, uma vez homologada pelo juiz, surtiu efeitos previstos pela Lei n. 9.613/1998. Apenas, o magistrado de primeiro grau aplicou benefício que foi substituído pelo Tribunal de origem pela redução da pena em 2/3, na forma do art. 1º, § 5º, da Lei n. 9.613/1998 e do art. 4º, *caput*, da 12.850/2013, o que afasta qualquer eiva de ilegalidade. Ademais, rever os critérios utilizados pelas instâncias ordinárias, especialmente os subjetivos, incidiria na vedação da Súmula 7/STJ.

De resto, acompanho o posicionamento do eminente Ministro Relator, no ponto em que afirma que “não se verifica qualquer irregularidade na fixação de juros legais quando do arbitramento do valor do dano pelo juízo criminal, uma vez que seriam consectários lógicos e decorrentes do próprio dever de indenizar, ostentando, portanto, natureza de ordem pública.”

No tocante à dosimetria não houve recurso e a dosimetria aplicou a fração redutora do art. 65, I, do CP em 1/6, não incorrendo em *reformatio in pejus*, contudo, a pena de multa deve ser reduzida de ofício para 10 dias-multa, para guardar proporcionalidade com a pena reclusiva, que foi diminuída de 6 anos e 20 dias de reclusão e 28 dias-multa para 1 ano, 10 meses e 7 dias.

Assim, *nego provimento* ao agravo regimental, mas *concedo habeas corpus* de ofício para reduzir a pena de multa a 10 dias-multa.

Quanto ao agravante *José Aldemário Pinheiro Filho*:

De início, rejeito a preliminar de nulidade da decisão unipessoal proferida pelo Ministro Relator, nos moldes da fundamentação exposta no agravo de *Luiz Inácio Lula da Silva*.

No mérito, sustenta a existência de violação dos arts. 59 e 67 do Código Penal, diante da majoração da pena-base, que considera indevida. No entanto, o juiz processante, ao realizar a dosimetria da pena, considerou negativas as vetoriais da culpabilidade, das circunstâncias e das consequências do crime, atribuindo a cada uma delas 1 ano, no crime de corrupção ativa, e a circunstância judicial da culpabilidade, no crime de lavagem de dinheiro, igualmente de 1 ano no caso concreto. Os aspectos, todos eles idôneos, que levaram a essa conclusão foram o expressivo valor envolvido e a existência de esquema criminoso mais amplo, no caso do delito de corrupção, e a ocultação de produto de corrupção destinada ao então Presidente da República, no caso da lavagem.

Já o art. 67 do CP - concurso de atenuantes e agravantes - não foi debatido, nem foi objeto de embargos de declaração na instância de origem, o que impede a análise do tema pela falta de prequestionamento (Súmulas 282 e 356 do STF).

No que tange à suposta ofensa aos arts. 1º, § 5º, da Lei n. 9.613/1998; 13 da Lei n. 9.807/1999 e 4º da Lei n. 12.850/2013, observa-se nos autos que o magistrado de primeiro grau reconheceu a colaboração do agravante com a Justiça (e-STJ, fls. 70.507-70.509).

Igualmente ao caso de *Agenor Franklin Magalhães Medeiros*, o TRF da 4ª Região apenas modificou o benefício, que passou a consistir na redução de 2/3 da pena, resultando na diminuição de 10 anos e 8 meses de reclusão e 150 dias-multa para 3 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, em regime semiaberto.

Sendo desfavoráveis as circunstâncias judiciais, é possível a imposição de regime mais gravoso, ao mesmo tempo em que há obstáculo à substituição da pena.

No que se refere à insurgência contra o valor mínimo indenizatório (inclusive a a responsabilidade solidária pelo seu pagamento) e a incidência de juros e correção monetária, reporto-me à fundamentação sobre esses temas, lançadas no agravo de *Luiz Inácio Lula da Silva* e *Agenor Franklin Magalhães Medeiros*, respectivamente.

Observe-se, ainda, que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade do art. 33, § 4º, do Código Penal, que condiciona a progressão de regime, no caso de crime contra a Administração Pública, à reparação do dano ou à devolução do produto do ilícito (EP 22 ProgReg-AgR, Rel. Ministro *Roberto Barroso*, *Tribunal Penal*, julgado em 17/12/2014, DJe 18/3/2015).

Por fim, filio-me ao entendimento de que, diante do princípio da proporcionalidade, apresenta-se correta a pena de multa de 30 dias-multa aplicada ao agravante, dado o fato do *quantum* final de pena que lhe restou atribuído, ainda que em face de acordo de colaboração premiada.

Dessa forma, *nego provimento* ao agravo regimental, mas *concedo* habeas corpus de ofício para diminuir a pena multa a 50 dias-multa.

Quanto ao agravante *Paulo Tarcísio Okamoto*:

O pronunciamento do Ministério Público, por mais respeitável que seja - e, de fato, o é - não vincula o posicionamento a ser adotado pelo julgador.

Decerto, quanto ao pleito de alteração dos fundamentos da absolvição do réu, a fim de reconhecer a atipicidade da conduta e não a inexistência de elementos de convicção suficientes para a condenação do réu, seria necessário revolver o conjunto fático-probatório dos autos, o que encontra óbice na Súmula n. 7/STJ.

Ademais, estando o agravante absolvido, poder-se-ia até dizer que lhe falta interesse recursal na rediscussão dessa matéria.

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

HABEAS CORPUS N. 348.327-MT (2016/0026664-5)

Relator: Ministro Jorge Mussi

Impetrante: Antônio Nabor Areias Bulhões

Advogado: João Henrique Campos Fonseca - DF013480

Impetrado: Tribunal Regional Federal da 1ª Região

Paciente: Josino Pereira Guimarães

EMENTA

Homicídio qualificado. Tribunal do Júri. Absolvição. Apelação interposta pelo Ministério Público. Provimento. Submissão do paciente a novo julgamento. Fundamentação suficiente. Inexistência de ofensa aos princípios da soberania do veredicto popular e da íntima convicção dos jurados. Constrangimento ilegal não caracterizado. *Habeas corpus* substitutivo não conhecido.

1. Respondidos afirmativamente os quesitos referentes à materialidade e autoria, a formulação do quesito genérico de absolvição descrito no artigo 483, III, do Código de Processo Penal é obrigatória, independentemente das teses sustentadas pela defesa.

2. Assim, há a obrigatoriedade de formulação do quesito genérico ainda que a única tese aventada seja a negativa de autoria, já afastada pela resposta afirmativa dada ao segundo quesito.

3. “A absolvição do réu pelos jurados, com base no art. 483, III, do CPP, ainda que por clemência, não constitui decisão absoluta e irrevogável, podendo o Tribunal cassar tal decisão quando ficar demonstrada a total dissociação da conclusão dos jurados com as provas apresentadas em plenário. Assim, resta plenamente possível o controle excepcional da decisão absolutória do Júri, com o fim de evitar arbitrariedades e em observância ao duplo grau de jurisdição. Entender em sentido contrário exigiria a aceitação de que o conselho de sentença disporia de poder absoluto e peremptório quanto à absolvição do acusado, o que, ao meu ver não foi o objetivo do legislador ao introduzir a obrigatoriedade do quesito absolutório genérico, previsto no art. 483, III, do CPP.” (HC 313.251/RJ, Rel. Ministro *Joel Ilan Paciornik*, *Terceira Seção*, julgado em 28/02/2018, DJe 27/03/2018).

4. Há contradição na resposta dos quesitos quando a negativa de autoria for a única defesa apresentada e, afastado o argumento com a votação positiva quanto ao segundo quesito, houver a absolvição pelo quesito genérico.

5. “Se a tese da defesa foi, única e exclusivamente, negativa de autoria, a absolvição reconhecida pelos jurados, no terceiro quesito (obrigatório) conflita com a resposta afirmativa dos leigos para os

dois primeiros.” (AgRg no REsp 1.610.764/SP, Rel. Ministra *Maria Thereza de Assis Moura*, Sexta Turma, julgado em 14/08/2018, DJe 29/08/2018)

6. Se a valoração dos elementos probatórios pelo Conselho de Sentença aponta ser o paciente o autor do delito, torna-se manifestamente contrária a esta mesma prova a sua absolvição, se não há qualquer argumento defensivo outro que não a negativa de autoria. Neste passo, não se verifica irregularidade alguma na decisão do Tribunal de origem, que encaminhou o acusado a novo julgamento, independentemente de uma profunda investigação no conteúdo dos testemunhos colhidos.

7. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentaram oralmente: Dr. Antônio Nabor Areias Bulhões (p/pacte) e Ministério Público Federal

Brasília (DF), 21 de março de 2019 (data do julgamento).

Ministro Jorge Mussi, Relator

DJe 28.3.2019

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Mussi: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de *Josino Pereira Guimarães*, apontando como autoridade coatora a 2ª Seção do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no julgamento dos Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0005954-29.2000.4.01.3600.

Noticiam os autos que o paciente foi pronunciado como incurso no artigo 121, § 2º, incisos I e IV, do Código Penal, tendo sido absolvido pelo Tribunal do Júri.

Inconformado, o Ministério Público interpôs recurso de apelação, que foi provido, por maioria, para submeter o réu a novo julgamento.

Contra tal decisão, a defesa opôs embargos infringentes e de nulidade, que foram rejeitados.

Sustenta o impetrante que a submissão do acusado a novo julgamento plenário não teria decorrido da análise da existência de decisão contrária à prova dos autos, mas apenas da suposta contradição entre as respostas dadas pelos jurados aos quesitos apresentados, o que violaria o disposto no artigo 593 do Código de Processo Penal.

Entende que o aresto objurgado teria incidido em flagrante contradição lógica ao admitir que a indagação acerca da absolvição do réu é obrigatória, e, ao mesmo tempo, considerar que a resposta afirmativa a tal item do questionário levaria à decisão contrária à prova dos autos mediante a simples alegação de existência de conflito com o reconhecimento da autoria e materialidade delitivas.

Aduz que, ainda que os jurados tenham respondido positivamente aos dois primeiros quesitos, e mesmo que a única tese defensiva tenha sido a negativa de autoria, poderiam absolver o paciente diante da obrigatoriedade da formulação da pergunta prevista no inciso III do artigo 483 do Código de Processo Penal.

Argumenta que o Tribunal do Júri poderia absolver o réu por clemência ou por sentimento de justiça, sem que isso signifique contradição ou decisão contrária à prova dos autos, inclusive porque o Conselho de Sentença não precisa se ater aos argumentos apresentados em plenário, julgando por sua íntima convicção.

Requer a concessão da ordem, para que o acórdão impugnado seja cassado, restabelecendo-se o édito absolutório proferido em favor do paciente.

A liminar foi deferida, nos termos da decisão de fls. 448/450.

O Ministério Público Federal, às fls. 461/476, manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Mussi (Relator): Por meio deste *habeas corpus*, pretende-se, em síntese, a cassação do acórdão que submeteu o paciente a novo julgamento pelo Tribunal do Júri.

Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105, inciso III da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

No caso, o paciente foi acusado de ser o autor intelectual do homicídio do Juiz de Direito Leopoldino Marques do Amaral, cujo corpo foi encontrado em solo paraguaio, com dois tiros na cabeça e parcialmente queimado. O réu restou pronunciado e, em plenário, a defesa levantou como única tese a negativa de autoria, alegando, como consta na ata de julgamento, “que não houve comprovação efetiva existência de relação entre os executores e um mandante; que o caso mostrou-se extremamente complexo, com várias dúvidas e contradições” (e-STJ fl. 324).

Na votação, o Conselho de Sentença respondeu afirmativamente aos quesitos relativos à materialidade e à autoria, considerando o paciente mandante do homicídio (e-STJ fl. 337). Contudo, formulado o quesito da absolvição genérica, os jurados absolveram o réu (e-STJ fl. 338).

O Ministério Público interpôs a apelação, na qual foi dado provimento ao pedido por maioria. O Tribunal de origem sustentou que houve decisão manifestamente contrária à prova dos autos, decorrente da contradição da resposta aos quesitos, advinda do afastamento da única tese defensiva, a negativa de autoria, e posterior absolvição do acusado. Assim, determinou a anulação e renovação do julgamento pelo Tribunal do Júri.

Dado o resultado não unânime, a defesa interpôs os embargos infringentes e de nulidade, ao qual foi negado provimento, também por maioria, consignando-se que se trata “de contradição interna evidente, e, assim, suficiente para a nulidade do julgamento” (e-STJ 252). Contra esta decisão foi impetrado o presente *habeas corpus*.

Preliminarmente, deve-se afastar a alegação defensiva de que houve a extrapolação dos limites dos próprios embargos infringentes e de nulidade. Como bem disse o relator originário, que restou vencido no mérito, “a controvérsia fica restrita à verificação ou não da hipótese do art. 593, III, d, do CPP, qual seja, a existência ou não de contrariedade entre o veredicto do

júri e as provas dos autos” (e-STJ fl. 227). O voto vencedor tão só reprisa os fundamentos já utilizados quando do julgamento da apelação. Isso porque a conclusão pela contrariedade da decisão à prova dos autos já foi assentada no primeiro julgamento. Em ambos, foi a incongruência nas respostas dos quesitos que motivou o reconhecimento da manifesta contrariedade e consequente submissão do acusado a novo Júri. O exposto no voto foram as premissas necessárias para decidir sobre a aplicação do citado dispositivo. Assim, não há irregularidade a ser sanada.

Quanto ao mérito da impetração, o primeiro ponto a ser tratado é o da obrigatoriedade do quesito genérico de absolvição, disposto no artigo 483, III, do Código de Processo Penal.

Neste particular, há um argumento de natureza formalista simples e preciso, qual seja, a lei impõe sua realização. Trata-se de uma obrigatoriedade *opus legis*. A opção do legislador, que atuou no exercício de sua liberdade de conformação, foi a de tornar obrigatória a formulação do quesito genérico, ainda que respondidos afirmativamente os referentes à materialidade e autoria, e independentemente das teses alegadas pela defesa. Dispõe o § 2º do artigo 483 do Código de Processo Penal:

§ 2º Respondidos afirmativamente por mais de 3 (três) jurados os quesitos relativos aos incisos I e II do *caput* deste artigo será formulado quesito com a seguinte redação:

O jurado absolve o acusado?

Isto, por si só, já seria suficiente a afastar a contradição lógica em que se baseia a defesa. Narra que ela decorreria da admissão da obrigatoriedade do quesito genérico e, ao mesmo tempo, considerar que sua resposta afirmativa levaria à decisão contrária à prova dos autos, pela mera contradição entre o resultado dos quesitos anteriores. A superação da aparente contradição é simples: a lei obriga a realização do quesito genérico, ainda que sua resposta leve à própria caracterização de decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Tratar-se-ia de eventual incongruência do próprio ordenamento e não do julgado, que apenas aplica o dispositivo legal. No mais, a incoerência cessaria com a realização do segundo Júri, eis que não cabível nova apelação, na forma do artigo 593, § 3º, do Código de Processo Penal.

Outro argumento formal que afastaria de pronto a alegação é a de que, por um lado, a legislação processual obriga a formulação do quesito e, por outro,

autoriza a cassação de decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Assim, a aplicação do artigo 483, III, do Código de Processo Penal, não exclui a incidência do artigo 593, inciso III, alínea “d”, do mesmo Código. No momento apropriado emprega-se o primeiro dispositivo e, após, na fase processual própria, o segundo.

Sabe-se que a Lei n. 11.689/2008 alterou profundamente a forma de elaboração dos quesitos, reunindo em apenas um todas as teses defensivas tendentes à absolvição do réu. Por isso, as causas de exclusão de ilicitude ou de culpabilidade deixaram de receber uma série própria a cada uma suscitada pela defesa, passando a integrar o quesito genérico.

Isto corrigiu um equívoco que impedia, por vezes, a expressão da vontade da maioria do Conselho de Sentença. Imagine-se o caso hipotético em que dois jurados estivessem convencidos da ocorrência da legítima defesa, enquanto outros dois concordassem existir uma excludente de culpabilidade, como o erro de proibição. Se cada uma das teses possuísse uma série de quesitos próprios, tal como acontecia antes da reforma legislativa, elas seriam superadas e o acusado condenado, apesar da existência de um Conselho de Sentença em que quatro dos sete jurados entendessem ser viável a absolvição. A conclusão poderia ser ainda mais dramática se fossem três jurados distintos a encapar cada uma das teses defensivas. A solução final poderia ser a condenação, mesmo que seis jurados desejassem absolver o acusado.

A reunião das teses defensivas em um quesito genérico possibilita, assim, que a decisão final coincida com a concepção da maioria do Conselho de Sentença. Este foi mote principal na compressão de todos os argumentos tendentes à absolvição em um só quesito. Não se trata, portanto, da concessão de liberdade absoluta e irrestrita aos jurados para absolver o acusado, sem a possibilidade de cassação da decisão através do exercício do duplo grau de jurisdição, nas hipóteses legalmente previstas. Como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, “a determinação de realização de novo julgamento pelo Tribunal do Júri não contraria o princípio constitucional da soberania dos vereditos quando a decisão for manifestamente contrária à prova dos autos” (HC 134.412, Relator(a): Min. *Cármen Lúcia*, Segunda Turma, julgado em 07/06/2016, Processo Eletrônico DJe-124 divulg 15-06-2016 public 16-06-2016).

Não há afronta à soberania dos vereditos, uma vez que a Corte de apelação não substituirá a decisão do Conselho de Sentença por outra que lhe pareça

mais indicada. O Tribunal apenas deliberará sobre a possibilidade de novo julgamento, ante a constatação de ocorrência de causa hábil. Como recentemente reafirmado pela Terceira Seção desta Corte:

Habeas corpus substitutivo de recurso. Descabimento. Homicídio qualificado. Tribunal do Júri. Absolvição. Apelação da acusação provida. Art. 593, III, *d*, do CPP. Submissão do réu a novo julgamento. O juízo absolutório previsto no art. 483, III, do CPP não é absoluto. Possibilidade de cassação pelo Tribunal de Apelação. Exigência da demonstração concreta de decisão manifestamente contrária às provas. Soberania dos veredictos preservada. Duplo grau de jurisdição. Manifesta contrariedade à prova dos autos reconhecida pelo Tribunal de origem. Revisão que demanda revolvimento do conjunto fático-probatório. Impossibilidade em *habeas corpus*. Precedentes. Constrangimento ilegal não verificado. *Writ* não conhecido.

[...]

3. A absolvição do réu pelos jurados, com base no art. 483, III, do CPP, ainda que por clemência, não constitui decisão absoluta e irrevogável, podendo o Tribunal cassar tal decisão quando ficar demonstrada a total dissociação da conclusão dos jurados com as provas apresentadas em plenário. Assim, resta plenamente possível o controle excepcional da decisão absolutória do Júri, com o fim de evitar arbitrariedades e em observância ao duplo grau de jurisdição. Entender em sentido contrário exigiria a aceitação de que o conselho de sentença disporia de poder absoluto e peremptório quanto à absolvição do acusado, o que, ao meu ver não foi o objetivo do legislador ao introduzir a obrigatoriedade do quesito absolutório genérico, previsto no art. 483, III, do CPP.

[...]

(HC 313.251/RJ, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Terceira Seção, julgado em 28/02/2018, DJe 27/03/2018)

Se no âmbito normativo há a possibilidade de controle judicial, não se nega, contudo, que a alteração legislativa contempla, no plano fático, a possibilidade da absolvição por qualquer matéria não suscitada em plenário ou mesmo no curso do processo. Por decidirem por íntima convicção, não é viável aferir as razões que os jurados levaram em conta para proferir este ou aquele veredito.

Neste particular, são amplas as opções do Conselho de Sentença, eis que, mesmo reconhecendo a autoria e materialidade, seus membros podem promover a absolvição por qualquer motivo, jurídico ou não, com ou sem lastro probatório mínimo, eis que imbuídos por sua íntima convicção. Isto não significa que as decisões estarão juridicamente corretas. Neste ponto, o direito não é hábil a evitar respostas *contra legem*. Contudo, viabiliza o controle de legalidade de

tais vereditos com o duplo grau de jurisdição, sobretudo nas hipóteses em que tais respostas forem manifestamente contrárias às provas dos autos. Observada sua ocorrência, será necessária a realização de um segundo Júri, daí então soberano para absolver o réu pelo motivo que lhe aprouver, eis que não há nova possibilidade de apelo.

Aí reside a importância da realização do quesito genérico, mesmo quando não houver sido alegada tese de excludente de ilicitude ou culpabilidade. Deve-se permitir que o Júri decida conforme o sentimento de Justiça de cada um de seus membros, mas também autorizar certo controle de legalidade, com a cassação de decisões manifestamente contrárias à prova dos autos, a fim de evitar arbitrariedades, ainda que para absolver o réu. Este peso e contrapeso não seria viável sem a realização do quesito genérico.

Nesta perspectiva, não se verifica, de igual sorte, a contradição lógica que indica a defesa. Como visto, a obrigação de formulação do quesito genérico é condição de possibilidade para que os jurados, no exercício da soberania dos vereditos, promovam a absolvição em situações que, à princípio, seriam juridicamente incabíveis (seja por clemência, ou qualquer outra razão). Contudo, face ao duplo grau, caberá ao Judiciário cassar a decisão que não encontrar lastro probatório mínimo e determinar novo Júri. Logo, permite-se que o Conselho de Sentença responda de forma contraditória aos quesitos para absolver o réu ou, de forma mais ampla, que decida *contra legem*. Contudo, deverá fazer isto por duas vezes.

Não se nega a possibilidade do julgamento por clemência, piedade, questão humanitária ou qualquer matéria estranha à ciência do Direito. Contudo, isto não torna a decisão do Conselho de Sentença incognoscível ao Poder Judiciário, na forma da legislação processual vigente. Por isso, com acerto o voto condutor do julgamento da dispor que “a soberania das decisões do Tribunal do Júri não implica, salvo num segundo julgamento, a tutela de decisões contrárias à prova dos autos, dispondo a lei que, em tal hipótese, caberá apelação que, se provida, levará a novo julgamento (art. 593, III, “d” – CPP)” (e-STJ fl. 121). Sobre o assunto, tem-se:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Penal. Tribunal do Júri. Absolvição por clemência. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Possibilidade de revisão pelo Tribunal de Justiça. Precedente da 3ª Seção do STJ. Súmula 7 e 126/STJ inaplicáveis no caso concreto. Recurso improvido.

1. Não é cabível a intimação da defesa para o julgamento do agravo regimental, por se tratar de recurso que é levado em mesa, independentemente de indicação

de pauta, cabendo ao relator, quando entender conveniente, apresentar o feito para julgamento do Colegiado. Precedentes.

2. A mera referência genérica a princípio constitucional não pode obstar a discussão de outros fundamentos ligados a legislação infraconstitucional federal por meio de recurso especial, máxime porque no Supremo Tribunal Federal impera o entendimento de que a violação reflexa de norma da Constituição Federal não enseja recurso extraordinário. Não incidência da Súmula 126/STJ. Precedentes.

3. *O entendimento fixado pelo Tribunal de origem, de que a absolvição do Conselho de Sentença, por clemência, é decisão absoluta e imodificável, ainda que manifestamente contrária às provas dos autos, destoa da recente orientação fixada pela 3ª Seção desta Corte Superior, no julgamento do HC 313.251/RJ, sob relatoria do eminente Ministro **Joel Ilan Parcionik**, em 28/2/2018, com acórdão publicado no DJe em 27/3/2018, que, de modo excepcional, admite a intervenção do tribunal de apelação, quando houver evidente descompasso entre a deliberação dos jurados e o conjunto fático-probatório estabilizado nos autos e apresentado durante a sessão plenária de julgamento. A nova diretriz jurisprudencial propõe maior controle sobre eventuais arbitrariedades e, também, visa a resguardar o valor constitucional do duplo grau de jurisdição.* Precedente.

4. Por fim, o óbice da Súmula 7/STJ não se aplica ao caso concreto, pois absolutamente desnecessário o revolvimento de matéria fático-probatória para o julgamento do recurso especial intentado.

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 1.178.026/DF, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 16/10/2018, DJe 26/10/2018)

A solução encontrada pelo ordenamento jurídico privilegia a soberania dos veredictos, sem menosprezo ao duplo grau de jurisdição, respeitando-se, ainda que necessário o segundo Júri, a decisão do juiz natural, mesmo que ela não encontre respaldo no direito vigente.

Por este motivo, torna-se cogente a realização do quesito genérico, mesmo que sua resposta afirmativa acarrete a necessidade de realização de novo Júri. Logo, sua formulação é obrigatória ainda que a única tese aventada pela defesa seja a negativa de autoria. Sobre o assunto, já decidiu este Superior Tribunal de Justiça:

Processual Penal. *Habeas corpus* substitutivo de revisão criminal. Não-cabimento. Júri. Homicídio. Tese de negativa de autoria. Ausência de quesito obrigatório referente à absolvição. Nulidade.

[...]

III - Segundo orientação firmada nesta Corte, é necessária a submissão aos jurados de quesito obrigatório referente à absolvição (art. 483, III e § 2º do CPP), ainda que haja uma única tese defensiva, consubstanciada na negativa de autoria (Precedentes).

IV - A não apresentação, ao Conselho de Sentença, de quesito obrigatório, configura nulidade absoluta. (Precedentes). Súmula 156/STF.

Habeas Corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para anular o julgamento realizado pelo Tribunal do Júri.

(HC 273.255/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 16/09/2014, DJe 25/09/2014)

Verificada a obrigatoriedade de formulação do quesito, deve-se dirimir, para avaliar o acerto ou não do ato coator, se há contradição entre a resposta dos quesitos e, caso positivo, qual a decorrência jurídica apropriada.

Neste passo, constato sua efetiva ocorrência. Isso porque com a resposta afirmativa ao segundo quesito, relativo à autoria, afastou-se a única e exclusiva tese da defesa, qual seja, a sua negativa. Portanto, com o resultado, o Conselho de Sentença considerou o paciente como mandante do homicídio praticado. Afastada a negativa de autoria, não restaria motivo idôneo à absolvição promovida em resposta ao terceiro quesito, de formulação obrigatória.

Desta maneira, há contradição na resposta dos quesitos quando a negativa de autoria for a única defesa apresentada e, afastado o argumento com a votação positiva quanto ao segundo quesito, houver a absolvição pelo quesito genérico.

Observada a incongruência, cumpre especificar a consequência jurídica que a segue. Aqui, a decisão absolutória advinda deste descompasso nas respostas dos quesitos deve ser considerada manifestamente contrária à prova dos autos. Como bem ponderou o Desembargador Olindo Menezes, no julgamento da apelação:

É que, depois de assistir aos debates e à leitura das peças documentais, ao longo de horas de julgamento, os jurados seguramente estavam suficientemente informados para afirmar, por maioria qualificada, em face da prova que examinaram ao longo da sessão, que o acusado fora o mandante do assassinato. Se assim o fizeram, soa como manifestamente contrário à prova que examinaram (supostamente) a resposta ao terceiro quesito, de que o acusado deveria ser absolvido (e-STJ fl. 120)

Se a valoração dos elementos probatórios pelo Conselho de Sentença aponta ser o paciente o autor intelectual do delito, torna-se manifestamente

contrária a esta mesma prova a sua absolvição, se não há qualquer argumento defensivo outro que não a negativa de autoria. Não houve, no presente caso, a arguição de qualquer excludente de ilicitude ou de culpabilidade que pudesse legitimar a absolvição quando reconhecida a autoria e materialidade. Tampouco seria crível sua existência na situação específica, de autoria intelectual. Em aditamento ao seu voto, quando do julgamento da apelação, aduz o relator, Desembargador Olindo Menezes:

Os jurados permaneceram na sessão por longas horas, ouvindo os debates e as leituras de documentos e, seguramente, ao cabo de tudo, tiveram material informativo suficiente para afirmar, no segundo quesito, que o réu era o mandante do assassinato. É de se esperar que os jurados, ouvindo debates, réplicas e trélicas durante uma, duas ou três horas, tenham tido algum ente de razão para dizer que o apelado era o mandante do crime. Se assim o disseram, e considerando que a única tese da defesa era a de negativa de autoria, não poderiam – poder, até poderiam, mas não deveriam, e por isso é que estou mandando a novo júri – dizer que ele deveria ser absolvido, porque isso seria, como o é, um choque frontal com as respostas anteriores. Ative-me a isso para dar provimento à apelação. Não se poderia falar em legítima defesa ou de outra excludente da parte de um mandante. (e-STJ fl. 123)

Assevera a defesa que o reconhecimento da decisão manifestamente contrária à prova dos autos não poderia decorrer da mera contradição entre os quesitos. Em sua versão, seria necessário incursionar no acervo probatório para verificar se, efetivamente, houve contrariedade na decisão dos jurados, o que não teria sido feito pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Neste particular, não assiste razão ao impetrante.

A análise probatória foi realizada pelos próprios jurados, que afirmaram ser o paciente autor intelectual (mandante) do delito. A absolvição vai de encontro à avaliação do Conselho de Sentença. Neste passo, não se verifica irregularidade alguma na decisão do Tribunal de origem, que encaminhou o acusado a novo julgamento, independentemente de uma profunda investigação no conteúdo dos testemunhos colhidos. O voto vencedor da Juíza Federal Rosimayre Golçalves de Carvalho, quando do julgamento dos embargos infringentes e de nulidade, é claro quanto ao ponto:

Na leitura que se fez da prova dos autos, se concluiu, ao responder o segundo quesito, que o réu é o autor do crime. Então, diante dessa resposta e da interpretação que se fez da prova dos autos, ainda que haja indícios num e noutro sentido, prevaleceu a conclusão de que o réu foi um dos autores do crime. Logo,

ao absolver, por acolher a tese, que não se pode cogitar outra tese, de negativa de autoria, há manifestamente contradição não só no quesito como com a prova dos autos, que os próprios jurados concluíram de forma diferente. (e-STJ fl. 251).

Desde a modificação legislativa, a doutrina já antevia situações como a presente, em que o Conselho de Sentença respondesse afirmativamente aos dois primeiros quesitos, mas absolvesse o réu no terceiro, quando a única tese fosse a de negativa de autoria. Indicam que, nesta hipótese, deve ser considerada a decisão manifestamente contrária à prova dos autos, encaminhando-se o acusado a novo júri.

Leciona Walfredo Cunha Campos:

Interessante questão surgirá, na prática, quando a tese única de defesa for a de negativa de autoria ou de participação (que se confirma votando os jurados negativamente ao segundo (no caso de autoria) ou terceiro quesitos (na hipótese de participação)) e os membros do Conselho de Sentença reconhecerem a conduta imputada ao réu, mas, depois, o absolvem, votando sim ao terceiro ou quarto quesitos. Nessa situação, como essa tese não foi sustentada pela defesa técnica ou pelo acusado, percebe-se claramente a existência de uma contradição que levará à nulidade do julgamento. Como é função do juiz presidente, preventivamente inclusive, determinar, até de ofício, independentemente de requerimento das partes, diligências destinadas a sanear nulidade (art. 497, XI, do CPP), caberá a ele explicar aos jurados no que consiste a contradição de votos e repeti-los (art. 490, *caput*, do CPP). Se os jurados atentarem à lógica das provas e dos trabalhos de plenário e reformarem seus votos (votando não ao quesito que trata da absolvição do acusado), a votação continuará em seus demais termos, evitando-se, em razão dessa mudança, futura eiva, pelo menos no que tange a essa questão. Se o voto contraditório persistir, a decisão dos jurados, em homenagem ao princípio da soberania dos veredictos, deve ser aceita. Claro que, recorrendo a acusação, deverá ser reconhecida, pelo Tribunal, a nulidade do veredicto por ser manifestamente contrário à prova dos autos. (CAMPOS, Walfredo Cunha. **Tribunal do Júri: teoria e prática**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 281-282)

No mesmo sentido, afirma Edilson Mougenor Bonfim:

Nos termos da lei, são quesitos obrigatórios, quando respondidos afirmativamente, por maioria de votos, os relativos à materialidade e à autoria ou participação (§ 2º do art. 483). Sua obrigatoriedade, contudo, será fonte segura de perplexidades. Imagine-se, por exemplo, que a única tese apresentada pela defesa seja a de negativa de autoria. Afastada a tese pelo Conselho, com a resposta afirmativa aos quesitos relativos à materialidade e à autoria ou participação, deverá o juiz presidente, ainda assim, indagar ao corpo de jurados se

absolvem o acusado. Respondendo negativamente, nenhum problema se suscita, já que os jurados confirmam a condenação. Todavia, se os jurados responderem afirmativamente ao quesito, absolvendo o acusado, qual o fundamento da absolvição? O resultado de um julgamento decidido nesses termos trará perplexidade, e, havendo recurso do órgão acusador, parece-nos que não resta outra alternativa ao tribunal *ad quem* senão ordenar que o réu seja submetido a novo julgamento, por ser a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos. (BONFIM, Edilson Mougnot. *Júri: do inquérito ao plenário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 316)

Não se constata ilegalidade na submissão do paciente a novo julgamento, uma vez que sustentada em plenário somente a tese de negativa de autoria, e respondidos afirmativamente os dois primeiros quesitos pelos jurados, a absolvição por piedade, embora possível e amparada pelo ordenamento jurídico pátrio, demonstra, num primeiro momento, que o veredicto é manifestamente contrário ao conjunto de provas reunido nos autos, as quais foram devidamente apresentadas ao Conselho de Sentença.

Em casos análogos, já decidiram a Quinta e a Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça:

Processo Penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Homicídio. Tribunal do Júri. *Alegação defensiva fundada exclusivamente na negativa de autoria. Reconhecimento da autoria e da materialidade nos dois primeiros quesitos. Resposta afirmativa dos jurados quanto ao terceiro quesito (obrigatório) absolvendo o réu. Contradição. Art. 490 do CPP. Agravo regimental desprovido.*

1. Inobservância do art. 490 do Código de Processo Penal, que dispõe que, em caso de contradição, o Juiz presidente explicará a incoerência aos jurados e submeterá os quesitos novamente à votação.

2. Conforme consta do acórdão, o Conselho de Sentença reconheceu a autoria delitiva (2º quesito). Entretanto, no 3º quesito (absolvição genérica), absolveu o agravante, sendo que a negativa de autoria foi a única tese absolutória formulada pela defesa.

3. *Não se desconhece a existência de julgados desta Corte Superior, no sentido de que, ainda que a resposta aos quesitos de autoria e materialidade seja positiva, é possível ao Conselho de Sentença passar à resposta ao quesito previsto no art. 483, inciso III, do Código de Processo Penal e, nessa linha, absolver o réu. Contudo, esse entendimento não pode ser aplicado para abranger as hipóteses em que a única tese absolutória da defesa técnica sustentada em plenário é a da negativa de autoria. Isso porque, se os jurados, em resposta ao segundo quesito, rejeitam a única tese defensiva de absolvição, consistente na negativa de autoria, e, em seguida, absolvem o acusado, não há como negar a existência de contradição na vontade do Conselho*

de Sentença, que deveria ter sido objeto de esclarecimento, nos moldes do disposto no art. 490 do Código de Processo Penal. Precedentes.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 1.311.639/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 06/11/2018, DJe 14/11/2018)

Penal e Processo Penal. Agravo regimental em recurso especial. Homicídio. Tribunal do Júri. Alegação defensiva cifrada unicamente na negativa de autoria. Reconhecimento da autoria e da materialidade nos dois primeiros quesitos. Resposta afirmativa dos jurados quanto ao terceiro quesito (obrigatório) absolvendo o réu. Contradição. Repetição da série quesitária. Ausência. Nulidade. Ocorrência.

1. *Se a tese da defesa foi, única e exclusivamente, negativa de autoria, a absolvição reconhecida pelos jurados, no terceiro quesito (obrigatório) conflita com a resposta afirmativa dos leigos para os dois primeiros.*

2. Plausível, portanto, e até recomendada a repetição da série quesitária, após explicação aos jurados sobre o ocorrido, nos termos do art. 490 do Código de Processo Penal.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1.610.764/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 14/08/2018, DJe 29/08/2018)

Irretocável, no ponto, o aresto impugnado, que concluiu que “os jurados não são portadores de poder absoluto, ao menos no primeiro julgamento, a legitimar a grotesca contradição, verificada no presente caso, sob pena de consagração de uma irrestrita liberdade, não condizente com o estado democrático de direitos” (e-STJ fl. 252).

Não se deparando, portanto, com flagrante ilegalidade no ato apontado como coator, *não se conhece* do *habeas corpus* substitutivo.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 401.284-MT (2017/0123301-7)

Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik
Impetrante: Artur Barros Freitas Osti

Advogado: Artur Barros Freitas Osti - MT018335
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso
Paciente: Maykon Feitosa Milas

EMENTA

Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Não cabimento. Extorsão e organização criminosa. Prisão preventiva revogada. Imposição de cautelares alternativas. Monitoramento eletrônico. Necessidade e proporcionalidade da medida. Excesso de prazo no encerramento do feito. Ausência de desídia do juízo. Eventual mora decorrente das peculiaridades do feito. Instrução encerrada. Súmula n. 52 do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Constrangimento ilegal não evidenciado. *Habeas corpus* não conhecido, com recomendação.

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. A aplicação de medidas cautelares alternativas, como forma de substituição da segregação, exige a presença dos mesmos requisitos exigidos para a prisão preventiva, uma vez que buscam o mesmo fim, apenas por intermédio de mecanismo menos traumático. No caso dos autos, a custódia preventiva imposta ao ora paciente foi escorada em fundamentos concretos, ressaltando, inclusive, a gravidade concreta do delito, ante o *modus operandi* da ação delituosa. Contudo, reconhecida a desproporcionalidade da medida mais gravosa e a suficiência da imposição de medidas menos drásticas, foram aplicadas algumas medidas cautelares alternativas, entre elas o monitoramento eletrônico que se busca revogar.

3. O próprio texto legal (art. 319 e incisos) indica a finalidade da imposição de determinada medida e, dessa forma, uma vez preenchidos os requisitos legais que autorizam a restrição da liberdade

do indivíduo, mostra-se prescindível exigir que o magistrado proceda ao exaurimento da motivação que o levou a escolher cada uma das restrições, sem que isso configure descumprimento do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal – CF/88.

4. A imposição das medidas cautelares verificadas na hipótese, em especial o monitoramento eletrônico, não se mostra desarrazoada ou desproporcional ao caso concreto, mormente quando se cuida de conduta delitativa de extrema gravidade como visto em linhas pretéritas. Ademais, é certo que o monitoramento eletrônico é imperioso para viabilizar o controle das atividades do agente, bem como do cumprimento das demais medidas impostas.

5. Esta Corte Superior tem o entendimento de que, somente configura constrangimento ilegal por excesso de prazo na formação da culpa, apto a ensejar o relaxamento da prisão cautelar, a mora que decorra de ofensa ao princípio da razoabilidade, consubstanciada em desídia do Poder Judiciário ou da acusação, jamais sendo aferível apenas a partir da mera soma aritmética dos prazos processuais.

6. *In casu*, o processo tem seguido regular tramitação, não se verificando prazos excessivamente prolongados para a realização dos atos processuais. Observo que eventual delonga para conclusão do feito não pode ser atribuída ao Juízo, mas às peculiaridades do caso, considerando a complexidade do feito ante a pluralidade de réus e de vítimas e a necessidade de expedição de cartas precatórias, bem como as inúmeras intervenções defensivas na busca de revogação das prisões preventivas e das medidas cautelares impostas. Não há, pois, falar em desídia do Magistrado condutor, o qual tem diligenciado no sentido de dar andamento ao processo, não podendo ser imputada ao Judiciário a responsabilidade pela demora, como bem fundamentado pelo Tribunal de origem.

7. O encerramento da instrução processual, atrai a incidência da Súmula 52 deste Superior Tribunal de Justiça, tornando superada a alegação.

8. *Habeas corpus* não conhecido, com recomendação de que o Juízo de 1º grau reavalie a necessidade de manutenção do monitoramento eletrônico.

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, com recomendação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentou oralmente: Dr. Artur Barros Freitas Osti (p/pacte).

Brasília (DF), 04 de dezembro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Joel Ilan Paciornik, Relator

DJe 14.12.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik: Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de *Maykon Feitosa Milas*, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, no julgamento do HC n. 1003524-15.2017.8.11.0000.

Infere-se dos autos que o paciente foi preso preventivamente em 12/3/2016 e, juntamente com outros corréus, denunciado por ter supostamente praticado os delitos tipificados no 158, *caput* (extorsão), por sete vezes; no art. 158, c/c artigo 14, inciso II (extorsão tentada), por duas vezes, ambos do Código Penal – CP, e também pela prática do delito descrito no artigo 2º, § 3º, da Lei n.12.850/2013 (comando de organização criminosa).

Ao julgar o *Habeas Corpus* n. 48.213/2016, o Tribunal de origem, concedeu a ordem para substituir a prisão preventiva por medida cautelar alternativa, prevista no art. 319 do Código de Processo Civil – CPC.

O Juízo de primeiro grau regulamentou o direito à liberdade do paciente, especificando as medidas cautelares, tendo, posteriormente, indeferido o pedido de afastamento das medidas impostas.

Irresignada, a defesa impetrou *mandamus* perante a Corte de origem, que concedeu parcialmente a ordem, apenas para ampliar o horário de recolhimento noturno (fls. 21/29).

Posteriormente, o paciente pleiteou a revogação da monitoração eletrônica, tendo o Magistrado de piso indeferido o pedido (fls. 36/43).

Contra essa decisão foi impetrado novo *habeas corpus* perante o Tribunal *a quo*, que denegou a ordem, em acórdão assim ementado:

Habeas corpus. Operação "Liberdade de Extorsão". Crimes de organização criminosa e extorsão. Prisão preventiva substituída por medidas cautelares alternativas. 1. Pleito de revogação do uso de monitoramento eletrônico. Propalada inadequação da medida por configurar antecipação de pena. Inocorrência. Decisão que demonstra a necessidade e adequação. Imprescindibilidade para a garantia da ordem pública e para assegurar o adimplemento das medidas cautelares que foram impostas ao paciente. Inexistência de mudança no quadro fático. Processual que autorizou a edição da medida cautelar. 2. Aventado excesso de prazo na formação da culpa. Inocorrência. Elastério dentro da normalidade. Inexistência de desídia que possa ser atribuída ao órgão judiciário e/ou pedidos protelatórios atribuídos ao Ministério Público. Diversos pleitos liberatórios aviados na primeira e segunda instâncias. Aplicação do princípio da razoabilidade. Instrução encerrada. Incidência do Enunciado Sumular n. 52 do Superior Tribunal de Justiça. Constrangimento ilegal não caracterizado. 3. Ordem denegada. 1. As medidas cautelares diversas da prisão, ainda que mais benéficas, também implicam em restrições de direitos fundamentais individuais, incluindo, em menor medida, a liberdade ambulatorial, antes do advento de sentença transitada em julgado. Por conseguinte, é imprescindível que se demonstre, sempre mediante decisão fundamentada, a necessidade da providência judicial para fins de se acautelar os meios e o resultado da investigação ou do processo penal ou, excepcionalmente, o próprio corpo social (art. 282, inciso I, CPP), além da sua adequação à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado/acusado (art. 282, inciso II, CPP). Assim, tendo em vista a apresentação de fundamentação idônea para a imposição ao paciente de monitoramento eletrônico e das demais medidas cautelares alternativas para a garantia da ordem pública, em razão da gravidade das condutas delitivas que lhe são atribuídas, e para assegurar o adimplemento das demais cautelares que lhe foram impostas, e considerando-se, que não houve mudança significativa no quadro fático-processual que ensejou a aplicação das medidas reprochadas, não se vislumbra a possibilidade de revogá-la. 2. Não se pode falar em constrangimento ilegal decorrente de excesso de prazo quando, atendido o princípio da razoabilidade, em razão das peculiaridades do feito originário, da sua complexidade e da existência de diversos pleitos liberatórios na primeira instância, inexistente desídia do juízo de primeiro grau e pleitos meramente protelatórios do órgão ministerial, sem contar que a instrução foi finalizada, situação que atrai a incidência da Súmula n. 52 do Superior Tribunal de Justiça. 3. Ordem denegada (fls. 20).

Na presente impetração sustenta a existência de constrangimento ilegal na manutenção da medida cautelar de monitoramento eletrônico do paciente,

saliendo que a medida se mostra manifestamente excessiva, à luz da adequação e proporcionalidade.

Assevera não estar demonstrada a necessidade da continuidade da medida, tendo em vista que seu escopo de resguardar o risco de fuga e reiteração delitiva não guardam correspondência com a situação fática dos autos.

Alega ainda, a existência de excesso de prazo na monitoração eletrônica do paciente, que já dura mais de 12 meses, sem que se tenha notícia de violação ou descumprimento, sobretudo, considerando o encerramento da instrução processual.

Requer, em liminar e no mérito, a revogação da medida de monitoramento eletrônico imposto ao paciente.

O presente *mandamus* foi indeferido liminarmente às fls. 279/283, ante a deficiência na sua instrução. Todavia, ao analisar pedido de reconsideração, no qual o impetrante instruiu devidamente o feito, reconsiderarei a decisão anterior e indeferi a liminar, determinando o processamento do feito (fls. 320/325).

Prestadas informações (fls. 329/335 e 339/350), o Ministério Público Federal opinou pela não concessão da ordem (fls. 352/355).

Às fls. 359/352, o impetrante juntou petição requerendo preferência no julgamento do presente *mandamus* e reafirmando a existência de excesso de prazo no encerramento do feito.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik (Relator): 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 – 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.

Conforme relatado, busca-se, no presente *writ*, a revogação da medida cautelar de monitoramento eletrônico imposta ao paciente.

Da análise dos autos, verifica-se que o paciente, juntamente com outros corréus, foi preso preventivamente. Ao julgar o HC n. 48.213/2016, o Tribunal

de origem, em 4/5/2016, concedeu a ordem para revogar a segregação imposta, ante o reconhecimento da desproporcionalidade da medida extrema. Na ocasião foram impostas as medidas cautelares alternativas.

Por oportuno, segue a transcrição do voto condutor do acórdão, que, embora não conste dos presentes autos, foi juntado às fls. 64/86 do HC n. 360.692/MT, ao qual faço remissão:

No que tange à argumentação do impetrante de que a magistrada de primeiro grau não apresentou fundamentação concreta para decretar a prisão preventiva dos pacientes, porque deixou de apontar de forma objetiva o *periculum libertatis*, bem como que não estão presentes, na hipótese versanda, os requisitos do art. 312 da Lei Processual Penal, é imperativo registrar que, realmente, no caso em análise, os argumentos apresentados pela prolatora do *decisum* reprochado, embora idôneos, são desproporcionais em relação aos três, não traduzindo, por isso mesmo, neste momento processual, a necessidade de manutenção do cárcere cautelar deles, comprometendo, dessa forma, o caráter excepcional da medida, que, como é cediço, deve buscar esteio em elementos concretos sobre o *periculum libertatis*.

[...].

Conforme se depreende dos trechos do pronunciamento judicial acima transcritos, verifica-se que a juíza de primeiro grau justificou a necessidade de manter a prisão preventiva dos pacientes para a garantia da ordem pública, reportando-se à gravidade concreta das condutas delitivas, supostamente perpetradas pelos três, bem como por conveniência da instrução criminal, para resguardar a fase probatória que nem se iniciou...

De fato, a fundamentação lançada pela autora do édito judicial é idônea no que tange à gravidade concreta das condutas delitivas imputadas aos pacientes. Isso porque, consoante restou consignado naquele ato decisório, os pacientes utilizavam-se indevidamente do *login* e senha de um servidor público municipal para terem acesso a documentos tributários sigilosos.

Após acessarem diversas notas fiscais emitidas pelas supostas vítimas, que, na maioria das vezes, prestavam serviços a entes públicos estaduais e/ou municipais, os pacientes entravam em contato com os ofendidos insinuando a existência de supostas irregularidades e barganhando o silêncio do trio com “patrocínio” para os jornais integrantes do Grupo Milas de Comunicação.

Anote-se, por importante, que os pacientes exigiam quantias vultosas em pagamento, que variavam entre R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) e R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), conforme o prestígio e poder aquisitivo das vítimas, que são empresários, profissionais liberais e políticos, dentre os quais se destacam: [...].

[...].

Entretanto, deve-se reconhecer que a prisão preventiva, a mais grave das medidas restritivas de liberdade, no caso em espécie, mostra-se desproporcional, uma vez que as condutas delitivas em tese perpetrada pelos pacientes, embora graves, não são suficientes, para ensejar a manutenção do cárcere cautelar do trio, mormente porque não envolvem violência à pessoa.

Demais disso, não obstante a condutora do feito originário tenha se reportado ao risco de reiteração delitiva por parte dos pacientes, verifica-se que tal assertória não passa de mera ilação, uma vez que eles são primários, têm endereço fixo e trabalhos lícitos.

Por outro lado, em relação à necessidade de se resguardar a instrução criminal, é imperioso reconhecer que a fixação de medidas cautelares alternativas mostra-se suficiente e razoável, devendo, o ergástulo, ser reservado às hipóteses que demandam uma resposta mais rigorosa do Estado.

[...].

Assim, na espécie em debate, não obstante a ordem pública e a instrução criminal devam ser resguardadas, restando, pois, demonstrada a necessidade de se impor certas restrições à liberdade dos pacientes, impõe-se registrar que não pode ser de maneira tão gravosa como a prisão preventiva, que, como asseverado linhas volvidas, configura medida extrema e desproporcional.

Diante do que foi exposto, tem-se que devem ser impostas a Antonio Carlos Milas de Oliveira, Maykon Feitosa Milas e Max Feitosa Milas, medidas cautelares diversas da prisão, uma vez que a argumentação da condutora do processo, no que tange à garantia da ordem pública e do resguardo à instrução criminal, é idônea e baseada em elementos processuais concretos, não obstante, como dito anteriormente, em razão das particularidades das condutas ora analisadas e dos predicados pessoais dos pacientes, deva-se reconhecer que a manutenção da segregação dos três é medida desproporcional e inadequada.

É cediço que o art. 282 do Código de Processo Penal, com a alteração introduzida pela Lei n. 12.403/2011, estabelece que as medidas cautelares deverão ser aplicadas observando-se a necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal; e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais.

Além desses requisitos, cuja presença não necessita ser cumulativa, a lei estabelece critérios que deverão orientar o magistrado no momento da escolha e da intensidade da medida cautelar, a saber: a gravidade do crime, as circunstâncias do fato e as condições pessoais do acusado. Destarte, a segregação do acusado apenas deverá ser mantida em caso de extrema necessidade, consoante dicção dos §§ 4º, 5º e 6º do art. 282 da Lei Adjetiva Penal, cujos textos determinam:

[...].

No caso em apreciação, as condutas delitivas atribuídas aos pacientes são perfeitamente compatíveis com a liberdade almejada, cumulada com a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, nos termos das disposições contidas nos arts. 316, 321 e 282 do Estatuto Processual Penal, cujos textos determinam:

[...].

Na vertente hipótese, levando-se em consideração as circunstâncias que envolvem o caso, afigura-se plausível a substituição das segregações provisórias vergastadas por medidas cautelares descritas nos incisos I, II, III, IV, V e IX do aludido dispositivo legal, mediante a aceitação do cumprimento de tais condições, por parte dos pacientes.

Posteriormente, em 12/4/2017, o Magistrado de primeiro grau indeferiu o pedido de revogação da medida cautelar de monitoramento eletrônico, consignando o seguinte:

1.2- *Maykon Feitosa Milas*: requereu a revogação das medidas cautelares impostas ao réu, especialmente o monitoramento eletrônico, alegando que inexistente qualquer indicativo de descumprimento das medidas fixadas, bem como em consideração ao tempo que vem cumprido.

Aduz, ainda, que apesar das medidas cautelares terem conseqüências menos gravosas que a prisão preventiva, não pode ser alvo de banalização e serem tidas como regra para substituição da medida extrema, eis que, de uma forma ou de outra, cerceiam o direito à liberdade do réu.

O Ministério Público manifestou pelo indeferimento do pedido (fls. 2.433/2.439).

Pois bem.

Após análise dos autos, entendo que o requerimento formulado pelo acusado também não merece acolhida.

O deferimento de pedido de revogação das medidas diversas da prisão pressupõe a caracterização de fato superveniente indicativo da insubsistência da situação fática motivadora da decretação das cautelares.

Contudo, na hipótese dos autos, o requerente não trouxe qualquer fato novo apto a demonstrar a desnecessidade da manutenção das cautelares decretadas, considerando, inclusive, que inobstante a instrução esteja encerrada, as medidas também foram estabelecidas para preservar a ordem pública, ante a gravidade das condutas que lhe foram imputadas, as quais atingiram toda a coletividade de forma nociva.

O sentimento de impunidade e a descrença no Judiciário são motivos suficientes para levar à desordem, o que deve ser combatido com a imposição das necessárias medidas cautelares.

Vale registrar, que após ter sido beneficiado com as medidas cautelares diversas da prisão, o acusado foi preso em flagrante delito pela prática do crime de embriaguez ao volante, tipificado no art. 306 do CTB, o que demonstra sua propensão a práticas delitivas.

A decisão proferida pelo E. TJMT que aplicou o monitoramento eletrônico ao acusado se mostra devidamente fundamentada, como forma de fiscalizar o cumprimento das medidas judiciais impostas, bem como conhecer a localização do indivíduo, sendo, portanto, um eficiente meio alternativo, capaz de substituir a prisão provisória.

Ademais, os fatos que pesam contra o acusado são graves e há indícios suficientes para se concluir que em liberdade possa voltar a delinquir, como demonstrou fazê-lo quando da substituição de sua prisão por medidas cautelares diversas.

Sabe-se que a desenfreada incidência de crimes dessa natureza, impõe ao Judiciário a adoção de medidas que possam resguardar a ordem pública, minimizando o crescente quadro de violência que presentemente vivência a nossa sociedade.

A manutenção da ordem pública, ademais, é condição para que haja a efetiva credibilidade na justiça por parte da sociedade.

Ademais, não vislumbro também nos autos constrangimento ilegal por excesso de prazo, já que a instrução está encerrada. Incide, na espécie, o Enunciado Sumular 52 do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual: "Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo" (fls. 38/39).

O Tribunal de origem, por sua vez, manteve a decisão de piso, nos termos da seguinte fundamentação:

No que tange à revogação da medida cautelar consistente em uso de monitoramento eletrônico por meio de tornozeleira, imposta ao paciente no julgamento do HC n. 48.213/2016, realizado no dia 04 de maio de 2016 por esta Terceira Câmara Criminal, da análise do vertente álbum processual apreende-se que tal pedido não merece guarida.

Com efeito, naquela oportunidade, este magistrado e seus pares entenderam que a segregação cautelar do paciente configurava medida desproporcional no caso em tela, ressaltando que não obstante os crimes que lhe foram imputados sejam extremamente graves, não foram praticados mediante violência ou grave ameaça à pessoa, bem assim que ele ostenta predicados pessoais favoráveis, dentre eles primariedade, residência fixa e exercício de atividade laboral lícita.

Como é de trivial sabença, as medidas cautelares diversas da prisão, ainda que mais benéficas, também implicam em restrições de direitos fundamentais individuais, incluindo, em menor medida, a liberdade ambulatorial, antes do advento de sentença transitada em julgado.

Por conseguinte, é imprescindível que se demonstre, sempre mediante ordem devidamente fundamentada, a necessidade da providência judicial restritiva para fins de se acautelar os meios e o resultado da investigação ou do processo penal ou, excepcionalmente, o próprio corpo social (art. 282, I, da Lei Adjetiva Penal), além da sua adequação à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do acusado (art. 282, II, do *Codex* em referência). Ou com asseverou o Ministro Rogerio Schietti Cruz do Superior Tribunal de Justiça, em comparativo com a prisão preventiva, “o que varia, portanto, não é a justificativa ou a razão final da cautela, mas a dose de sacrifício pessoal decorrente de cada uma delas” (STJ, HC 36.443/SP, Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJu 16.09.2014).

[...].

Constata-se, pois, que a fundamentação lançada tanto em primeiro grau, quanto nesta instância revisora para a imposição do monitoramento eletrônico ao paciente calcou-se na necessidade de se garantir a ordem pública, em razão da gravidade concreta dos crimes que lhe foram imputados, consistentes em extorquir (profissionais liberais e empreendedores do Estado de Mato Grosso, que, em tese, arcavam com o pagamento de quantias vultosas para não terem seus nomes expostos na imprensa local; bem como para evitar sua reiteração delitativa, uma vez que, mesmo depois de agraciado com as referidas medidas cautelares, ele praticou, em tese, o delito de condução de veículo automotor embriagado (art. 306, do Código de Trânsito Brasileiro).

Anote-se, por oportuno, que a manutenção do monitoramento eletrônico ao paciente igualmente se faz necessária para assegurar o adimplemento das demais medidas cautelares que lhe foram estabelecidas - dentre elas o recolhimento domiciliar noturno e a impossibilidade de ausentar-se desta comarca sem prévia solicitação - posicionamento, esse, que está em consonância com a doutrina do Professor Renato Brasileiro, para quem:

[...].

Assim, conquanto as medidas cautelares pessoais estejam sujeitas à cláusula *rebus sic stantibus*, ou seja, a decisão que as decreta não é imutável, mas condicionada à situação fática que a ensejou em um primeiro momento, na hipótese em debate, é forçoso reconhecer que não houve alteração fática que autorizasse a modificação das medidas cautelares aplicadas ao paciente.

Não é outro o regramento legal pertinente, segundo o qual “o juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem” (art. 282, § 5º, do Código de Processo Penal). Contudo, na espécie, verifica-se que entre a imposição das referidas medidas cautelares, dentre elas o monitoramento eletrônico, e a vertente impetração, não houve modificação da situação processual do paciente que ensejasse a revogação da medida reprochada.

Por outra vertente, no que diz respeito ao prolapado constrangimento ilegal decorrente do excesso de prazo para a formação da culpa, conquanto a tramitação do feito originário se estenda por aproximadamente um ano ao tempo da impetração, é imperativo registrar que não ficou demonstrado que o prolongamento da marcha processual reclamado tenha decorrido da desídia da presidente do feito ou de pedidos meramente protelatórios do órgão ministerial, circunstâncias, essas, que denotando a inexistência de razoabilidade na duração do processo, poderiam ensejar o deferimento da ordem em favor do paciente.

Deveras, no caso deste caderno processual, observa-se que o processo originário tramita regularmente, bem como que eventual elastério na sua tramitação decorre da sua complexidade, uma vez que apura a suposta existência de uma organização criminosa, chefiada intelectualmente por Antonio Carlos Milas, auxiliado por seus filhos Maykon Feitosa Milas, paciente, e Max Feitosa Milas, a qual se utilizava, em tese, indevidamente de informações tributárias sigilosas constantes no sistema informático ISS.Net-On-Line para extorquir diversas vítimas, exigindo delas pagamento em dinheiro, sob pena de exposição das informações adquiridas na mídia que o grupo controla: *Grupo Milas de Comunicação*, constituído por diversas empresas de comunicação midiática pertencentes à família, abrangendo jornal impresso e *sites*.

Impende-se ressaltar, ademais, que as condutas delitivas em referência além de terem sido realizadas de forma reiteradas, foram praticadas em pluralidade de réus (três), contra diversas vítimas, dentre os quais se destacam: Alan Exupéry de Araújo e Emmanuel de Araújo (sócios da sociedade empresária Stelmat Teleinformatica Ltda), Filinto Muller, José Ari de Almeida, Leonardo da Silva Cruz (advogado), Marilena Aparecida Ribeiro e Silva, Pascoal Santullo (Secretário Municipal de Gestão do Município de Cuiabá), Pedro Jamil Nadaf (ex-Secretário da Casa Civil do Estado de Mato Grosso), Sidney Garcia, Willians Paulo Mischur, Silva da Cunha Barbosa (ex-Governador do Estado de Mato Grosso), Mauro Mendes (Prefeito de Cuiabá), Virgínia Mendes (Primeira Dama de Cuiabá) etc.

Demais disso, tem-se que a instrução processual do feito originário, embora se encontre encerrada, foi extremamente complexa, durou oito dias - fora o tempo levada para o cumprimento das cartas precatórias expedidas - oportunidade em que foram ouvidas diversas testemunhas da acusação e defesa, além das 11 (onze) vítimas e 06 (seis) réus.

Ressalte-se, ainda nessa senda, que da análise do vertente feito apreende-se que foram manejados diversos requerimentos na primeira e na segunda instâncias, em favor do paciente e dos corréus, dentre eles revogação das prisões preventivas, audiências admonitórias para colocação de tornozeleira, pleitos de retirada da tornozeleira, autorização de deslocamento, além de mais de mais de 10 (dez) *habeas corpus* perante este Sodalício, atitudes que, não obstante represente salutar exercício de garantia constitucional, a priori, enseja o atraso na marcha processual, vez que há necessidade de encaminhamento do processo ao

órgão ministerial, aos advogados constituídos, além de remessas para o gabinete do juiz e para a secretaria, por diversas vezes etc.

Por outro lado, cabe ressaltar que os prazos no processo penal devem ser contados de forma global; e, que o alegado excesso de prazo para a formação da culpa, deve ser aferido em observância aos limites da razoabilidade, considerando-se as peculiaridades e as circunstâncias excepcionais que norteiam cada caso, haja vista que o interregno estabelecido para conclusão do processo não se restringe à simples soma aritmética dos prazos processuais.

[...].

Anote-se, por derradeiro, que, na hipótese em apreciação, ainda que o excesso não estivesse plenamente justificado pelo princípio da razoabilidade, como dito linhas volvidas, a instrução criminal se encontra encerrada, incidindo, portanto, o entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça Cidadania, no verbete n. 52, que está assim redigido: “Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo” (fls. 290/294).

Quanto ao ponto, é certo que, nos termos do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal – CF, a fundamentação das decisões judiciais constitui elemento absoluto de validade e, conseqüentemente, caracteriza pressuposto de eficácia dos atos decisórios. Dessa forma, decisões carentes de fundamento devem ser expurgadas do ordenamento jurídico por afrontarem determinação constitucional.

A inserção das cautelares alternativas no direito brasileiro deu-se por meio da Lei n. 12.403/2011 para fortalecer a ideia de subsidiariedade da medida mais gravosa, insculpida em princípio segundo o qual a restrição completa da liberdade do indivíduo deverá ser utilizada apenas quando insuficientes medidas menos drásticas.

Dessa forma, a doutrina sinaliza que, para a aplicação de medidas cautelares alternativas, como forma de substituição da segregação, devem estar presentes os mesmos requisitos exigidos para a prisão preventiva, uma vez que buscam o mesmo fim, apenas por intermédio de mecanismo menos traumático.

Cabe destacar, aqui, os ensinamentos de Aury Lopes Jr. em seu livro de Direito Processual Penal, 13ª edição, publicado em 2016:

São medidas cautelares e, portanto, exigem a presença do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, não podendo, sem eles, serem impostas. (...).

A medida alternativa somente deverá ser utilizada quando cabível a prisão preventiva, mas, em razão da proporcionalidade, houver outra restrição menos onerosa que sirva para tutelar aquela situação (fl. 674).

No caso dos autos, o acórdão atacado é claro ao indicar que a custódia preventiva imposta ao ora paciente foi escorada em fundamentos concretos, ressaltando, inclusive, a gravidade concreta do delito, ante o *modus operandi* da ação delituosa. Contudo, reconhecida a desproporcionalidade da medida mais gravosa e a suficiência da imposição de medidas menos drásticas, foram aplicadas algumas medidas cautelares alternativas, entre elas o monitoramento eletrônico que se busca revogar.

Estão presentes, portanto, o *periculum libertatis* e o *fumus commissi delicti*. O primeiro inerente ao *modus operandi* empregado, e à gravidade concreta das condutas, tendo em vista que, de forma ilegal obtinham informações tributárias sigilosas e passavam a extorquir as vítimas, obrigando-as a arcar com exorbitantes quantias para não terem seus nomes expostos na imprensa local. Já o segundo requisito foi preenchido pelo oferecimento da denúncia, na qual foram imputados ao paciente e aos corréus os delitos de extorsão e organização criminosa.

Assim, preenchidos e efetivamente demonstrados os requisitos autorizadores, passa-se à avaliação da proporcionalidade da medida de monitoramento eletrônico imposta ao paciente.

Nesse ponto, destaco a doutrina capitaneada pelo eminente Ministro Rogério Schietti Cruz que, ao discorrer sobre a finalidade das cautelares alternativas, avalia a discricionariedade do Juízo singular, sempre norteada pelo apregoado no art. 282 do Código de Processo Penal – CPP. *In verbis*:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - *necessidade* para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - *adequação* da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Quiçá *uma das maiores dificuldades na aplicação das novas cautelas pessoais seja a de decidir, ante as especificidades do caso concreto, qual (ou quais) das providências indicadas no artigo 319 melhor servirá(ão) para atender às exigências cautelares.*

A lei deixa ao juiz uma prudente margem de discricionariedade, regrada, todavia, por critérios indicados no artigo 282 do CPP. (...)

Feita essa ressalva, é de dizer que, ao se examinarem as medidas cautelares diversas da prisão arroladas no artigo 319 do CPP (com o acréscimo da cautela

indicada no artigo 320), percebe-se que algumas delas fazem referência ao fim a que se propõem, enquanto outras nada dizem a respeito.

É possível, então, fazer uma correlação entre cada uma das medidas cautelares diversas da prisão e os respectivos fins a que se dirigem (...)

Daí porque PACELLI DE OLIVEIRA (2011, p. 26) conclui que, “desde que mantida a vinculação da fundamentação da cautelar às finalidades genéricas de sua concessão (artigo 282, I e II, CPP), nada impedirá a aplicação de qualquer uma delas, mesmo quando afastada da definição legal de seu objetivo. Entendimento contrário, além de conduzir a grave retorno a um arcaico positivismo legalista, em que se vê o legislador como ser onipotente e incapaz de erros ou limitações, poderá justificar o incremento e a preferência pela prisão preventiva, sempre que uma finalidade cautelar não estiver contida na respectiva definição legal” (*in* Prisão Cautelar - Dramas, princípios e alternativas, Ed. JusPODIVM, Salvador, 2018, fls. 217/221).

Imperioso citar, ainda, Pacelli de Oliveira quanto ao tema, pois seu entendimento demonstra a importância do binômio necessidade-adequação como norte ao magistrado na aplicação do direito:

Necessidade e adequação, portanto, são os referenciais fundamentais na aplicação das medidas cautelares pessoais no processo penal.

E ambas as perspectivas se reúnem no já famoso postulado, ou princípio (como prefere a doutrina), da *proporcionalidade*.

(...).

Então, o juízo de proporcionalidade na aplicação das medidas cautelares deverá também se orientar por tais perspectivas, e, de modo mais sensível, naquelas atinentes à proibição do excesso de adequação da medida (*in* Curso de Processo Penal, Ed. Atlas, São Paulo, 2016, fls. 506/507).

Vê-se, portanto, que o próprio texto dos incisos do art. 319 do CPP indica a finalidade da imposição de determinada medida e, dessa forma, uma vez preenchidos os requisitos legais que autorizam a restrição da liberdade do indivíduo, mostra-se prescindível exigir que o magistrado proceda ao exaurimento da motivação que o levou a escolher cada uma das medidas, sem que isso configure descumprimento do art. 93, inciso IX, da CF/88.

Dessa forma, a imposição das medidas cautelares verificadas na hipótese, em especial o monitoramento eletrônico, não se mostra desarrazoada ou desproporcional ao caso concreto, mormente quando se cuida de conduta delitiva de extrema gravidade como visto em linhas pretéritas. Ademais, é certo

que o monitoramento eletrônico é imperioso para viabilizar o controle das atividades do agente, bem como do cumprimento das demais medidas impostas.

Nesse sentido:

Processual Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Fraude em licitação. Peculato. Organização criminosa. Ausência de contrato firmado entre a Prefeitura Municipal de Patos/PB e o Posto de Combustíveis Mastergás. Revolvimento fático-probatório. Inviabilidade na via eleita. Imposição de medidas cautelares diversas da prisão. Proporcionalidade. Decisão devidamente fundamentada. Risco de reiteração delitiva. *Habeas corpus* não conhecido.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou 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 - A alegação de que “ao contrário daquilo que foi descrito na decisão que originou este *habeas corpus*, não existe, e nunca existiu, durante a gestão do paciente, iniciada em janeiro de 2017, nenhum contrato firmado entre a Prefeitura Municipal de Patos/PB e o posto de combustíveis *Mastergás*” demandaria revolvimento fático-probatório, não sendo possível a análise na via estreita do *writ*.

III - A prisão preventiva enquanto medida de natureza cautelar, não pode ser utilizada como instrumento de punição antecipada do indiciado ou do réu, nem permite complementação de sua fundamentação pelas instâncias superiores (v.g. HC n. 93.498/MS, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 18/10/2012). Sob tal contexto, a Lei n. 12.403/2011 estabeleceu a possibilidade de imposição de medidas alternativas à prisão cautelar, no intuito de permitir ao magistrado, diante das peculiaridades de cada caso concreto, e dentro dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, estabelecer a medida mais adequada.

IV - Na hipótese, o magistrado estabeleceu, fundamentadamente, as medidas contidas no art. 319 que achou adequadas ao caso concreto. As medidas cautelares impostas se mostram absolutamente de acordo com os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e adequação, pois, se amoldam perfeitamente à hipótese e revela-se prematura a revogação de tais medidas, que poderão ser revistas por ocasião de eventual sentença condenatória.

V - Não se pode olvidar, ademais, o fato de o paciente, supostamente, fazer parte de organização criminosa especializada na fraude de licitações e no desvio de dinheiro público, circunstância que reforça a manutenção das medidas cautelares pelo fundado receio de reiteração delitiva. Não havendo elementos que indiquem, de maneira inequívoca, a possibilidade de revogação de tais medidas, a manutenção destas se faz necessária.

Habeas corpus não conhecido (HC 467.120/PB, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 06/11/2018, DJe 13/11/2018).

Processual Penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Roubo majorado. Medida cautelar de comparecimento em juízo. Cautelar devidamente fundamentada. Gravidade da conduta. Circunstâncias do fato. Ausência de proporcionalidade e adequação. Inocorrência. Recurso ordinário desprovido.

I - A Lei n. 12.403/2011 estabeleceu a possibilidade de imposição de medidas alternativas à prisão cautelar, no intuito de permitir ao magistrado, diante das peculiaridades de cada caso concreto, e dentro dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, estabelecer a medida mais adequada.

II - In casu, não obstante a substituição das medidas cautelares originalmente impostas por uma única de comparecimento mensal em juízo pelo prazo de 6 (seis) meses, verifica-se que a medida em apreço encontra-se devidamente fundamentada, mormente, quando o “delito em questão envolve grave ameaça, sendo praticado, ao que tudo indica, em concurso de pessoas, o que demonstra a reprovabilidade da conduta”; tenho, pois, que a aplicação de tal medida se amolda perfeitamente à reprovabilidade da conduta, ante a gravidade concreta do delito e as circunstâncias do fato, nos termos do art. 282, inciso II, do Código de Processo Penal.

III - Não havendo elementos que indiquem, de maneira inequívoca, a possibilidade de revogação de tal medida, esta deve, portanto, ser mantida por seus próprios fundamentos.

Recurso ordinário desprovido (RHC 101.072/MG, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 11/09/2018, DJe 19/09/2018)

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Furto qualificado. Medidas cautelares. Defesa questiona adequação e proporcionalidade. Recolhimento domiciliar noturno. Legalidade. Evitar reiteração delitiva. Reincidente. Responde a outra ação penal. Ausência de constrangimento ilegal. Recurso conhecido e não provido.

1. A Lei 12.403/2011 estabeleceu a possibilidade de imposição de medidas alternativas à prisão cautelar, no intuito de permitir ao magistrado, diante das peculiaridades de cada caso concreto das condições pessoais do agente, mediante decisão fundamentada e dentro dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, resguardar a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal.

2. Ao recorrente foi concedida liberdade provisória mediante a imposição de medidas cautelares alternativas, dentre elas, recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga e monitoração eletrônica, as quais são questionadas pela defesa.

3. *É legítima a imposição de medidas cautelares em substituição à prisão preventiva, especialmente a de recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga, porquanto amparada nas circunstâncias do caso concreto e nas condições pessoais*

do acusado, que é reincidente e responde a outra ação penal pela suposta prática de delito da mesma espécie. O art. 282 do Código de Processo Penal, em seu inciso II, estipula que as medidas cautelares poderão ser aplicadas observando-se, entre outras, as condições pessoais dos acusados.

4. Com efeito, a persistência do agente na prática criminosa justifica a interferência estatal com a imposição das medidas cautelares vergastadas, porquanto esse comportamento revela uma periculosidade social e compromete a ordem pública

5. Recurso conhecido e não provido (RHC 101.138/MG, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 11/09/2018, DJe 21/09/2018).

Noutro ponto, esta Corte Superior tem o entendimento de que, somente configura constrangimento ilegal por excesso de prazo na formação da culpa, apto a ensejar o relaxamento da prisão cautelar, a mora que decorra de ofensa ao princípio da razoabilidade, consubstanciada em desídia do Poder Judiciário ou da acusação, jamais sendo aferível apenas a partir da mera soma aritmética dos prazos processuais.

Conforme se percebe do acórdão impugnado e do andamento da ação penal obtida no endereço eletrônico do Tribunal de origem, verifica-se que o processo tem seguido regular tramitação, não se evidenciando prazos excessivamente prolongados para a realização dos atos processuais. Observo que eventual delonga para conclusão do feito não pode ser atribuída ao Juízo, mas às peculiaridades do caso, considerando a complexidade do feito ante a pluralidade de réus e de vítimas e a necessidade de expedição de cartas precatórias, bem como as inúmeras intervenções defensivas na busca de revogação das prisões preventivas e das medidas cautelares impostas.

Não há, pois, falar em desídia do Magistrado condutor, o qual tem diligenciado no sentido de dar andamento ao processo, não podendo ser imputada ao Judiciário a responsabilidade pela demora, como bem fundamentado pelo Tribunal de origem.

A propósito, colaciono os seguintes precedentes:

Processual Penal e Penal. Recurso em *habeas corpus*. Prisão preventiva. Peculato. Falsidade ideológica. Organização criminosa. Aplicação de medidas alternativas ou substituição por prisão domiciliar. Matérias não apreciadas pelo Tribunal de origem. Supressão de instância. Excesso de prazo. Princípio da razoabilidade. Expedição de cartas precatórias. Pluralidade de testemunhas e réus. Diversas imputações. Razoabilidade. Súmula n. 64/STJ. Constrangimento ilegal não verificado. Recurso em *habeas corpus* improvido.

1. As matérias relativas à aplicação de medidas alternativas e à substituição da prisão preventiva por domiciliar não foram objeto de análise do Tribunal de origem, motivo pelo qual esses pontos não poderão ser conhecidos por esta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância.

2. *A aferição da razoabilidade da duração do processo não se efetiva de forma meramente aritmética. Nesta perspectiva, não se verifica ilegalidade quando o andamento processual encontra-se compatível com as particularidades da causa, não se tributando, pois, aos órgãos estatais indevida letargia.*

3. Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução provocado pela defesa (Súmula 64).

4. Recurso em *habeas corpus* improvido (RHC 95.017/CE, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 11/06/2018).

Processual Penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Estelionato. Receptação. Associação criminosa. Falsificação de papéis públicos. Adulteração de sinal identificador de veículo automotor. Prisão cautelar devidamente fundamentada na garantia da ordem pública. Periculosidade do agente. Necessidade de diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa. Excesso de prazo. Não ocorrência. Inviabilidade de análise de possível pena a ser aplicada. Recurso ordinário desprovido.

I - A segregação cautelar deve ser considerada exceção, já que tal medida constritiva 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 - No caso, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em dados concretos extraídos dos autos, aptos a demonstrar a indispensabilidade da prisão para a garantia da ordem pública, notadamente se considerada a participação do agente em associação criminosa, sendo supostamente o "responsável por ocultar veículos de origem criminosa e representa elo entre a associação criminosa ora investigada e outra, cuja extensão se desconhece, do Estado da Bahia".

III - Sobre o tema, já se pronunciou o col. Supremo Tribunal Federal no sentido de que "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" (HC n. 95.024/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 20/2/2009).

IV - *O prazo para a conclusão e julgamento do feito não tem as características de fatalidade e de improrrogabilidade, fazendo-se imprescindível raciocinar com o juízo de razoabilidade para definir o excesso de prazo, não se ponderando a*

mera soma aritmética dos prazos processuais para a aferição do eventual excesso (precedentes).

V - Revela-se inviável a análise de eventual pena ou regime a serem aplicados em caso de condenação, a fim de determinar possível desproporcionalidade da prisão cautelar, uma vez que tal exame deve ficar reservado ao Juízo de origem, que realizará cognição exauriente dos fatos e provas apresentados no caso concreto.

VI - Condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, ocupação lícita e residência fixa, não têm o condão de, por si só, garantirem ao recorrente a revogação da prisão preventiva se há nos autos elementos hábeis a recomendar a manutenção de sua custódia cautelar. Pela mesma razão, não há que se falar em possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, o que ocorre na hipótese.

Recurso ordinário desprovido (RHC 98.398/MG, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 28/06/2018).

Ademais, conforme alertado pelo Tribunal de origem, a instrução do processo já se encontra encerrada, razão pela qual incide ao caso a Súmula n. 52 deste Superior Tribunal de Justiça, que prevê:

Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo.

No mesmo sentido:

Agravo regimental em *habeas corpus*. Roubo majorado. Prisão preventiva. Excesso de prazo para a formação da culpa. Processo na fase de alegações finais. Instrução encerrada. Incidência da Súmula 52 do STJ. Recurso desprovido.

1. Encontrando-se o processo na fase de alegações finais fica prejudicado o pedido de liberdade provisória fundamentado na alegação de excesso de prazo da prisão preventiva. Incidência do enunciado n. 52 da Súmula desta Corte. Precedentes.

2. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no HC 318.701/AL, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 26/10/2015).

Nesse contexto, não verifico a presença de constrangimento ilegal capaz de justificar a revogação das medidas cautelares impostas ao paciente.

Diante do exposto, voto no sentido de não conhecer do presente *habeas corpus*, recomendando, entretanto, que o Juízo de 1º grau reavalie a necessidade de manutenção do monitoramento eletrônico.

HABEAS CORPUS N. 449.361-PR (2018/0109542-3)

Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca
Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Paraná
Advogado: Defensoria Pública do Estado do Paraná
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná
Paciente: Jaqueline Barroso da Silva
Paciente: Joberson dos Santos Pacheco
Paciente: Julio Cesar Honaiser
Paciente: Lenice Nicodemos de Almeida
Paciente: Silvio Ribeiro
Paciente: João Galdino de Almeida
Paciente: Ederson Douglas Branco

EMENTA

Execução penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso próprio. Inadequação da via eleita. Mutirão carcerário. Projeto Cidadania dos Presídios. Ofensa ao princípio do juiz natural. Inexistência. Nulidade não arguida pelo titular da ação penal, acolhida pela Corte de origem contra os reeducandos. Ofensa ao princípio *non reformatio in pejus*. Súmula 160 do STF. Pedido de extensão. Inviabilidade. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

2. Consolidou-se nesta Corte Superior de Justiça entendimento no sentido de que não ofende o princípio do juiz natural a designação

de magistrados em regime de mutirão (penal, cível ou carcerário), no interesse objetivo da jurisdição, para atuar em feitos genericamente atribuídos e no objetivo da mais célere prestação jurisdicional. Precedentes.

3. No caso concreto, não houve escolha de magistrados para julgamento deste ou daquele processo. Pelo contrário, a designação se deu de maneira ampla e indiscriminada para a atuação em período certo de tempo, de modo a conferir eficiência à prestação jurisdicional e efetividade ao princípio da duração razoável dos processos, conforme o disposto na Instrução Normativa Conjunta n. 2/2017, firmada pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e pelo Corregedor-Geral de Justiça.

4. Ainda que assim não fosse, causa perplexidade a anulação, de ofício, pela 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, das decisões proferidas em sede de mutirão carcerário, quando referidos decisórios não foram objeto de recurso por parte do titular da ação penal, em manifesta afronta à Súmula 160 do STF, redigida nos seguintes termos: *É nula a decisão do Tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não arguida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício.*

5. Tal procedimento caracteriza violação do princípio *non reformatio in pejus*, conforme jurisprudência consolidada por este Tribunal. Precedentes.

6. Por fim, no que tange ao pedido de extensão da ordem para beneficiar outros sentenciados não relacionados no presente *mandamus*, de ressaltar que, sendo distintas as situações - haja vista a condenação por crimes diversos e/ou a penas diferentes -, incabível a extensão dos benefícios concedidos, porquanto, conforme o delito praticado, a longevidade da pena e o histórico prisional, cada preso terá, eventualmente, direito ao gozo de benefícios diferenciados, cabendo ao Juízo das Execuções Criminais a análise individualizada de cada encarcerado, até mesmo porque, diante do tempo decorrido, outros obstáculos à concessão das benesses poderão ter-se verificado.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Contudo, *ordem concedida de ofício* para cassar os acórdãos proferidos pelo Tribunal *a quo* nos Conflitos de Competência n. 0000756-05.2016.8.16.0009,

0000756-05.2016.8.16.0009, 000653-91.2012.8.16.0009, 0000730-12.2013.8.16.0009, 0001704-64.2016.8.16.0067, 0001746-64.2014.8.16.0009, 0006309-02.2011.8.16.0173, na parte em que *anularam, de ofício, as decisões concessivas de progressão de regime*, e, em consequência, restabelecer as decisões concessivas de progressão de regime e/ou livramento condicional e/ou monitoração eletrônica, proferidas em sede de mutirão carcerário, em favor dos pacientes elencados na peça vestibular do presente *habeas corpus*, desde que não existam outros óbices, verificados após os referidos decisórios, impeditivos das citadas benesses.

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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 12 de março de 2019 (data do julgamento).

Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Relator

DJe 25.3.2019

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de *Ederson Douglas Branco e Outros* contra acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, nos processos de execução dos ora pacientes.

Alega a impetrante que “Os pacientes cumprem pena regularmente em processos executórios na Vara de Execução de Penas e Réus ou Vítimas Femininas e de Medidas de Segurança de Curitiba/PR e foram beneficiados com decisões proferidas em sede de mutirão carcerário, por juíza de direito designada, realizado entre 4 e 15 de dezembro de 2017, parte do Projeto “Cidadania nos Presídios”, do TJPR” (e-STJ fl. 1).

Afirma que, *Alegando violação do princípio do juiz natural e designação de juíza em desacordo as resoluções do TJPR e do CNJ, o Juízo da Vara de Execução de Penas de Réus ou Vítimas Femininas e de Medidas de Segurança de Curitiba suscitou conflito positivo de competência em todos os casos supra listados. E em todos eles (0000756-05.2016.8.16.0009, 0000756-05.2016.8.16.0009, 000653-91.2012.8.16.0009, 0000730-12.2013.8.16.0009, 0001704-64.2016.8.16.0067, 0001746-64.2014.8.16.0009 e 0006309-02.2011.8.16.0173), a 5ª Câmara Criminal do TJPR entendeu por não conhecer do conflito de jurisdição – por não poder existir, afinal, conflito de jurisdição dentro de um mesmo juízo – mas anularam, de ofício, as decisões concessivas de progressão de regime. Não houve intimação da Defensoria Pública ou da defesa técnica em qualquer momento ou mesmo da decisão ao final proferida, tendo vários dos pacientes já sido novamente presos e regredidos ao regime fechado.*

Sustenta “a plena legalidade da realização de mutirões carcerários com juízes designados e flexibilização de requisitos para direitos da execução penal (STF, REXT 641.320, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 11/05/2016) e a ausência de participação da defesa técnica na decisão que restou por anular decisões concessivas de progressão de regime (violação do art. 5º, LV, da CF e do art. 196 da LEP)” [e-STJ fl. 3].

Requer, nesse diapasão, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem “com a determinação de anulação das decisões da 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná nos autos acima referenciados e o restabelecimento das decisões concessivas de progressão de regime e/ou livramento condicional e/ou monitoração eletrônica proferidas em sede de mutirão carcerário em favor dos pacientes nominalmente listados”. Pede, ainda, “a extensão da ordem, de ofício, a fim de abarcar casos idênticos não expressamente mencionados no presente *writ*, delimitados às decisões proferidas no mutirão carcerário realizado entre 4 e 17 de dezembro de 2017, em Curitiba/PR”.

Liminar indeferida (e-STJ fls. 100/102).

Informações prestadas pelo Presidente do TJPR (e-STJ fls. 108/434 e 447/452).

O Ministério Público Federal opina pela denegação da ordem (e-STJ fls. 436/443).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca (Relator): O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo em que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113.890, Relatora Ministra *Rosa Weber*, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014; STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro *Sebastião Reis Júnior*, Quarta Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014; e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra *Laurita Vaz*, Quinta Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014).

Embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa, passo à análise do pleito a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Na espécie, a Corte de origem anulou, de ofício, decisões favoráveis aos sentenciados, ora pacientes - proferidas em sede de execução penal por magistrada designada em regime de mutirão carcerário, com base em resolução do CNJ -, sob a alegação de ofensa aos princípios do juiz natural.

Preambularmente, a impetrante afirma que não houve intimação da Defensoria Pública ou da defesa técnica em qualquer momento, tendo vários pacientes já sido novamente presos e regredidos ao regime fechado.

Estabelece o art. 319 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, *verbis*:

Art. 319. Decorrido o prazo, com informações ou sem elas, será ouvido, em cinco dias, o Ministério Público. Em seguida, se o Relator entender desnecessárias diligências, apresentará o conflito a julgamento.

Portanto, o referido regramento não prevê a intimação dos interessados acerca do dia e horário do julgamento do conflito de competência, mas, tão somente, a apresentação do conflito para a respectiva apreciação após a chegada das informações e a oitiva do Ministério Público.

A propósito, no âmbito desta Superior Corte de Justiça, consolidou-se entendimento no sentido da ausência de nulidade por falta de intimação dos

interessados para o julgamento do conflito de competência, pois o regimento interno prevê a apresentação do feito em mesa.

Confira-se:

Conflito de competência. Embargos de declaração. Desnecessidade de intimação. Julgamento em mesa. Arquivamento da investigação do delito de jurisdição federal. Omissão. Suprimento. Conexão inexistente. Competência estadual.

1. *A ausência de intimação dos interessados para o julgamento do feito não gera nulidade, pois é o conflito de competência apresentado em mesa para o julgamento, nos termos do art. 91, I, do RI desta Corte.*

2. O arquivamento do inquérito quanto ao único delito de jurisdição federal investigado, como fato não conhecido e de suprimento da omissão necessário, propicia excepcionais efeitos infringentes aos declaratórios, para reconhecer a competência do Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal de São Luís/MA, ora suscitante. (grifei)

(EDcl no CC 132.126/MA, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Terceira Seção, julgado em 25/03/2015, DJe 10/04/2015)

Na espécie, não há comprovação nos autos no sentido de que a defesa formulou pedido expresso de intimação acerca da sessão de julgamento, não havendo que se falar em nulidade por tal motivo.

Incide, na espécie, *mutatis mutandis*, a seguinte diretriz jurisprudencial (sem grifos no original):

Recurso em *habeas corpus*. Associação para o tráfico. Alegação de nulidade pela ausência de intimação do advogado para a sessão de julgamento do *habeas corpus* impetrado no Tribunal de origem. Ausência de pedido expresso. Nulidade afastada. Constrangimento ilegal pelo excesso de prazo no encerramento da instrução processual. Cerceamento de defesa pela falta de acesso às gravações telefônicas. Superveniência de sentença condenatória. Pedidos prejudicados.

1. *O julgamento do habeas corpus, em razão de seu rito sumário, independe de pauta ou qualquer outro tipo de comunicação ao advogado do paciente, sendo o processo colocado em mesa para julgamento, salvo se houver pedido expresso de intimação ou ciência prévia para expor oralmente ao colegiado as razões da impetração, o que não ocorreu nos autos.*

2. Considerando a superveniência de sentença condenatória, tem-se a expedição de novo título judicial, o que prejudica o enfrentamento tanto do tema de excesso de prazo da instrução, como a própria alegação de cerceamento da defesa, cabível de enfrentamento na pertinente apelação.

3. Recurso em *habeas corpus* parcialmente prejudicado e, no restante, improvido.

(RHC 27.528/RJ, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 27/10/2015, DJe 16/11/2015)

Penal. Processo Penal. Embargos de declaração. *Habeas corpus*. Pedido de sustentação oral. Julgamento realizado sem intimação. Ofensa à ampla defesa. Embargos acolhidos.

1. *Inexiste previsão legal ou regimental de intimação da pauta de julgamento do habeas corpus, que é levado em mesa, dado o rito célere do remédio constitucional, contudo, havendo manifestação expressa do impetrante no sentido de ser comunicado da sessão em que o feito será levado à deliberação perante o colegiado, com a finalidade de proferir sustentação oral, configura cerceamento de defesa e constrangimento ilegal a realização do julgamento sem a prévia intimação da defesa. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.*

2. Embargos providos para seja renovado o julgamento do *habeas corpus* com a prévia intimação dos defensores da paciente.

(EDcl no HC 154.325/PR, Rel. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador Convocado do TJ/CE), Sexta Turma, julgado em 21/06/2011, DJe 10/08/2011)

Em relação especificamente à sentenciada ***Jaqueline Barroso da Silva***, houve intimação do respectivo defensor a respeito da inclusão dos autos na pauta da sessão de julgamento, razão pela qual, quanto a ela, por este motivo, também não há que se falar em nulidade.

Por outro lado, no que tange ao princípio do juiz natural, consolidou-se nesta Corte Superior de Justiça entendimento no sentido de que não ofende tal princípio a designação de magistrados em regime de mutirão (penal, cível ou carcerário), no interesse objetivo da jurisdição, para atuar em feitos genericamente atribuídos e no objetivo da mais célere prestação jurisdicional.

No caso concreto, não houve escolha de magistrados para julgamento deste ou daquele processo. Pelo contrário, a designação se deu de maneira ampla e indiscriminada para a atuação em período certo de tempo, de modo a conferir eficiência à prestação jurisdicional e efetividade ao princípio da duração razoável dos processos.

Nesse sentido, confira-se o disposto na Instrução Normativa Conjunta n. 2/2017, firmada pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e pelo Corregedor-Geral de Justiça:

Considerando ordem da Exma. Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha, Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, em razão da crise que está atravessando o sistema carcerário nacional:

Considerando que, na ADPF 347, o Supremo Tribunal Federal declarou que vivemos estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário:

Considerando a superlotação carcerária em todas as regiões do Estado, em especial as Delegacias de Polícia, confirmado pelo DEPEN;

Considerando que a prisão é medida excepcional, regida pelos princípios da legalidade estrita e da última *ratio* e a necessidade de se respeitar a capacidade prisional nos termos da Resolução n. 05/16 do CNPCP.

Resolvem

I) Determinar a realização de esforço concentrado em todas as unidades Judiciárias do Paraná com competência criminal e de execução penal, mediante a observância da seguinte rotina de trabalho:

1) Revisão de todas as prisões provisórias com mais de 90 dias e, naquelas que não houver sentença condenatória ou soltura, apresentar previsão de julgamento:

2) Julgamento todos os incidentes de execução penal instaurados, com mais de 10 (dez) dias da instauração,

3) Instauração de ofício de todos os Incidentes de execução penal, com julgamento no período de esforço concentrado (inclusive comutação e indulto):

4) Encaminhamento de relatório final das atividades ao GMF e a Corregedoria-Geral da Justiça, em até 30 (trinta) dias da conclusão dos trabalhos:

5) Verificação de todas as inconsistências apontadas pelo PROJUDI da execução;

6) Oportunamente, o DTIC deverá lançar no sítio do Tribunal de Justiça do Paraná os resultados obtidos pelas unidades judiciárias;

7) O GMF funcionara como órgão de apoio e orientação durante os trabalhos que deverão estar concluídos no prazo do 30 dias.

II. Esta Instrução Normativa entrará em vigor na data de sua publicação.

III. Encaminhem-se cópias deste ato normativo aos magistrados com competência criminal e de execução penal, ao Ministério Público, Defensoria Pública do Estado do Paraná e Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Paraná.

Curitiba, 17 de janeiro de 2017.



Com efeito, os(as) Juízes(as) designados(as) atuaram nos processos criminais e de execuções penais. Entretanto, tal ofício decorreu de mutirão judicial do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, sendo certo que a

designação de tais magistrados partiu de ato prévio e legítimo da Presidência do referido Tribunal e do Corregedor-Geral de Justiça, qual seja, a Instrução Normativa Conjunta n. 2/2017.

Oportuno destacar que não há que se confundir regras de competência com normas administrativas. A competência pertence a Juízo ou Tribunal e segue parâmetros previamente estabelecidos na Constituição da República, nas leis e regramentos de organização judiciária. De outro lado, o Juiz, agente estatal investido de jurisdição, está sujeito às regras administrativas do Tribunal a que é vinculado. Assim, admite-se que magistrados sejam destacados para eventuais substituições ou mutirões em outras Varas ou Comarcas, como ocorreu na espécie.

O que se modificou foi o juiz, não o Juízo. Ademais, dita alteração não se operou para beneficiar pessoas determinadas, haja vista que os novos juízes responsáveis pelo mutirão tinham o ofício de dar andamento a *todas as ações criminais e execuções penais* que se enquadrassem na mencionada instrução normativa.

Recorde-se, uma vez mais, que a atuação da Presidência e da Corregedoria do TJPR decorreu de expressa recomendação do Conselho Nacional de Justiça e da declaração do estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro pela Suprema Corte de Justiça Nacional (ADPF 347). O esforço concentrado foi ordenado, aliás, em *todas* as unidades judiciárias do Paraná com competência criminal e de execução penal, inclusive com julgamento de *todos* os incidentes de execução penal, sem exceção.

Aliás, a diretriz estabelecida pela Administração do TJPR está em perfeita sintonia com os objetivos do Mutirão Carcerário, traçados pelo Conselho Nacional de Justiça. Confirmam-se:

Detalhadamente, os objetivos dos mutirões são:

I. Reexaminar todos os inquéritos e processos de presos provisórios - decidir quanto à manutenção ou não da prisão;

II. Reexaminar todos os processos de presos condenados nos regimes fechados, semiaberto e aberto - decidir quanto à possibilidade de concessão de benefícios da LEP, inclusive quanto à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos;

III. Monitorar as ações do Programa Começar de Novo, estabelecendo novas parcerias e adotando ações que visem à reinserção social e proteção social às famílias dos presos, inclusive com emissão de documentos pessoais;

IV. Estabelecer acordo com a Secretaria de Segurança Pública e outros órgãos públicos, para realização de mutirão de expedição de documentos de identidade;

V. Criar equipe multidisciplinar para o contato com a família dos presos e facilitar as ações do Programa Começar de Novo, especialmente em relação à localização dos documentos pessoais dos presos;

VI. Reexaminar processos de cumpridores de medidas de segurança - decidir quanto à manutenção da medida e outros encaminhamentos, para tanto os pacientes deverão ser previamente examinados pela equipe multidisciplinar para fim de expedição de laudo de cessação de periculosidade;

VII. Verificar os processos de condenados, definitivos ou não, nas varas criminais e nas de execução penal, quanto à expedição de guias de recolhimento para execução e quanto à soma/ unificação de penas;

VIII. Inspecionar estabelecimentos penais e delegacias de polícia que mantêm presos;

IX. Atualizar rotinas cartorárias das varas de execução penal e dar cumprimento às decisões proferidas no mutirão;

X. Possibilitar um levantamento das vagas existentes no Sistema Penitenciário em todo o Estado, para a imediata remoção dos presos condenados e custodiados em delegacias de polícia, à medida das vagas apuradas.

<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-mutirao-carcerario/objetivos-detalhados>.

E mais:

Com o objetivo de garantir e promover os direitos fundamentais na área prisional, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) realiza, desde agosto de 2008, o Mutirão Carcerário.

Em síntese, a linha de atuação nos Mutirões é baseada em dois eixos: *a garantia do devido processo legal com a revisão das prisões de presos definitivos e provisórios*; e a inspeção nos estabelecimentos prisionais do Estado.

A iniciativa reúne juízes que percorrem os estados para analisar a situação processual das pessoas que cumprem pena, além de inspecionar unidades carcerárias, com o objetivo de evitar irregularidades e garantir o cumprimento da Lei de Execuções Penais.

Desde que o programa teve início, e após visitar todos os estados brasileiros, cerca de *400 mil processos de presos* já foram analisados e mais de *80 mil benefícios concedidos*, como progressão de pena, liberdade provisória, direito a trabalho externo, entre outros.

Pelo menos *45 mil presos foram libertados* como resultado do programa, pois já haviam cumprido a pena decretada pela Justiça. No final de 2009, o Mutirão

Carcerário do CNJ foi umas das seis práticas premiadas pelo Instituto Innovare, por atender ao conceito de justiça rápida e eficaz disseminado pela entidade.

O programa é conduzido pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF).

Instituído pela *Lei n. 12.106, de dezembro de 2009*, o órgão tem a missão de verificar as condições de encarceramento, as ações de reinserção social dos presos, o andamento dos processos criminais, a execução penal e o atendimento aos adolescentes em conflito com a lei. Com base no diagnóstico encontrado, o DMF recomenda a tomada de providências pelas instituições do sistema de Justiça, dos níveis federal, estadual e distrital.

Ressocialização - O DMF também desenvolve o *Programa Começar de Novo*, que administra, em nível nacional, oportunidades de estudo, capacitação profissional e trabalho para detentos, egressos do sistema carcerário, cumpridores de penas alternativas e adolescentes em conflito com a lei.

Ainda nesse sentido, o Conselho firmou uma parceria com a Caixa Econômica Federal, que possibilita que presidiários com conta no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) inativa há mais de três anos ou portadores de doença grave, autorizem um parente a retirar o dinheiro nas agências do banco. A medida deve beneficiar 27 mil presidiários.

O Conselho concede ainda o Selo Começar de Novo a empresas, órgãos e instituições que possuem ações de destaque na área de ressocialização de detentos. Paralelamente a esses projetos, o DMF realiza o Projeto Eficiência, que aprimora as rotinas de trabalho das Varas de Execução Penal.

<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-mutirao-carcerario>

Com efeito, a prevalecer a interpretação do Órgão fracionário - judicante - do TJPR, a iniciativa desejável, louvável e pertinente do CNJ, dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais estará sensivelmente comprometida, o que não pode ser aceito pelo Superior Tribunal de Justiça, ainda mais diante da declaração de inconstitucionalidade proclamada no julgamento da ADPF 347 MC/DF:

Custodiado. Integridade física e moral. Sistema penitenciário. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Adequação. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. *Sistema penitenciário nacional. Superlotação carcerária. Condições desumanas de custódia. Violação massiva de direitos fundamentais. Falhas estruturais. Estado de coisas inconstitucional. Configuração.* Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de

falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. *Fundo Penitenciário Nacional. Verbas. Contingenciamento.* Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. *Audiência de custódia. Observância obrigatória.* Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.

(ADPF 347 MC, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, Processo Eletrônico DJe-031 divulg 18-02-2016 public 19-02-2016).

Incide, na espécie, portanto, a seguinte diretriz jurisprudencial (sem grifos no original):

Administrativo e Processual Civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Contrato administrativo. Alegada violação ao art. 535 do CPC. Inexistência. Alegação de ofensa ao princípio do juiz natural. Art. 132 do CPC. Inocorrência. Arts. 21 e 128 do CPC, 884 do Código Civil e 59, parágrafo único, da Lei 8.666/93. Ausência de prequestionamento. Súmula 282/STF. Dever de indenizar. Acórdão de origem que, à luz das provas dos autos, concluiu que o contratante também deu causa à invalidação do contrato. Súmula 7/STJ. Sucumbência recíproca. Impossibilidade de revisão, em sede de recurso especial. Súmula 7/STJ. Agravo regimental improvido.

I. Não há falar em violação ao art. 535, II, do CPC, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que o voto condutor do acórdão recorrido apreciou fundamentadamente, de modo completo e exauriente, todas as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida pelo ora agravante.

II. *Não prospera a alegada contrariedade ao art. 132 do CPC, por ofensa ao princípio do juiz natural, porquanto a Corte Especial deste Tribunal firmou entendimento no sentido de que “o princípio da identidade física do juiz não tem caráter absoluto. Assim, desde que não se vislumbre, no caso concreto, prejuízo a alguma das partes, é de se reconhecer como válida sentença proferida por juiz que não presidiu a instrução, ainda que tenha decidido como substituto eventual, em regime de mutirão” (STJ, AgRg no Ag 624.779/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Corte Especial, DJe de 17/11/2008). Na hipótese, tendo os autos sido enviados ao Desembargador substituto, em razão de afastamento por férias, não há que se falar em ofensa ao princípio do juiz natural.*

III. O acórdão recorrido, ao dirimir a controvérsia, não expendeu juízo de valor sobre os arts. 21 e 128 do CPC, 884 do Código Civil e 59, parágrafo único, da Lei

8.666/93, invocados na petição do Recurso Especial. Nesse contexto, a pretensão recursal esbarra em vício formal intransponível, qual seja, da ausência de prequestionamento - requisito viabilizador da abertura desta instância especial -, atraindo o óbice da Súmula 282 do Supremo Tribunal Federal ("é inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada"), na espécie.

IV. A alteração da conclusão do Tribunal *a quo*, no sentido de que a parte ora agravante também deu causa à nulidade do contrato, demandaria a análise do conjunto fático-probatório dos autos, o que encontra óbice na Súmula 7/STJ. Nesse sentido: STJ, AgRg no AREsp 345.645/SC, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, Segunda Turma, DJe de 26/09/2013.

V. Da mesma forma, o acolhimento das alegações da parte recorrente, no sentido de que incide, na hipótese, a regra do art. 21, *caput*, do CPC, em vista da sucumbência recíproca, exigiria, inevitavelmente, a análise do acervo probatório da causa, o que também encontra óbice na Súmula 7/STJ. Precedentes do STJ.

VI. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no AREsp 690.661/ES, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 17/03/2016, DJe 29/03/2016)

Processual Penal. *Habeas corpus* substituto de recurso especial. Não conhecimento do *writ*. Turma composta por juízes de 1º grau convocados. Ofensa ao princípio do juiz natural. Não ocorrência. Obediência às normas legais. Ordem não conhecida.

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 Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário n. 597.133/RS, firmou entendimento no sentido de que os julgamentos de recursos por órgãos fracionários de tribunais compostos majoritariamente por magistrados de primeiro grau convocados, não violam o princípio constitucional do juiz natural.

3. A convocação de magistrados de primeiro grau dá-se no interesse objetivo da jurisdição, substituindo Desembargadores funcionalmente afastados ou ampliando extraordinariamente o número de julgadores do órgão (*mutirão*), mas sempre a feitos genericamente atribuídos e no objetivo da mais célere prestação jurisdicional.

4. Independentemente do número de juízes convocados participantes do julgamento, sua atuação dá-se nas mesmas condições dos Desembargadores, válida sendo sua plena atuação jurisdicional.

5. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 164.958/PR, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 17/12/2015, DJe 17/02/2016)

Agravo regimental no agravo de instrumento. Convocação de juízes. Regime de mutirão. Ofensa ao princípio do juiz natural. Inexistência.

1. *A convocação de juízes para atuar em regime de mutirão, para casos específicos, não acarreta ofensa ao princípio do juiz natural. Precedentes.*

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no Ag 1.144.852/RS, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 05/09/2013, DJe 22/10/2013)

Habeas corpus. Homicídios qualificados. Pronúncia. Alegação de ofensa aos princípios do juiz natural e do promotor natural. Improcedência. Mutirão judicial. Prisão preventiva. Garantia da ordem pública.

1. *Improcede a alegação de ofensa ao juiz natural, porquanto a atuação de outros juízes no processo criminal aqui tratado decorreu de designação do Tribunal Estadual para trabalho em mutirão judicial na respectiva comarca.*

2. *Na espécie, não houve escolha de magistrados para julgarem este ou aquele processo. Pelo contrário, a designação se deu de maneira ampla e indiscriminada para a atuação, em período certo de tempo, em determinadas Comarcas do Estado do Piauí, de modo a conferir eficiência à prestação jurisdicional e efetividade ao princípio da duração razoável dos processos.*

3. Noutro giro, não se vislumbra ofensa ao princípio do promotor natural, segundo o qual é vedada a escolha do chamado acusador de exceção, nomeado mediante manipulações casuísticas e em desacordo com os critérios legais pertinentes.

4. A prisão preventiva encontra amparo no art. 312 do CPP, visto que evidenciada a sua necessidade para a garantia da ordem pública. No caso, o paciente teria encomendado a morte de seu desafeto e consentido com o homicídio de outra pessoa com o fim de ocultar o crime.

5. A custódia encontra lastro no *modus operandi* das infrações e na periculosidade social do paciente, ex-Juiz no Estado do Piauí que, segundo consta da denúncia, é temido por ser líder da facção criminosa e estar envolvido em "homicídios, grilagem de terras, abusos e ameaças".

6. Ordem denegada.

(HC 236.730/PI, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 07/08/2012, DJe 20/08/2012).

Administrativo. Improbidade. Retirada dos autos. Início do prazo para recurso. Juíza designada. Meta 2. Competência. Súmula 83/STJ. Agravo regimental não provido.

1. "A retirada dos autos do cartório por procurador enseja a ciência inequívoca da parte, começando aí a contagem do prazo para recurso" (AgRg

no Ag 1.314.771/DF, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, DJe 25.2.2011). 2. O Tribunal *a quo* assim consignou na sua decisão: “Embora a ação civil tenha sido distribuída somente em 25.7.07, o julgamento por juíza designada para cumprimento da meta 2 de 2010 - que determinou o julgamento de todos os processos de conhecimento distribuídos em 1º grau, 2º grau e tribunais superiores, até 31.12.06 - não torna nula a sentença por incompetência absoluta. A sentença foi proferida por juíza designada para exercer suas funções na Unidade de Apoio Judicial em regime de mutirão, cuja competência para julgar os feitos que lhes são remetidos é excepcionalmente ampliada para cumprimento do estabelecido na meta 2” (fl. 246).

3. Tampouco se vislumbra ofensa ao art. 113 do CPC, pois a jurisprudência do STJ é firme no sentido de que “inexiste violação do princípio da identidade física do juiz quando não comprovado o efetivo prejuízo ao réu, *nos casos em que há designação para o juiz atuar em vara, em regime de mutirão, para agilizar os processos em cumprimento às diretrizes do Conselho Nacional de Justiça.*” (AgRg no AREsp 204.031/PI, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 6.9.2013).

4. Dessume-se que o acórdão recorrido está em sintonia com o atual entendimento deste Tribunal Superior, razão pela qual não merece prosperar a irresignação. Incide, *in casu*, o princípio estabelecido na Súmula 83/STJ.

(...)

7. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no AREsp 392.424/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 06/06/2017, DJe 29/06/2017).

Agravo interno no agravo em recurso especial. Princípio do juiz natural. Magistrado designado em mutirão. Possibilidade. Alegação de excesso de prazo. Prolação da sentença. Fundamento inatacado. Recurso não provido.

1. *De acordo com o entendimento desta Corte, o princípio do juiz natural não tem caráter absoluto. O juiz titular pode ser substituído nas hipóteses do art. 132 do CPC/73, em cujo rol está incluída a expressão “afastado por qualquer outro motivo”, que admite o afastamento do magistrado em decorrência do regime de exceção ou mutirão para agilização da prestação jurisdicional.*

2. Quanto ao excesso de prazo na prolação da sentença, a parte recorrente não cuidou de impugnar no recurso especial, de forma específica, os seguintes fundamentos do acórdão: prazo impróprio e aplicação do art. 249, § 1º, do CPC/1973, como seria de rigor. A subsistência de fundamento inatacado apto a manter a conclusão do aresto impugnado impõe o não conhecimento da pretensão recursal (Súmula n. 283/STF).

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp 830.774/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 21/06/2016, DJe 24/06/2016).

Penal. Processual Penal. Recurso especial. Latrocínio e ocultação de cadáver. Prescrição da pretensão punitiva em relação ao delito do art. 211 do Código Penal. Réu menor de 21 anos à época dos fatos. Nulidade da sentença. *Violação do princípio da identidade física do juiz. Não caracterização. Sentença proferida em regime de mutirão.* Ausência de prejuízo para a defesa. Recurso não provido. Extinção da punibilidade pelo delito de ocultação de cadáver declarada de ofício.

(...)

4. A doutrina pátria e a jurisprudência desta Corte Superior são firmes em assinalar que o princípio da identidade física do juiz não pode ser interpretado de maneira absoluta, pois admite exceções que devem ser verificadas caso a caso.

5. Nesse sentido, *este Tribunal Superior considera que a prolação de sentença, em regime de mutirão, por juiz diverso do que acompanhou a colheita da prova, não viola o princípio da identidade física do juiz, salvo quando efetivamente demonstrado o prejuízo sofrido pela parte. Precedentes.*

6. No caso dos autos, *não se constata a ocorrência de prejuízo com a prolação da sentença em regime de mutirão*, uma vez que, ao contrário do que quer fazer crer o recorrente, as diligências determinadas após o encerramento da instrução foram provocadas pela própria defesa, apenas deferidas pela Juíza que presidia o feito em homenagem aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

7. Recurso desprovido. Reconhecida a prescrição da pretensão punitiva em relação ao delito de ocultação de cadáver (art. 211 do Código Penal), por ser matéria de ordem pública, e declarada extinta a punibilidade do recorrente quanto ao crime já mencionado.

(REsp 1.423.126/GO, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 13/10/2015, DJe 03/11/2015)

Processual Civil. Recurso especial. Afastamento do juiz titular da causa. Ilegalidade não evidenciada. Nulidade da arrematação. Não intimação pessoal da executada. Aplicação de lei nova. Impossibilidade de retroação. *Tempus regit actum.*

1. *O juiz titular pode ser substituído nas hipóteses do art. 132 do CPC, em cujo rol está incluída a expressão “afastado por qualquer outro motivo”, que admite o afastamento do magistrado em decorrência do regime de exceção ou mutirão para agilização da prestação jurisdicional.*

2. No direito processual civil, vigora o princípio *tempus regit actum*, segundo o qual a lei processual nova tem aplicação imediata aos processos em curso, não podendo retroagir para alcançar atos processuais praticados antes de sua vigência.

3. O ato de arrematação consumado em momento anterior à edição da Lei n. 11.382/2006 deve ter todos os seus efeitos regidos pela lei anterior.

4. Recurso especial desprovido.

(REsp 1.391.261/PR, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 26/05/2015, DJe 29/05/2015).

Processual Penal. *Habeas corpus* substituto de recurso especial. Não conhecimento do *writ*. Turma composta majoritariamente por juízes de 1º grau convocados. Ofensa ao princípio do juiz natural. Não ocorrência. Obediência às normas legais. Ordem não conhecida.

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. *Revedo a orientação anterior, por ocasião do julgamento do HC n. 109.456/DF a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que não constitui afronta ao princípio do juiz natural a composição majoritária do órgão julgador de Tribunal por juízes de 1º Grau, desde que legalmente convocados.*

3. *A convocação de magistrados de primeiro grau dá-se no interesse objetivo da jurisdição, substituindo Desembargadores funcionalmente afastados ou ampliando extraordinariamente o número de julgadores do órgão (mutirão), mas sempre a feitos genericamente atribuídos e no objetivo da mais célere prestação jurisdicional.*

4. Independentemente do número de convocados participante do julgamento, sua atuação dá-se nas mesmas condições dos Desembargadores, válida sendo sua plena atuação jurisdicional.

5. Ordem não conhecida.

(HC 127.643/RJ, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 21/10/2014, DJe 04/11/2014).

Não configurada, portanto, na hipótese vertente, ofensa aos princípios do juiz natural, da legalidade e da segurança jurídica, não há que se falar em nulidade das decisões proferidas em regime de mutirão carcerário.

Ainda que assim não fosse, causa perplexidade a anulação, de ofício, pela 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, das decisões proferidas em sede de mutirão carcerário, quando referidos decisórios não foram objeto de recurso por parte do titular da ação penal, em manifesta afronta à Súmula 160 do STF, redigida nos seguintes termos: *É nula a decisão do Tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não arguida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício.*

Tal procedimento caracteriza, *data venia*, violação do princípio *non reformatio in pejus*, conforme jurisprudência consolidada por este Tribunal (sem grifos no original):

Habeas corpus. Impetração em substituição ao recurso cabível. Utilização indevida do remédio constitucional. Violação ao sistema recursal. Não conhecimento.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação de eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Homicídio qualificado tentado e corrupção de menores. Absolição. Apelação do Ministério Público. Recurso interposto com base nas alíneas "a" e "d" do inciso III do artigo 593 do Código de Processo Penal. Anulação do julgamento com base em nulidade não arguida pelo órgão acusatório. Efeito devolutivo restrito à fundamentação do apelo. Aplicação dos Enunciados 160 e 713 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. Coação ilegal caracterizada, concessão da ordem de ofício. 1. Em razão das peculiaridades das quais são revestidas as decisões do Tribunal do Júri, o efeito devolutivo do recurso de apelação criminal é restrito aos fundamentos da sua interposição, previstos nas alíneas do inciso III do artigo 593 do Código de Processo Penal. Enunciado 713 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

2. *Na espécie, embora a autoridade impetrada tenha analisado as teses sustentadas pelo Ministério Público, anulou o julgamento por fundamento que sequer foi mencionado nas razões recursais, ampliando, assim, o efeito devolutivo do reclamo, e agravando, independentemente de provocação, a situação do paciente, procedimento que caracteriza indevida reformatio in pejus e que constitui manifesta afronta ao enunciado 160 da Súmula do Supremo Tribunal do Federal. Precedentes deste Sodalício e do Pretório Excelso.*

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para cassar o aresto impugnado no que se refere à anulação de ofício do julgamento do paciente, determinando-se que o Tribunal de origem aprecie os demais pontos do recurso ministerial quanto a ele.

(HC 377.284/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 04/12/2018, DJe 12/12/2018)

Penal e Processo Penal. Recurso especial. Tráfico de drogas. Dosimetria da pena. Apelo exclusivo da defesa. Manutenção da exacerbação da pena-base com base em argumento novo. Variedade e natureza da droga. Possibilidade. *Reformatio in pejus*. Não ocorrência. Nulidade da sentença declarada em favor de outro corréu. Inobservância do art. 384 do CPP. Determinação de aditamento da denúncia. Vício reconhecido, de ofício, em prejuízo do réu. Ofensa às Súmulas 453 e 160 do STF. Recurso provido, em parte, em relação ao primeiro recorrente. Recurso provido, na totalidade, em favor do segundo recorrente.

1. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou que é permitido ao Tribunal de origem agregar novos fundamentos para manter a dosimetria fixada em primeiro grau, sem se falar em ofensa ao princípio da *reformatio in pejus*, desde que se valha de elementos contidos na sentença condenatória e não agrave a situação do réu. Precedentes. 2. Não há ilegalidade na decisão do Tribunal origem que, ao afastar a valoração negativa, feita em primeiro grau, da culpabilidade, da conduta social, da personalidade do agente e dos motivos do delito, manteve a pena majorada em seis meses de reclusão, pela aferição desfavorável da quantidade e da natureza das drogas apreendidas (54, 8g de cocaína, 25,27g de crack e 135g de maconha), atento ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes. 3. Segundo entendimento firmado pelo STF, em sede de repercussão geral, no ARE 666.334/AM, está vedada a utilização da natureza e da quantidade da droga, cumulativamente, na primeira para aumentar a pena-base e na terceira fase da dosimetria da pena, para modular a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sob pena de indevido *bis in idem* (Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJ 6/5/2014). 4. Nos termos da Súmula 453/STF, “não se aplicam à segunda instância o art. 384 e parágrafo único do Código de Processo Penal, que possibilitam dar nova definição jurídica ao fato delituoso, em virtude de circunstância elementar não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou queixa”.

5. *Hipótese em que o Tribunal de origem em manifesto confronto com a Súmula 453/STF reconheceu, de ofício, a falta de correlação da denúncia com a sentença e declarou nulo o processo a fim de que fosse observado o art. 384 do CPP. Ademais, é inadmissível a declaração de nulidade em prejuízo do réu, sem pedido expresso da acusação (Súmula n. 160/STF).*

6. Recurso especial de Felipe Dayvid Alves Ribeiro provido, em parte, para determinar que o Tribunal de origem proceda à nova dosimetria da pena, afastando o *bis in idem* ora identificado. Quanto ao recurso de Valderci Soares de Araújo, dou-lhe provimento total para absolvê-lo na Ação Penal n. 0027.16.000.221-1.

(REsp 1.682.931/MG, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 14/11/2017, DJe 22/11/2017)

Habeas corpus. Tráfico ilícito de entorpecentes. Sentença condenatória com trânsito em julgado. Erro material corrigido quando da expedição da carta de guia. Impossibilidade. Indevida revisão criminal *pro societate*. Ordem concedida.

1. Tratando-se, como se trata, de Direito Penal adjetivo, não se pode falar em correção *ex officio* de “erro material”, mormente em detrimento do réu.

2. *Na esfera penal prevalece o princípio do non reformatio in pejus que impede o agravamento da situação do réu sem uma manifestação formal e tempestiva da acusação nesse sentido. Inteligência do enunciado n. 160 da Súmula do STF.*

3. *“Trata-se da cabal confirmação do entendimento de que, neste, como noutros temas, o processo penal não é estruturado por princípios comuns ao processo civil,*

*senão por regras próprias, em razão da prevalência dos interesses públicos que constituem a substância e o objeto permanente do conflito jurídico típico que se presta a decidir e, sobretudo, por força do valor supremo do jus libertatis, do qual o processo é concebido e disciplinado como instrumento de tutela". (STF, HC 83.545/SP, Rel. Ministro **Cesar Peluso**, Primeira Turma, DJ 3.6.2006.)*

4. *Nesse viés, seja por nulidade absoluta, seja por erro material, não se pode agravar (quantitativamente ou qualitativamente) a situação do réu sem recurso próprio do acusador, sob pena de configurar indevida revisão criminal pro societate. Precedentes do STJ.*

5. Ordem concedida para que no cumprimento da reprimenda imposta ao paciente seja observado o *quantum* de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão constante da parte dispositiva da sentença condenatória.

(HC 162.063/PE, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 20/03/2012, DJe 29/03/2012)

Processual Penal. *Habeas corpus*. Tráfico ilícito de entorpecentes. Absolvição do paciente em primeira instância. Reconhecimento, *ex officio*, pelo e. Tribunal *a quo*, de nulidade, pela inobservância do rito previsto na Lei 10.409/02. Apelação do *parquet* que não demonstrou, em suas razões, a alegada nulidade. Incidência da Súmula n. 160, do Pretório Excelso.

I - Não cabe ao e. Tribunal a quo reconhecer, de ofício, nulidade não invocada no recurso da acusação, ainda que ela seja de caráter absoluto, devendo ficar limitado à matéria impugnada pelo recorrente, sob pena de infringência ao princípio da non reformatio in pejus.

II - Desta forma, "É nula a decisão do Tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não argüida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício." (Enunciado da Súmula n. 160, do Pretório Excelso)

III - In casu, restando o paciente absolvido em primeira instância do crime de tráfico ilícito de entorpecentes a ele imputado, e evidenciado que tal Juízo convertera o feito para aplicar o rito previsto na Lei 10.409/02, acolhendo a defesa prévia como alegações preliminares, recebendo a denúncia e designando novos interrogatórios, verifica-se que o reconhecimento de ofício de nulidade ocorrida no processo, pelo Tribunal, mostra-se desfavorável ao ora paciente, configurando, assim, reformatio in pejus.

IV - Assim, não sendo possível, por ora, o atendimento do pleito para que seja mantida a absolvição do paciente pelo delito de tráfico ilícito de entorpecentes, deve ser dada continuação ao julgamento do recurso quanto aos outros pontos levantados pelo Ministério Público.

Ordem parcialmente concedida.

(HC 93.631/SC, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 06/03/2008, DJe 14/04/2008).

Por fim, no que tange ao pedido de extensão da ordem para beneficiar outros sentenciados não relacionados no presente *mandamus*, de ressaltar que, sendo distintas as situações - haja vista a condenação por crimes diversos e/ou a penas diferentes -, incabível a extensão dos benefícios concedidos, porquanto, conforme o delito praticado, a longevidade da pena e o histórico prisional, cada preso terá, eventualmente, direito ao gozo de benefícios diferenciados, cabendo ao Juízo das Execuções Criminais a análise individualizada de cada encarcerado, até mesmo porque, diante do tempo decorrido, outros obstáculos à concessão das benesses poderão ter ocorrido.

Vejam-se, a propósito, *mutatis mutandis*, os seguinte julgados (sem grifos no original):

Recurso em *habeas corpus*. Homicídio duplamente qualificado e roubo duplamente circunstanciado. Prisão preventiva. Fundamentação idônea. Excesso de prazo. Inexistência. Pedido de extensão. Aplicação do art. 580 do CPP. Inviabilidade. Situações dessemelhantes.

1. A prisão cautelar está devidamente amparada em elementos concretos para a garantia da ordem pública em razão da periculosidade do agente, revelada pelo *modus operandi* empregado: homicídio em que a vítima foi executada com diversos disparos de arma de fogo na cabeça, além de premeditação, pois a vítima foi monitorada até a sua execução, além de motivo torpe.

2. A necessidade de se garantir a aplicação da lei penal é patente diante do tempo em que o recorrente permaneceu foragido, já que sua prisão foi decretada em 11/7/2013 e somente foi efetivada em 14/1/2015.

3. Sendo distintas as situações dos *corrêus*, o julgador não se obriga a estender-lhes benefício concedido a um outro réu, consoante prescreve o art. 580 do Código de Processo Penal.

4. A configuração de excesso de prazo não decorre da soma aritmética de prazos legais. A questão deve ser aferida segundo os critérios de razoabilidade, tendo em vista as peculiaridades do caso.

Precedentes.

5. No caso, houve um prolongamento natural de uma ação penal cujas peculiaridades não poderiam, via de regra, ensejar duração muito aquém da que ora se verifica, especialmente em se considerando que o recorrente é acusado de homicídio qualificado e roubo majorado, em conluio com outras duas pessoas, permaneceu homiziado por bastante tempo e foram interpostos vários recursos pela defesa (Súmula 64/STJ).

6. Recurso em *habeas corpus* improvido.

(RHC 82.197/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 03/08/2017, DJe 14/08/2017)

Processual Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Não cabimento. Organização criminosa. Furto qualificado. Receptação qualificada. Prisão cautelar. Garantia da ordem pública. Pedido de extensão. Inviabilidade. Ausência de similitude fática. Excesso de prazo. Não ocorrência. *Habeas corpus* não conhecido.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou 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 recomendável a concessão da ordem de ofício.

II - A prisão cautelar deve ser considerada exceção, já que, por meio desta medida, priva-se o réu de seu *jus libertatis* antes da execução (provisória ou definitiva) da pena. É por isso que tal medida constrictiva 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 (precedentes).

III - No caso, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em dados concretos extraídos dos autos, aptos a justificar a necessidade de garantia da ordem pública, uma vez que o ora paciente responde a outros feitos criminais, além de ser reincidente, circunstâncias aptas a ensejar a custódia cautelar em virtude do fundado receio de reiteração delitiva (precedentes).

IV - Não há como estender liberdade provisória se as circunstâncias fático-processuais dos corréus agraciados com a medida são distintas.

V - O prazo para a conclusão da instrução criminal não tem as características de fatalidade e de improrrogabilidade, fazendo-se imprescindível raciocinar com o juízo de razoabilidade para definir o excesso de prazo, não se ponderando a mera soma aritmética dos prazos para os atos processuais (precedentes).

VI - No caso em exame, verifica-se que o juízo ordinário tem conferido celeridade ao feito, evidenciado, por exemplo, pelo desmembramento do processo, em que figuravam 8 réus, a fim de acelerar a instrução processual daqueles que já apresentaram resposta à acusação.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 358.801/ES, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 18/08/2016, DJe 31/08/2016).

Diante do exposto, não conheço do *habeas corpus*. Contudo, concedo a ordem de ofício para cassar os acórdãos proferidos pelo Tribunal *a quo* nos Conflitos de Competência n. 0000756-05.2016.8.16.0009, 0000756-05.2016.8.16.0009, 000653-91.2012.8.16.0009, 0000730-12.2013.8.16.0009, 0001704-

64.2016.8.16.0067, 0001746-64.2014.8.16.0009, 0006309-02.2011.8.16.0173, na parte em que *anularam, de ofício, as decisões concessivas de progressão de regime, e, em consequência, restabelecer as decisões concessivas de progressão de regime e/ou livramento condicional e/ou monitoração eletrônica, proferidas em sede de mutirão carcerário, em favor dos pacientes elencados na peça vestibular do presente habeas corpus, desde que não existam outro óbices, verificados após os referidos decisórios, impeditivos das citadas benesses.*

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 450.201-SP (2018/0114373-1)

Relator: Ministro Jorge Mussi

Impetrante: Luciano de Freitas Santoro

Advogado: Luciano de Freitas Santoro - SP195802

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Elize Araujo Kitano Matsunaga (Preso)

EMENTA

Habeas corpus impetração em substituição ao recurso cabível. Utilização indevida do remédio constitucional. Não conhecimento.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedente.

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Homicídio qualificado. Dosimetria. Segunda fase confissão qualificada. Alegação de teses que visam atenuar a responsabilidade do agente. Irrelevância. Ordem concedida de ofício.

1. Mesmo nas hipóteses de confissão qualificada ou parcial, deve incidir a atenuante prevista no art. 65, III, *d*, do Código Penal, se os fatos narrados pelo autor influenciaram a condenação do julgador. Inteligência da Súmula n. 545 do STJ.

2. A redução ou o aumento da pena deve observar critérios de proporcionalidade, razoabilidade, necessidade e suficiência à reprovação e à prevenção do crime.

3. Na falta de critérios legais, a jurisprudência tem adotado a fração de 1/6 (um sexto) sobre a pena-base para aumentar ou reduzir a pena em razão das circunstâncias agravantes ou atenuantes. A utilização de fração superior depende de motivação concreta e idônea, o que não ocorre na espécie em relação à confissão qualificada apresentada.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar a pena da paciente, em relação ao delito de homicídio qualificado, em 16 (dezesseis) anos e 03 (três) meses de reclusão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder “Habeas Corpus” de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentou oralmente: Dr. Luciano de Freitas Santoro (p/pacte)

Brasília (DF), 21 de março de 2019 (data do julgamento).

Ministro Jorge Mussi, Relator

DJe 28.3.2019

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Mussi: Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de *Elize Araújo*

Kitano Matsunaga, em face de acórdão proferido pela col. Sétima Câmara de Direito Criminal do eg. Tribunal de Justiça de São Paulo, nos autos da Apelação Criminal n. 0003475-85-2012.8.26.0052.

Segundo a denúncia, em 19.5.2012, a paciente matou seu marido e, em seguida, desmembrou o cadáver, com o objetivo de ocultar o crime. Em razão disso, foi condenada a 18 (dezoito) anos e 9 (nove) meses de reclusão, em regime inicial fechado, pelo crime de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, inciso IV, do Código Penal) e ocultação de cadáver (art. 211 do Estatuto Repressivo). A sentença foi integralmente confirmada pelo Tribunal de Justiça, que negou provimento ao apelo defensivo.

Neste *habeas corpus*, a defesa postula a revisão da dosimetria da pena. Aduz que a atenuante da confissão deixou de ser aplicada sob o fundamento de que a ré tentou reduzir sua responsabilidade pelo crime. De acordo com o impetrante, a narrativa apresentada pela paciente foi íntegra e rica em detalhes, o que certamente influenciou o Conselho de Sentença, que a julgou culpada pelos fatos narrados na denúncia.

Assevera que ainda que a versão apresentada pela paciente tenha procurado diminuir o impacto do seu crime e beneficiá-la de algum modo, esse fato é irrelevante para a incidência da circunstância atenuante, conforme a jurisprudência assentada nesta Corte Superior. Além disso, argumenta que as alegações de que a paciente não se mostrou arrependida ou disposta a colaborar com o desfecho da ação penal não são fundamentos válidos para afastar o benefício aqui pleiteado.

Por tudo isso, pleiteia o reconhecimento da circunstância atenuante da confissão, prevista no art. 65, inciso III, alínea *d*, do Código Penal, que deverá ser compensada com a agravante do art. 61, inciso II, alínea *e* (crime cometido contra o cônjuge).

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ, fls. 5.881-5.882).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento da impetração (e-STJ, fls. 5.886-5.887).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Mussi (Relator): Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator,

não sendo cabível a impetração de *habeas corpus* em substituição aos recursos e ações cabíveis, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

Na mesma linha, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 109.956/PR, buscando dar efetividade às normas previstas no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, e nos artigos 30 a 32 da Lei n. 8.038/90, passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* originário perante aquela Corte em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que passou ser adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, a fim de que fosse restabelecida a organicidade da prestação jurisdicional que envolve a tutela do direito de locomoção.

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

A pretensão deste *writ* é a revisão da dosimetria da pena aplicada, reconhecendo-se a atenuante da confissão.

Neste particular, sabe-se que a intervenção das Cortes Superiores se limita às hipóteses em que há evidente desproporcionalidade entre o crime e a sanção aplicada, ou quando se observa manifesto desacerto quanto à avaliação das circunstâncias judiciais, agravantes e atenuantes ou causas de aumento ou diminuição.

Nas demais situações, cabe ao magistrado singular, secundado pelo Tribunal, a livre apreciação das peculiaridades de cada caso e, nos limites da discricionariedade vinculada, definir a reprimenda mais adequada à situação descrita.

Na espécie, as instâncias ordinárias justificaram o afastamento da atenuante pelo fato de a ré ter tentado diminuir sua responsabilidade pelo crime. Isto porque, embora tenha assumido a autoria do homicídio, alegou ter agido sob domínio de violenta emoção, após injusta provocação da vítima. A tese de homicídio privilegiado, contudo, não foi acolhida pelos jurados.

Segundo a eg. Corte paulista, a ré admitiu a prática dos delitos imputados em todas as oportunidades em que foi ouvida, apresentando como justificativa para suas ações o fato de a vítima estar mantendo um relacionamento extraconjugal, que teria motivado uma acalorada discussão, durante a qual o ofendido desferiu um tapa no rosto da ora paciente. Segundo a autora, a vítima continuou a

ofendê-la verbalmente e a dizer que iria interná-la e que ela não tornaria a ver a filha do casal. Nesse momento, a ré teria atirado na cabeça da vítima (e-STJ, fls. 5.830-5.831).

As conclusões do Tribunal de origem mostram-se contrárias ao atual posicionamento do Superior Tribunal de Justiça. Ambas as turmas criminais firmaram compreensão no sentido de admitir a incidência da atenuante do art. 65, inciso III, alínea *d* do Estatuto Repressivo sempre que a confissão, ainda que parcial ou qualificada, contribuir para o convencimento do julgador.

Nesse sentido:

Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. Roubo majorado. Condenação. Confissão parcial. Atenuação da pena. Possibilidade. Compensação com a agravante da reincidência. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício.

(...)

2. A confissão do acusado, mesmo que parcial, deve ser reconhecida como atenuante da pena, quando utilizada pelo magistrado para firmar o seu convencimento, em conjunto com outros meios de prova.

3. No presente caso, as transcrições não deixam dúvida que a confissão do paciente, feita em juízo, mesmo que parcial, somada à prova oral produzida nos autos, foi determinante para o reconhecimento da autoria e consequente condenação.

(...)

6. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para reconhecer a atenuante da confissão espontânea, realizar a compensação com a agravante da reincidência e reduzir a pena a 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 13 (treze) dias-multa, nos autos da ação penal originária n. 0070692-20.2013.8.26.0050, da 30ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca de São Paulo/SP. (HC 314.944/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 02/06/2015, DJe 09/06/2015)

Penal. Agravo regimental no recurso especial. Art. 65, inciso III, do Código Penal. Atenuante da confissão espontânea. Incidência. Agravo regimental improvido.

1. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a confissão, ainda que parcial, deve ser considerada para atenuar a pena, sobretudo quando utilizada para dar suporte à condenação.

2. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1.269.574/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 26/05/2015, DJe 02/06/2015)

Essa posição atualmente está cristalizada no enunciado n. 545 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual “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.”.

Esta Corte não faz distinção entre as diversas modalidades de confissão classificadas na doutrina. Admite-se a redução da pena mesmo naquelas hipóteses em que o agente agrega à sua narrativa teses defensivas, discriminantes ou exculpantes. Isso porque, nos termos do art. 200 do Código de Processo Penal, a confissão é cindível e cabe ao magistrado fazer a filtragem da narrativa apresentada, excluindo as alegações não confirmadas pelos demais elementos probatórios e, no caso destes autos, as que não foram acolhidas pelos jurados.

No mesmo sentido:

Agravo regimental no recurso especial. Direito Penal. Art. 59 do CP. Comportamento da vítima. Impossibilidade de valoração negativa. Confissão qualificada. Configuração da atenuante prevista no art. 65, III, d, do CP. Agravo regimental improvido.

(...)

2. O STJ já assentou que a confissão qualificada, quando efetivamente utilizada como elemento de convicção, enseja a aplicação da atenuante prevista na alínea “d” do inciso III do artigo 65 do CP.

3. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1.736.485/AL, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 26/06/2018, DJe 01/08/2018)

Penal e Processo Penal. Agravo regimental no recurso especial. Homicídio qualificado. Deficiência na fundamentação. Inocorrência. Não incidência da Súmula 284/STF. Atenuante da confissão espontânea. Necessidade de aplicação. Alegação durante os debates em plenário. Confissão qualificada. Irrelevância. Agravo desprovido.

(...)

4. Ademais, importa ressaltar que a confissão, mesmo que parcial ou qualificada, dará ensejo à referida atenuante.

5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1.724.006/TO, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 17/05/2018, DJe 01/06/2018)

Portanto, o posicionamento adotado pelas instâncias antecedentes merece ser reformado, já que contrário ao entendimento jurisprudencial aqui consolidado.

Reconhecida a presença da atenuante, cumpre analisar a segunda parte da insurgência, relacionada à fração de redução a ser aplicada.

A orientação jurisprudencial é no sentido de que a redução ou o aumento da pena deve observar critérios de proporcionalidade, razoabilidade, necessidade e suficiência à reprovação e à prevenção do crime.

Assim, os precedentes desta Corte estabeleceram o critério de 1/6 (um sexto) sobre a pena-base, para cada atenuante ou agravante. Tal balizamento tem o objetivo de evitar a aplicação de frações aleatórias, ao arbítrio do magistrado, que podem se mostrar exorbitantes ou insuficientes.

Ilustrando esse entendimento, cito o seguinte precedente:

Habeas corpus substituto de recurso próprio. Inadequação da via eleita. Tráfico de entorpecentes. Pleito de redução da fração de aumento pela reincidência. Inviabilidade. Aumento da pena justificado ante a dupla reincidência do paciente. Inexistência de constrangimento ilegal. *Habeas corpus* não conhecido.

(...)

- A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

- *Em se tratando de atenuantes e agravantes, a lei não estabelece os percentuais de fração de diminuição e de aumento que devem ser utilizados. Em decorrência, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a fração de 1/6, mínima prevista para as majorantes e minorantes, deve guiar o julgador no momento da dosimetria da pena, de modo que, em situações específicas, é permitido o aumento superior a 1/6, desde que haja fundamentação concreta.*

- Hipótese em que a fração de 1/3, utilizada para agravar a pena na segunda fase da dosimetria, lastreou-se no fato de pesarem contra o paciente duas outras condenações definitivas (fls. 61/71), fundamentação idônea e de acordo com o postulado da proporcionalidade. Precedentes.

- *Habeas corpus* não conhecido. (HC 291.414/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 22/09/2016, DJe 30/09/2016)

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Homicídio qualificado. Circunstância atenuante. Confissão espontânea. Percentual de redução. Discricionariedade vinculada do julgador. Agravo regimental não provido.

1. *Esta Corte Superior tem jurisprudência no sentido de que cabe ao Magistrado, dentro da razoabilidade e proporcionalidade, fixar a referida diminuição, tendo em vista que o Código Penal não estabeleceu limites para determinar a fração para reduzir a pena.*

2. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp 460.236/DF, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Quinta Turma, julgado em 20/03/2014, DJe 28/03/2014)

Assim, afigura-se razoável, prudente e proporcional a adoção da fração de 1/6 (um sexto) da pena-base fixada para a redução da pena em face da atenuante da confissão.

No caso concreto, não se pode compensar a atenuante com a agravante já reconhecida. Apesar de ambas serem de caráter subjetivo, o fato do crime ter sido praticado contra o cônjuge (art. 61, II, *e*, do Código Penal) indica “a maior insensibilidade moral do agente, que viola o dever de apoio mútuo existente entre parentes” (NUCCI, Guilherme de Souza, *Individualização da Pena*, 3ª ed., RT: SP, 2009, p. 233). No mais, as peculiaridades da ação criminosa mostram circunstâncias especiais para majorar com maior rigor a reprimenda. Como concluiu o Tribunal *a quo*:

Ademais, no que tange ao aumento da pena em razão desta circunstância agravante, acrescenta-se que o *quantum* de aumento da sanção ante ao reconhecimento da mesma, revela-se igualmente adequado ao caso em tela, posto que o Código Penal não estabelece um aumento mínimo ou máximo da pena quando presente esta circunstância, estando a critério do Magistrado, desde que observados os princípios penais, o foi devidamente atendido no caso em tela. Visto que a ré matou e esartejou o marido, na própria residência do casal, estando a filha pequena dormindo no quarto ao lado, posteriormente espalhando as partes do corpo do próprio esposo, pessoa que jurou amar e respeitar, em local ermo, retirando suas vestes, deixando o corpo apenas de cueca e exposto a ação do tempo e animais (e-STJ fl. 5.843).

Tal condição fática excepcionalíssima e de anormal reprovabilidade não encontra paralelo na confissão, que foi formulada, como apontado pelas instâncias ordinárias, de forma qualificada. Ainda que se reconheça a atenuante e, portanto, deva-se mitigar a reprimenda, tal situação aponta que a diminuição não deve ultrapassar aquilo que a jurisprudência desta Corte entende por mínimo.

Não fosse tal fato, a aplicação de fração superior a 1/6 dependeria de motivação concreta e idônea, o que, como visto, ocorre no caso da agravante, mas não da atenuante:

Constitucional e Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso próprio. Roubo. Confissão espontânea parcial. Súmula/STJ 545. Manifestação valorada na formação do juízo condenatório. Incidência da atenuante e possibilidade de sua

compensação parcial com a agravante da reincidência. Réu multirreincidente. Flagrante ilegalidade não evidenciada. *Writ* 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. No que se refere à segunda fase do critério trifásico, conforme o entendimento consolidado na Súmula/STJ 545, a atenuante da confissão espontânea deve ser reconhecida, ainda que tenha sido parcial ou qualificada, quando a manifestação do réu for utilizada para fundamentar a sua condenação, o que se infere na hipótese dos autos.

Precedentes.

3. *O Código Penal olvidou-se de estabelecer limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes genéricas. Assim, a jurisprudência reconhece que compete ao julgador, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso, escolher a fração de aumento ou redução de pena, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Todavia, a aplicação de fração superior a 1/6 exige motivação concreta e idônea.*

4. Hipótese na qual o réu ostentava três condenações transitadas em julgado à época dos fatos sob apuração nos autos do processo-crime, tendo o magistrado processante procedido à compensação parcial da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea.

Por seu turno, o Colegiado de origem reconheceu que a confissão parcial não poderia repercutir na segunda fase do procedimento dosimétrico, tendo mantido o *quantum* de incremento de 1/5 adotado na sentença condenatória. Em verdade, considerando ser cabível aumento superior a 1/6 pela multirreincidência, bem como a possibilidade de compensação de um dos títulos condenatórios com a atenuante da confissão espontânea, remanescendo duas condenações a serem valoradas, não se revela desproporcional o aumento de 1/5 na segunda etapa do procedimento dosimétrico.

5. *Writ* não conhecido.

(HC 379.200/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 16/05/2017, DJe 19/05/2017)

Desta feita, passa-se ao novo cálculo da pena imposta a Elize Araújo Kitano Matsunaga.

A pena-base deve ser mantida em 15 (quinze) anos de reclusão.

Na segunda etapa, incide o aumento de 1/4 (um quarto) decorrente da agravante do art. 61, inciso II, alínea *e*, no montante de 03 (três) anos e 09

(nove) meses de reclusão, e a redução de 1/6 (um sexto), relativa à confissão, em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Na terceira fase, não existem causas de especial aumento ou diminuição de pena.

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, *não conheço deste habeas corpus*. Contudo, *concedo a ordem de ofício*, para reduzir a pena aplicada à paciente em relação ao crime de homicídio qualificado para *16 (dezesseis) anos e 03 (três) meses de reclusão*.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 470.549-TO (2018/0247260-3)

Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca
Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Tocantins
Advogado: Defensoria Pública do Estado do Tocantins
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins
Paciente: Marciana Silva do Nascimento (Preso)

EMENTA

Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Tráfico de drogas. Prisão preventiva. Segregação fundada na garantia da ordem pública. Risco de reiteração. Expressiva quantidade e variedade de entorpecentes, além de petrechos. Fundamentação idônea. Substituição por prisão domiciliar. Cabimento. Art. 318-A do Código de Processo Penal. Princípios constitucionais da fraternidade e da dignidade da pessoa humana. Prioridade absoluta da criança. *Habeas corpus* coletivo n. 143.641/SP. Prevalece a aplicação na parte que a lei não regulou – situações excepcionalíssimas. Preenchimento dos requisitos positivos e negativos para prisão domiciliar. Cumulação com medidas cautelares alternativas. Ordem não conhecida. *Habeas corpus* concedido de ofício.

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. Para a decretação da prisão preventiva, é indispensável a demonstração da existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria. Exige-se, mesmo que a decisão esteja pautada em lastro probatório, que se ajuste às hipóteses excepcionais da norma em abstrato (art. 312 do CPP), demonstrada, ainda, a imprescindibilidade da medida. Precedentes do STF e STJ.

3. Na hipótese, foram apreendidos 653g (seiscentos e cinquenta e três gramas) de maconha, 406 g (quatrocentos e seis gramas) de “crack”, bem como 35,30g (trinta e cinco gramas e trinta centigramas) de “cocaína”, além de balança de precisão e outros materiais atinentes à traficância. Há notícia de que a paciente responde a outra ação penal pela prática do crime de tráfico de drogas e organização criminosa, a indicar a possibilidade de risco de reiteração delitiva.

4. A prisão domiciliar *consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial* (art. 317 do Código de Processo Penal).

5. O art. 318-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 13.769/2018, estabelece um poder-dever para o juiz substituir a prisão preventiva por domiciliar de gestante, mãe de criança menor de 12 anos e mulher responsável por pessoa com deficiência, sempre que apresentada prova idônea do requisito estabelecido na norma (art. 318, parágrafo único), ressalvadas as exceções legais.

6. A normatização de apenas duas das exceções não afasta a efetividade do que foi decidido pelo Supremo no *Habeas Corpus* n. 143.641/SP, nos pontos não alcançados pela nova lei. O fato de o legislador não ter inserido outras exceções na lei, não significa que o Magistrado esteja proibido de negar o benefício quando se deparar com casos excepcionais. Assim, deve prevalecer a interpretação teleológica da lei, assim como a proteção aos valores mais vulneráveis. Com efeito, naquilo que a lei não regulou, o precedente da Suprema Corte deve continuar sendo aplicado, pois uma interpretação restritiva da norma pode representar, em determinados casos, efetivo risco direto e indireto à criança ou ao deficiente, cuja proteção deve ser integral e prioritária.

7. Assim, a separação excepcionalíssima da mãe de seu filho, com a decretação da prisão preventiva, somente pode ocorrer quando violar direitos do menor ou do deficiente, tendo em vista a força normativa da nova lei que regula o tema.

8. No particular, verifica-se que a recorrente, é mãe de três crianças menores de 12 anos – 5 anos 3 anos de idade, além de um terceiro filho, de 8 anos de idade, cuja certidão não fora juntada aos autos. No entanto, o benefício da prisão domiciliar foi negado ao argumento de que a paciente teria declarado “que quem mantém a casa é a sua avó e sua mãe e a criação dos 3 filhos também é feita em conjunto com mãe e avó”, motivação que não demonstra qualquer risco aos direitos das crianças ou perigo à convivência em família, que justifique o indeferimento da prisão domiciliar.

- Embora a paciente seja investigada por tráfico, não é reincidente; o fato que deu origem à prisão em exame não ocorreu na residência onde moram os filhos, bem como não envolveu atuação de organização criminosa, tanto que foi denunciada apenas pelo crime de tráfico de drogas. Inexistência de excepcionalidade.

- Além disso, a situação dos autos também não se encaixa em nenhuma das exceções legais trazidas pela Lei 13.769/2018, mormente por não se tratar de delito praticado com violência ou grave ameaça, bem como não ter sido praticado contra os descendentes da paciente.

8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para substituir a prisão preventiva de *Marciana Silva do Nascimento* pela prisão domiciliar com aplicação adicional das medidas cautelares previstas nos incisos III e IX, do art. 319 do CPP, sem prejuízo da fixação de outras julgadas adequadas pelo magistrado singular.

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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 12 de fevereiro de 2019 (data do julgamento).

Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Relator

DJe 20.2.2019

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de *Marciana Silva do Nascimento*, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins (HC n. 0018159-37.2018.827.0000).

Consta dos autos que a paciente foi presa em flagrante, sendo a custódia convertida em preventiva, pela suposta prática do crime de tráfico de drogas pois, em tese, foi flagrada, juntamente com os demais corréus e um menor de idade, *guardando e mantendo em depósito substâncias entorpecentes, sem autorização legal ou regulamentar, consistente em 653 g (seiscentos e cinquenta e três gramas) da substância conhecida como “maconha”, 406 g (quatrocentos e seis gramas) da substância conhecida como “crack”, bem como 35,30 g (trinta e cinco gramas e trinta centigramas) da substância conhecida como “cocaína”* (e-STJ fl. 42).

Irresignada com a imposição da prisão preventiva e requerendo a substituição da medida por prisão domiciliar, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal estadual. A ordem, contudo, foi denegada, recebendo o acórdão a seguinte ementa (e-STJ fls. 10/11):

Ementa: *Habeas corpus*. Tráfico ilícito de entorpecentes. Lei n. 11.343/2006. Prisão em flagrante convertida em preventiva. Requisitos presentes. Revogação. Impossibilidade. Decreto fundamentado. Excesso de prazo não configurado. Substituição da cautelar pelo recolhimento domiciliar. Descabimento. Ordem denegada em definitivo. Decisão unânime.

1 - A paciente foi presa em flagrante em 24/04/2018, quando capturada em flagrante delito em razão de que ela e outras duas pessoas, estariam envolvidos no comércio de substâncias entorpecentes, porquanto estariam guardando e mantendo em depósito, sem autorização legal ou regulamentar, “653 g (seiscentos e cinquenta e três gramas) da substância conhecida como “maconha”, 406 g (quatrocentos e seis gramas) da substância conhecida como “crack”, bem como 35,30 g (trinta e cinco gramas e trinta centigramas) da substância conhecida como “cocaína”.

2 - Aos dias 27/04/2018 a prisão em flagrante fora convertida em preventiva, sob o fundamento de garantir a ordem pública - (Evento 19 do IP n. 0013682-29.2018.827.2729).

3 - Impossível falar em constrangimento ilegal por excesso de prazo da prisão preventiva quando não se evidencia lapso desproporcional entre sua decretação e a situação em que se encontram os autos da ação penal, que, na espécie, já teve, inclusive, designação de audiência para instrução, sem qualquer prova de retardamento em sua marcha.

4 - Destarte, conforme entendimento consolidado, eventuais condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, ocupação lícita e residência fixa, não têm o condão de, por si só, garantir a paciente a revogação da prisão preventiva, se há nos autos elementos hábeis a recomendar a manutenção de sua custódia cautelar.

5 - No mais a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, nos casos de paciente com filho menor de 12 (doze) anos, somente será concedida se restar cabalmente demonstrado nos autos a sua necessidade. Assim, não havendo comprovação de que a criança dependa exclusivamente de cuidados especiais de sua mãe, não há como substituir a constrição cautelar pela domiciliar, inteligência do art. 318 do Código de Processo Penal.

6 - *Habeas Corpus* denegado. Decisão unânime.

Na presente impetração (e-STJ fls. 1/9), a defesa alega, em síntese, a ilegalidade da decisão que decretou a prisão preventiva da paciente diante da ausência de fundamentação concreta capaz de demonstrar a necessidade de imposição da prisão preventiva.

Reitera o pedido de conversão da prisão preventiva em domiciliar, sob o argumento de que a paciente é mãe de três crianças menores de doze anos que moram com ela e dependem diretamente de seus cuidados (duas certidões de nascimento às e-STJ fls. 48/49).

Declara que a paciente é primária, de apenas 21 (vinte e um) anos de idade e possui residência fixa no distrito da culpa.

Ressalta que a recorrente já está presa há quase 5 (cinco) meses *sem ter concluído audiência de instrução e julgamento, configurando, portanto, flagrante constrangimento ilegal por excesso de prazo* (e-STJ fl. 3).

Pugna, liminarmente e no mérito, pela concessão de liberdade e, subsidiariamente, pela aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

O pedido liminar foi indeferido às e-STJ fls. 58/63

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* e, caso conhecido pela sua denegação, recebendo o parecer a seguinte ementa (e-STJ fl. 88):

Habeas corpus substitutivo de recurso cabível na espécie. Não cabimento. Modificação de entendimento jurisprudencial. Restrição ao uso do remédio constitucional. Presentes os requisitos da prisão preventiva. Fundamentação concreta. Excesso de prazo na formação da culpa não configurado. Filho menor de 12 anos. Prisão domiciliar. Não cabimento. Precedentes. Manutenção da prisão que se impõe. Parecer pelo não conhecimento do writ. Se conhecido, porém, pela sua denegação.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca (Relator): Acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto 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.

Nesse sentido, encontram-se, por exemplo, estes julgados: HC 313.318/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, julgamento em 7/5/2015, DJ de 21/5/2015; HC 321.436/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 19/5/2015, DJ de 27/5/2015.

No entanto, nada impede que, de ofício, este Tribunal Superior constate a existência de ilegalidade flagrante, circunstância que ora passo a examinar.

Busca-se, em síntese, neste *writ*, a revogação da prisão preventiva e, subsidiariamente, a substituição da prisão cautelar por domiciliar da paciente, acusada da prática do crime de tráfico de drogas.

A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico (art. 5º, LXI, LXV e LXVI, da CF). Assim, a medida, embora possível, 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.

Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que prisão cautelar esteja pautada em motivação concreta, sendo vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.

Destaco os seguintes precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte que traduzem bem essa compreensão: STF, HC n. 128.615 AgRg, Relator Ministro *Celso de Mello*, Segunda Turma, julgado em 18/8/2015, publicado em 30/9/2015; STF, HC n. 126.815, Relator Ministro *Marco Aurélio*, Relator p/ Acórdão Ministro *Edson Fachin*, Primeira Turma, julgado em 4/8/2015, publicado em 28/8/2015; STJ, HC n. 321.201/SP, Relator Ministro *Felix Fischer*, Quinta Turma, julgado em 6/8/2015, DJe 25/8/2015; e STJ, HC n. 296.543/SP, Relator Ministro *Sebastião Reis Júnior*, Sexta Turma, julgado em 2/10/2014, DJe 13/10/2014.

Eis os fatos denunciados (e-STJ 42, *grifei*):

Consta dos inclusos autos de inquérito policial que no dia 24 de abril de 2018, no período vespertino, os denunciados, com consciência e vontade, após adquirirem, *foram flagrados guardando e mantendo em depósito substâncias entorpecentes, sem autorização legal ou regulamentar, consistente em 653 g (seiscentos e cinquenta e três gramas) da substância conhecida como “maconha”, 406 g (quatrocentos e seis gramas) da substância conhecida como “crack”, bem como 35,30 g (trinta e cinco gramas e trinta centigramas) da substância conhecida como “cocaína”, conforme auto de prisão em flagrante, depoimentos de testemunhas, auto de apreensão e exibição e laudo pericial definitivo n. 2.862/2018¹.*

Segundo o apurado, Policiais Militares receberam informação de suposta comercialização de drogas, que estava sendo praticada pelo denunciado *Mário César Leite de Sousa* em sua residência, situada no Setor Taquari, na quadra T-30, área de invasão, nesta cidade. Prontamente foi efetuado diligências no referido local onde o denunciado foi surpreendido guardando no interior do imóvel um pedaço de tablete de maconha, que estava dentro de um rack.

O Magistrado de primeira instância fundamentou a necessidade da prisão preventiva da seguinte forma (e-STJ fl. 52):

(...)

Ressalte-se que a flagrada está sendo investigada em outros procedimentos referente ao mesmo tipo penal e declarou que quem mantém a casa é a sua avó e sua mãe e a criação dos 3 filhos também é feita em conjunto com mãe e avó. Neste caso, entendo conveniente, para instrução criminal que a conduzida, pelo menos por ora permaneça recolhida enquanto o Juiz Criminal competente realiza outras

diligências e assim decida quanto à manutenção de sua segregação. Sendo assim, entendo presentes tais fundamentos para a manutenção da segregação cautelar, bem como ausentes a possibilidade de aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, *converso a prisão em flagrante de Marciana Silva do Nascimento, já qualificado, em prisão preventiva, devendo permanecer custodiado até ulterior decisão judicial em sentido contrário. Esta decisão serve como mandado de prisão.* Decisão publicada em audiência. Os presentes

(...)

De maneira semelhante, posicionou-se o Tribunal Revisor, destacando, ainda, a expressiva quantidade e variedade de entorpecentes apreendidos (e-STJ fls. 16/22, *grifêi*):

(...)

Como se verifica das razões da impetração e dos documentos que compõem o inquérito policial na origem, a paciente encontra-se presa desde 24/04/2018, quando capturada em flagrante delito em razão dela e de outra duas pessoas, estarem “guardando e mantendo em depósito substâncias entorpecentes, sem autorização legal ou regulamentar, consistente em 653 g (seiscentos e cinquenta e três gramas) da substância conhecida como “maconha”, 406 g (quatrocentos e seis gramas) da substância conhecida como “crack”, bem como 35,30 g (trinta e cinco gramas e trinta centigramas) da substância conhecida como “cocaína”.

Saliento que ao contrário do que sustenta a parte impetrante, há provas da materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria, demonstrados no inquérito policial relacionado; pelas declarações colhidas quando da lavratura do aludido inquérito, mormente em razão das declarações dos policiais militares estaduais, que descreveram toda a abordagem realizado junto a paciente.

Registro inclusive que os entorpecentes apreendidos já estavam embalados, (doadas), bem como foi apreendida uma balança de precisão 4, o que leva a crer que há fortes indícios de que o tráfico não foi fato isolado na vida da segregada.

(...)

Prosseguindo pontuo que quanto à aplicabilidade do artigo 318, CPP entendo que não assiste sorte a paciente. É certo que a Lei n. 13.257/2016, conhecida como Lei de Proteção à Primeira Infância, promoveu alteração no Código de Processo Penal prevendo, ao tratar de prisão domiciliar, a possibilidade de o réu, ao invés de ficar em prisão preventiva, permanecer recolhido em sua residência. Contudo, em regra, essa espécie de medida cautelar não versa em direito público subjetivo do agente delitivo, para tanto o dispositivo legal supramencionado afirma que o juiz poderá substituir a prisão preventiva pela prisão domiciliar, o que dá a ideia de faculdade do magistrado. As hipóteses para sua decretação devem ser aplicadas de forma restrita e diligente, conforme as peculiaridades do

caso concreto - (STF HC 134.069/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, Julg. 21/06/2016).

(...)

Inclusive o mencionado dispositivo traz uma faculdade, não uma obrigatoriedade, assim, apesar da paciente ser genitora de duas crianças, conforme certidões de nascimentos anexadas ao evento 01, DOCPRESS2/DOCPRESS3, neste instante levando-se em consideração que a paciente não demonstrou que seus filhos estejam exclusivamente sob os seus cuidados, não vejo argumentos para acolher o pedido de concessão de prisão domiciliar.

No mesmo norte também seguiu o parecer ministerial lançado ao evento 08, *"cabe mencionar que além do procedimento em que restou presa em flagrante delito, a paciente responde a outra ação penal pela prática de tráfico de entorpecentes e organização criminosa, redundando na excepcionalidade a que o Supremo Tribunal Federal nos exorta avaliar – HC 143.641/SP"*.

(...)

Como visto, o decreto de prisão cautelar encontra-se devidamente fundamentado, tal qual exige a legislação vigente. Foram regularmente tecidos argumentos idôneos e suficientes ao cárcere provisório do paciente nas decisões transcritas, para garantir a ordem pública.

Destarte, foram apreendidos *653g de maconha, 406 g de "crack", bem como 35,30g de "cocaína", além de balança de precisão e outros materiais atinentes à traficância*. Outrossim, a paciente responde a outra ação penal pela prática do crime de tráfico de drogas e organização criminosa, a indicar o risco de reiteração delitiva.

O Supremo Tribunal entende que *"Não traduz manifesta arbitrariedade a decretação de prisão cautelar de acusado com quem foi apreendida expressiva quantidade de drogas, a revelar profundo envolvimento na atividade de tráfico de drogas, com risco de reiteração delitiva e à ordem pública"* (HC n. 109.111, Relator Min. *Marco Aurélio*, Relator(a) p/ Acórdão: Min. *Rosa Weber*, Primeira Turma, julgado em 21/08/2012, publicado em 6/3/2013)

Portanto, à luz do que dispõe o art. 312 do CPP, entendo que a prisão preventiva está devidamente justificada para a garantia da ordem pública.

Noutro giro, quanto à prisão domiciliar, essa *consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial* (art. 317 do Código de Processo Penal).

Com efeito, os incisos IV e V do art. 318 do Código de Processo Penal autorizam o Juiz substituir a prisão preventiva da mulher gestante ou mãe com filho de até 12 anos de idade pela prisão domiciliar.

Art. 318. *Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:*

I - maior de 80 (oitenta) anos;

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV - *gestante;*

V - *mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;*

VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

Sobre o tema, o plenário da Suprema Corte, por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* coletivo n. 143.641/SP, concluiu que a norma processual (art. 318, IV e V) alcança todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda, relacionadas no referido *writ*, bem ainda todas as outras em idêntica condição no território nacional.

Todavia, o julgado excepcionou algumas situações: “(...) os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício”.

Em data recente sobreveio a Lei n. 13.769/2018, de 9/12/2018, introduzindo os artigos 318-A e 318-B no Código de Processo Penal:

Art. 318-A. *A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que:*

I - *não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;*

II - *não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente.*

Art. 318-B. A substituição de que tratam os arts. 318 e 318-A poderá ser efetuada sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 deste Código.

Embora o *caput* do art. 318 do CPP estabeleça que “*Poderá* o juiz *substituir a prisão preventiva* pela domiciliar (...)”, nas hipóteses dos incisos IV e V, o novo art. 318-A dispõe que “*A prisão preventiva* imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência *será substituída* por prisão domiciliar.”.

Vale destacar que essa divergência já havia sido afastada por ocasião do referido julgado, *Habeas Corpus* n. 143.641/SP, na medida em que concedeu a ordem, coletivamente, estabelecendo parâmetros a serem observados nas exceções pontuadas. Confira-se o voto, na parte que interessa:

Diante desse teor normativo, pergunta-se: quais devem ser os parâmetros para a substituição de que trata a lei?

A resposta, segundo as autoras e as *amici curiae*, está em que o “*poderá*”, constante do *caput* do artigo deve ser lido como “*deverá*”, para evitar que a discricionariedade do magistrado seja, na prática, usada de forma a reforçar a cultura do encarceramento.

Já para a Procuradoria-Geral da República, a resposta deve formulada caso a caso, sempre à luz da particularidade do feito em análise. Essa abordagem, contudo, parece ignorar as falhas estruturais de acesso à Justiça que existem no País.

Diante dessas soluções díspares, e para evitar tanto a arbitrariedade judicial quanto a sistemática supressão de direitos, típica de sistemas jurídicos que não dispõem de soluções coletivas para problemas estruturais, a melhor saída, a meu ver, no feito sob exame, consiste em conceder a ordem, estabelecendo parâmetros a serem observados, sem maiores dificuldades, pelos juízes, quando se depararem com a possibilidade de substituir a prisão preventiva pela domiciliar.

Em face de todo o exposto, *concedo a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelo juízes que denegarem o benefício.*

E esse é o entendimento adotado por esta Quinta Turma, sistematizado a partir do seguinte precedente:

Agravo regimental no *habeas corpus*. Roubo, receptação, organização criminosa e porte ilegal de arma de fogo. Substituição da prisão preventiva por domiciliar. Impossibilidade. Indeferimento liminar do *writ*. Súmula n. 691 do STF. Ausência de ilegalidade patente. Agravo regimental desprovido.

1. Nos termos expostos na decisão agravada, não se constata nos autos constrangimento ilegal patente, apto a justificar a superação do enunciado n. 691 da Súmula do Supremo Tribunal Federal - STF.

2. *O precedente da Suprema Corte invocado ao caso concreto foi interpretado em outras ocasiões pelo Superior Tribunal de Justiça, nas quais se sedimentou o entendimento segundo o qual constituem três exceções à concessão de prisão domiciliar nos termos do habeas corpus coletivo: a) crimes cometidos mediante violência ou grave ameaça, b) perpetrados contra os descendentes ou c) situações excepcionálíssimas.*

3. Tratando-se de crimes cometidos mediante violência ou grave ameaça, não há que se falar em substituição da prisão preventiva pela domiciliar em razão do *mandamus* coletivo concedido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n. 143.641/SP.

Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 438.607/CE, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 20/03/2018, DJe 05/04/2018)

Com a publicação da nova lei, *não resta dúvida que se trata de um poder-dever para o juiz aplicar o benefício*, ressalvados os casos em que tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa ou contra seu filho ou dependente. Assim, forçoso reconhecer o *caráter objetivo de aplicação da nova lei*, com a substituição do termo *poderá* (art. 318, *caput*) por *será* (art. 318-A, *caput*), sempre que apresentada prova idônea do requisito estabelecido na norma (art. 318, parágrafo único).

Concordando com esse ponto, destaco trecho de artigo publicado no *site* da Revista Consultor Jurídico:

A força impositiva da necessidade de ser reconhecido e efetivamente aplicado o benefício restou traçada na literalidade do texto legal do artigo 318-A, que substituiu o termo *poderá* por *será*, de modo que, nestes casos, não compete ao magistrado confrontar a possibilidade da prisão domiciliar com as necessidades da prisão preventiva. Isto não significa, todavia, que a prisão domiciliar não possa ser aplicada inclusive nas hipóteses de crime cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou contra filho ou dependente. O que foi destacado é o caráter objetivo da aplicação da domiciliar às mulheres mães de crianças ou deficientes e gestantes em situações que não envolvam as exceções apresentadas. (Tribuna da Defensoria: **Indeferimentos de prisão domiciliar devem ser revistos**, Por

Gina Kerly Pontes Moura, Jorge Bheron Rocha e Maria Noêmia Pereira, publicado em 1/1/2019 - <https://www.conjur.com.br/2019-jan-01/indeferimentos-prisao-domiciliar-revistas-lei#author>)

Observa-se também que houve uma discreta ampliação do rol de beneficiárias previstas no *habeas corpus* coletivo, incluindo a *mulher responsável por pessoa com deficiência*. A decisão do Supremo Tribunal contemplava a mãe de deficiente, e agora a prisão domiciliar *será* também concedida à mulher, não necessariamente mãe, desde que responsável por pessoa com deficiência, que pode ser um filho, menor ou maior, ou mesmo outra pessoa, como marido, irmão, etc.

Tratando-se, portanto, de *gestante, mãe de criança* menor de 12 anos e *mulher responsável por pessoa com deficiência*, a regra é o deferimento da prisão domiciliar.

Quanto às exceções que foram positivadas, em que pese a ampliação do rol de beneficiárias, não pairam maiores dúvidas. Assim, não cabe o benefício legal nos casos em que a mulher tenha “cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa” ou “contra seus descendentes”. Apenas um detalhe acerca do inciso II: ao mencionar “seus dependentes”, parece-me, a princípio, estar implícita também a vedação do benefício quando o crime for cometido contra a pessoa deficiente pela qual a mulher é responsável, tendo em vista o objetivo maior de proteção prioritária da criança e da pessoa com deficiência. Desse modo, a mulher que praticar crimes contra seus descendentes, ou contra pessoa deficiente sob sua responsabilidade, incorre na vedação legal ao benefício da prisão domiciliar.

Feita essa breve observação, cumpre lembrar que esses dois parâmetros já estavam previstos no julgado do Supremo Tribunal Federal, hoje representados nos incisos I e II do novo art. 318-A do CPP. Porém, com relação as chamadas *situações excepcionalíssimas*, a nova lei nada regula.

Entendo que não se trata de um silêncio eloquente da norma, mas apenas como uma omissão legislativa e é assim que deve ser interpretado.

De fato – e aqui faço propositadamente uma redução ao absurdo da novidade legal, de forma a demonstrar a inevitabilidade da sua interpretação no sentido de que houve omissão legislativa –, a leitura do disposto em termos literais forçaria a concessão da prisão domiciliar a mãe que sequer convive ou criou os filhos, unicamente porque o crime não envolveu violência ou grave ameaça ou dirigiu-se contra a prole.

A exceção da concessão do benefício em determinadas situações excepcionalíssimas deve, portanto, ao meu ver, subsistir. Como efeito, por meio desse parâmetro adicional era possível fazer um controle maior de conduta criminosas que, embora não alcançados pelas duas exceções, se revestiam de elevada gravidade, evidenciando um risco concreto de violação aos direitos da criança, ou uma ameaça acentuada à ordem pública.

Nesse sentido, temos muitos precedentes apontando como situações excepcionalíssimas, dentre as quais se destacam: *(i)* praticar o *tráfico de drogas na residência*, com a presença ou mesmo participação das crianças; *(ii)* *reincidir* em crimes graves, onde mesmo após prisões anteriores ou cumprimento de penas, não abandonaram o mundo do crime; *(iii)* *integrar perigosas organizações criminosas*, profundamente envolvidas com a criminalidade, notadamente quando exercem papel relevante, com ligações com facções perigosas, criando um ambiente de constante risco e insegurança que afeta toda a família, apenas para exemplificar. Nessas hipóteses, percebe-se que a presença física da mãe ou responsável *pode caracterizar* violação de direitos que atinge diretamente as crianças menores ou dependentes.

A Constituição Federal prescreve que é dever do Estado assegurar a proteção integral e prioritária da criança (art. 227 da CF). E aqui, o olhar é para aqueles que sofrem injustamente as consequências dos atos praticados por mães que se encontram encarceradas, na medida em que seus filhos ou as pessoas sob sua dependência sofrem diretamente efeitos da condenação, com a separação física da genitora.

Assim, o propósito da lei não é conferir um salvo-conduto às mulheres que cometem crime sem violência ou grave ameaça, independente do risco que a sua liberdade possa oferecer aos filhos, à pessoa com deficiência pela qual é responsável, ou mesmo à sociedade. Ao contrário, “*o principal objetivo da novel lei, editada após a decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu às custodiadas mães de filhos menores de 12 anos de idade o direito à prisão domiciliar, é a proteção da criança.*”, como declarou o e. Ministro Presidente desta Corte, no período de férias forense, em decisão liminar em que examinou a aplicação do novo art. 318-A do CPP (*Habeas Corpus* n. 491.003-PB, de 30/1/2019, *Ministro João Otávio de Noronha*, publicado em 4/2/2019).

De fato, ainda durante a discussão do projeto de lei no âmbito legislativo, concluiu a Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado, ao tratar das limitações propostas à substituição da prisão preventiva por domiciliar,

previstas nos incisos I e II do novel art. 318-A do CPC, que “tal medida é acertada, pois não se pode olvidar que a criança deve ser resguardada de toda e qualquer presença que possa prejudicar a formação de sua personalidade e a construção de seus valores, em razão da sua condição de pessoa em desenvolvimento”.

Nessa direção, impossível ignorar que em determinadas situações – frise-se, excepcionalíssimas, criminalmente concretas, e que deverão ser devidamente demonstradas – a mãe pode, até mais do que nas hipóteses expressamente previstas, ser *presença que possa prejudicar a formação de sua personalidade e a construção de seus valores*. Em tais casos, entendo que a proteção do menor deve prevalecer sobre o direito legalmente conferido a tais mulheres. Repita-se: o foco de tais disposições deve fixar-se no menor ou, nos termos da novidade legal, no deficiente.

Por isso, penso que *a normatização de apenas duas das exceções já previstas no habeas corpus coletivo não afasta a efetividade do que foi decidido pelo Supremo nos pontos não alcançados pela norma*. O fato de o legislador não ter inserido outras exceções na lei, não significa que o Magistrado esteja proibido de negar o benefício quando se deparar com casos excepcionais. Tenho que deve prevalecer a interpretação teleológica da lei, assim como a proteção aos valores mais vulneráveis. Com efeito, naquilo que a lei não regulou, o precedente da Suprema Corte deve continuar sendo aplicado, pois uma interpretação restritiva da norma pode representar, em determinados casos, efetivo risco direto e indireto à criança cuja proteção deve ser integral e prioritária, como determina a Constituição no art. 227, bem como à pessoa deficiente.

Nesse sentido destaco uma breve análise disponível no *site* “Dizer o Direito”, de 21/12/2018:

A exceção 3 ainda é possível? O juiz poderá deixar de aplicar a prisão domiciliar em outras situações excepcionalíssimas?

Aqui temos o ponto mais polêmico da novidade legislativa. Teria sido um silêncio eloquente do legislador com o objetivo de superar, neste ponto, o entendimento do STF sobre o tema ou representaria uma simples omissão?

Particularmente, penso que a terceira exceção continua existindo. Isso porque ela foi fixada pelo STF não por conta da interpretação da lei, mas sim com base em uma verdadeira construção (criação) jurisprudencial. As três exceções não eram previstas em nenhum lugar. Logo, parece-me que o fato de o legislador não ter encampado expressamente essa terceira exceção não significa que ela não exista.

O legislador não tem condições de prever todas as hipóteses excepcionais, sendo justificável que o magistrado, diante de um caso concreto, identifique que a concessão da prisão domiciliar ameaçará a garantia da ordem pública/econômica, a conveniência da instrução criminal ou que irá colocar em risco a aplicação da lei penal.

Contudo, como já dito, trata-se de tema que gerará debates e certamente haverá posições em sentido contrário. **(Comentários à Lei 13.769/2018: prisão domiciliar e progressão especial para gestante e mulher que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, 21/12/2018** – <https://www.dizerodireito.com.br/2018/12/comentarios-lei-137692019-prisao.html>)

É bom lembrar que a norma não consegue regular a realidade social (fática) em toda a sua extensão. Portanto, é certo que as exceções previstas nos dois incisos do art. 318-A do CPP não comportam todas as soluções dos casos concretos submetidos ao Poder Judiciário.

Nesse sentido são também as primeiras impressões sobre a nova lei escritas pelo Juiz de Direito do Distrito Federal, Fernando Barbagalo, acerca desse assunto:

É louvável o desiderato da nova lei na efetivação de princípios constitucionais de proteção à maternidade (art. 6º) e à infância (art. 227), seguindo também a linha estabelecida em orientações internacionais sobre o tema (Regras de Bangkok). Inobstante, certamente existirão casos em que essa automatização da prisão domiciliar causará perplexidade. Relevante notar que a formulação do dispositivo anterior, art. 318, (“Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar”) permite margem interpretativa, afastando a substituição em casos excepcionais. Esta permissão não existe no novo dispositivo (art. 318-A). Mesmo o acórdão no habeas coletivo autorizava a manutenção da prisão preventiva nas “situações excepcionalíssimas” devidamente fundamentadas. E essas situações, infelizmente, acontecem.

Apenas para ilustrar, em nossa triste realidade existem casos de mães de crianças e de gestantes reincidentes que obtiveram a liberdade e pouco depois foram presas vendendo drogas ou armazenando drogas nos locais em que residiam com seus pequenos. Neste sentido, citando apenas um de muitos precedentes, foi negada a substituição da prisão preventiva em domiciliar em razão da “considerável quantidade de drogas apreendida” (mais de 661g de cocaína; 45g de maconha; 122g de crack), com outros objetos (incluindo éter etílico e frascos de anestésicos) no interior da residência em que a mulher vivia com a filha. Compreendeu-se como excepcional a situação e a prisão preventiva mantida. **(LEI 13.769/2.018: PRIMEIRAS IMPRESSÕES - JUIZ FERNANDO BARBAGALO** [HTTPS://WWW.TJDFT.JUS.BR/INSTITUCIONAL/IMPrensa/ARTIGOS/LEI-13-769-2-018-PRIMEIRAS-IMPRESSOES-JUIZ-FERNANDO-BARBAGALO](https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/lei-13-769-2-018-primeiras-impessoes-juiz-fernando-barbagalo))

Destaco ainda de outra publicação – “Breves comentários às Leis 13.769/18 prisão domiciliar), 13.771/18 (feminicídio) e 13.772/18 (registro não autorizado de nudez ou ato sexual)” – produzida por especialistas na área, sob a coordenação científica do Prof. Rogério Sanches Cunha, e disponibilizada na *internet*:

A nosso ver, não andou bem o legislador. Acabou desconsiderando o cometimento de crimes graves como o já mencionado tráfico de drogas, a participação em associações e organizações criminosas voltadas à prática do próprio tráfico, fraudes de grande vulto e até mesmo determinadas figuras tipificadas na Lei 13.260/16, que trata do terrorismo.

A prisão domiciliar é, em si, uma medida de natureza cautelar e deve ser analisada sob as diretrizes estabelecidas no art. 292 do Código de Processo Penal, o qual dispõe que as medidas previstas no Título IX devem ser aplicadas de acordo com a necessidade e com adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Ora, como apresentado, o novo dispositivo (art. 318-A) opõe-se abertamente às regras gerais para a concessão de cautelares, ignorando as circunstâncias do crime cometido, se a substituição é adequada e suficiente para impedir a reiteração delitiva e para garantir a aplicação da lei penal, a investigação ou a instrução criminal.

A substituição automática também acaba por violar o disposto no art. 5º da Constituição Federal, que garante a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Diante do plexo de direitos e garantias explicitados na Constituição, tem o legislador (e o juiz) a obrigação de proteger os bens jurídicos de forma suficiente. Em outras palavras: é tão indesejado o excesso quanto a insuficiência da resposta do Estado punitivo. A obrigação de que o juiz substitua a prisão preventiva pela domiciliar torna evidentemente falha a proteção de que se incumbe o Estado.

Por fim, ainda que se admita a existência de um direito subjetivo da presa à concessão do favor legal, sempre haverá algum espaço para que o magistrado formule um conceito de ordem subjetiva. Assim, por exemplo, há que se analisar se a criança, filha da presa vive efetivamente sob sua companhia, pois é comum que se encontre sob a guarda de fato ou de direito de uma avó ou mesmo do pai. Em relação à pessoa portadora de deficiência, ela pode, eventualmente, encontrar-se internada em uma clínica, quando, então, os cuidados da detenta serão dispensáveis. Não se pode ignorar, também, o cabimento da preventiva como sanção processual para o caso de descumprimento injustificado do benefício legal. **(Breves comentários às Leis 13.769/18 (prisão domiciliar), 13.771/18 (feminicídio) e 13.772/18 (registro não autorizado de nudez ou ato sexual)** <https://s3.meusitejuridico.com.br/2018/12/9c20f715-breves-comentarios-as-leis-13769-18-prisao-domiciliar-13771-18-feminicidio-e-13772-18.pdf>)

Ainda, não se pode esquecer que, se por um lado nos deparamos com a proibição de excessos contra direitos das crianças e dos deficientes, por outro, o Estado não pode se omitir de promover a assegurar adequadamente a proteção dessas pessoas, quando concretamente ameaçadas. É aqui que não se pode perder de vista os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, que orientam a aplicação das medidas cautelares em todo o espectro de opções previstas na norma processual penal – variando do total cerceamento da liberdade a alternativas mais brandas de controle social.

Assim, o risco que se busca afastar com a prisão preventiva (garantia da ordem pública, preservação da instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal), substituindo-a pela domiciliar, precisa ser cuidadosamente avaliado pelo Magistrado, na medida em que são flexibilizados os controle/vigilância do Estado sobre a pessoa presa.

Entendo que esse equilíbrio desejado está presente na decisão da Suprema Corte, quando formulou um terceiro parâmetro para comportar as situações que chamou de *excepcionalíssimas*.

Em seu voto, o e. Ministro Ricardo Lewandowski avaliou especificamente os casos de reincidentes. Sua excelência faz a seguinte recomendação: “Quando a detida for tecnicamente reincidente, o juiz deverá proceder em atenção às circunstâncias do caso concreto, mas sempre tendo por norte os princípios e as regras acima enunciadas, observando, ademais, a diretriz de excepcionalidade da prisão”. Logo em seguida, aponta como uma das soluções, fazendo uso do termo *poderá*, a aplicação de medidas cautelares, “Se o juiz entender que a prisão domiciliar se mostra inviável ou inadequada em determinadas situações”.

Vale enfatizar que o indeferimento excepcional do benefício não prescinde de uma análise aprofundada dos casos concretos, à luz do interesse prioritário do menor ou do deficiente, em decisões que “deverão ser devidamente fundamentadas pelo juízes que denegarem o benefício”, como consignado no voto do Relator.

Ainda sobre esse ponto, vale lembrar que o Eminentíssimo Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello, em 4/4/2016, ao decidir o HC n. 134.734/SP, advertiu que é preciso analisar também a conduta e a personalidade da presa e, *sobretudo, a conveniência e o atendimento ao superior interesse do menor*, concluindo: “Todas essas circunstâncias devem constituir objeto de adequada ponderação, em ordem a que a adoção da medida excepcional da prisão domiciliar efetivamente satisfaça o princípio da proporcionalidade e respeite

o interesse maior da criança. Esses vetores, por isso mesmo, hão de orientar o magistrado na concessão da prisão domiciliar”.

Nessa mesma linha de raciocínio, manifestou-se o e. Ministro Sebastião Reis, ao apreciar a liminar em que se questiona a aplicação da nova Lei n. 13.769/2018, *grifei*):

Ressalta-se que, mesmo atendido o requisito de ser mãe de criança com deficiência, o benefício pode ser afastado quando, fundamentadamente, o órgão julgador, ante dados concretos, demonstre situação em que se revele inadequada a prisão domiciliar (periculum libertatis), sob pena de se conferir uma carta de indenidade absoluta a todas as mulheres gestantes ou mães de crianças com deficiência. (Habeas Corpus n. 479.584-PR, Ministro Sebastião Reis Júnior, de 1º/2/2018, publicada em 08/02/2019)

Em conclusão: as situações excepcionais ainda subsistem e carecem de solução jurídica adequada, sempre à luz da força impositiva da nova norma, mas sem violar direitos e garantias dos menores ou deficientes envolvidos. Por essas razões é que entendo que permanece válida a terceira exceção prevista no acórdão do *habeas corpus* coletivo, com aplicação já sedimentada na jurisprudência desta Corte. Registre-se, no ponto, mais uma vez, que tais exceções são *excepcionalíssimas*, pois a regra é o deferimento da prisão domiciliar.

No particular, verifica-se que a paciente é mãe de três crianças menores de 12 anos, *Luiz Felipe Bandeira Silva* – 05 anos de idade, *Fernanda Vitória Silva Mendes* – 03 anos de idade, além de um terceiro filho, de 8 anos de idade, cuja certidão não fora juntada aos autos. E, como se viu das transcrições, o benefício da prisão domiciliar foi negado ao argumento de que a paciente teria declarado “que quem mantém a casa é a sua avó e sua mãe e a criação dos 3 filhos também é feita em conjunto com mãe e avó.”

Com efeito, a necessidade dos cuidados nos primeiros anos de vida da criança é indiscutível, sendo presumida a *indispensabilidade* da presença física da mãe para o desenvolvimento físico e emocional equilibrado. Assim, como consignado neste voto, a separação excepcionalíssima da mãe (com a decretação da prisão) somente pode ocorrer quando violar direitos dos filhos, tendo em vista a força normativa da nova lei que regula o tema.

Veja-se ainda que, embora a paciente seja investigada por tráfico, não é reincidente, o fato que deu origem à prisão em exame não ocorreu na residência onde moram os filhos, bem como não envolveu atuação de organização criminosa, tanto que foi denunciada apenas pelo crime de tráfico de drogas.

Além disso, a situação dos autos também não se encaixa em nenhuma das exceções legais trazidas pela Lei 13.769/2018, mormente por não se tratar de delito praticado com violência ou grave ameaça, bem como não ter sido praticado contra os descendentes da paciente.

De mais a mais, deve-se lembrar que o regime jurídico da prisão domiciliar, especialmente no que pertine à proteção da integridade física e emocional dos filhos do agente, e as inovações trazidas pelas Leis n. 13.257/2016 e 13.769/2018 decorrem, indiscutivelmente, do resgate constitucional do princípio da fraternidade (Constituição Federal: preâmbulo e art. 3º).

A respeito do tema, é preciso recordar:

a) O princípio da fraternidade é uma categoria jurídica e não pertence apenas às religiões ou à moral. Sua redescoberta apresenta-se como um fator de fundamental importância, tendo em vista a complexidade dos problemas sociais, jurídicos e estruturais ainda hoje enfrentados pelas democracias. A fraternidade não exclui o direito e vice-versa, mesmo porque a fraternidade enquanto valor vem sendo proclamada por diversas Constituições modernas, ao lado de outros historicamente consagrados como a igualdade e a liberdade;

b) O princípio da fraternidade é um macroprincípio dos Direitos Humanos e passa a ter uma nova leitura prática, diante do constitucionalismo fraternal prometido na CF/88 (preâmbulo e art. 3º);

c) O princípio da fraternidade é possível de ser concretizado também no âmbito penal, através da chamada Justiça restaurativa, do respeito aos direitos humanos e da humanização da aplicação do próprio direito penal e do correspondente processo penal. As Leis n. 13.257/2016 e 13.769/2018 decorrem desse resgate constitucional.

Desse modo, deve ser a ordem concedida de ofício, para deferir à paciente a substituição da prisão preventiva por domiciliar, nos termos legais. De modo a obstar a continuidade das supostas condutas praticadas pela paciente, conveniente a fixação das medidas cautelares alternativas previstas no art. 319, incisos III (proibição de manter contato com outros denunciados) e IX (monitoramento eletrônico), do Código de Processo Penal, sem prejuízo da fixação de outras julgadas adequadas pelo magistrado singular.

Ante o exposto, *não conheço* do *habeas corpus*. Contudo, *concedo* a ordem, de ofício para substituir a prisão preventiva de *Marciana Silva do Nascimento* pela prisão domiciliar, nos termos acima expostos.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 491.895-GO (2019/0033105-6)

Relator: Ministro Ribeiro Dantas
Impetrante: Hiago Fontineles Aguiar e outro
Advogados: Homero Pinto Figueiredo - GO046994
Hiago Fontineles Aguiar - GO045342
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Goiás
Paciente: Rodrigo Goncalves de Alcantara

EMENTA

Processo Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso. Inadequação. Tráfico de drogas. Trancamento da ação penal. Interceptação telefônica. Acesso de mensagens de texto via *whatsapp*. Ausência de autorização judicial. Garantias constitucionais. Art. 5º, X e XII, da CF. Art. 7º da Lei n. 12.965/2014. Nulidade. Não ocorrência. Presença de justa causa para a persecução penal. *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. A Constituição Federal de 1988 prevê como garantias ao cidadão a inviolabilidade da intimidade, do sigilo de correspondência, dados e comunicações telefônicas, salvo ordem judicial.

3. A Lei n. 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet, em seu art. 7º, assegura aos usuários os direitos para o uso da *internet* no Brasil, entre eles, o da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, do sigilo do fluxo de suas comunicações pela *internet*, bem como de suas comunicações privadas armazenadas.

4. A quebra do sigilo do correio eletrônico somente pode ser decretada, elidindo a proteção ao direito, diante dos requisitos próprios de cautelaridade que a justifiquem idoneamente, desaguando em um quadro de imprescindibilidade da providência. (HC 315.220/RS, Rel. Ministra *Maria Thereza de Assis Moura*, Sexta Turma, julgado em 15/09/2015, DJe 09/10/2015).

5. Com o avanço tecnológico, o aparelho celular deixou de ser apenas um instrumento de comunicação interpessoal. Hoje, é possível ter acesso a diversas funções, entre elas, a verificação de mensagens escritas ou audível, de correspondência eletrônica, e de outros aplicativos que possibilitam a comunicação por meio de troca de dados de forma similar à telefonia convencional.

6. Por se encontrar em situação similar às conversas mantidas por *e-mail*, cujo acesso exige prévia ordem judicial, a obtenção de conversas mantidas pelo programa *whatsapp*, sem a devida autorização judicial, revela-se ilegal.

7. Hipótese que se mostra controvertida a questão relativa à autorização ou não pelo paciente de acesso às conversas de *whatsapp* obtidas de seu celular, uma vez que franqueada por duas vezes a permissão, inclusive constando termo assinado pelo paciente, em sede policial, o que foi posteriormente negado por ocasião da audiência de custódia.

8. A jurisprudência dos tribunais superiores admite o trancamento do inquérito policial ou de ação penal, excepcionalmente, nas hipóteses em que se constata, sem o revolvimento de matéria fático-probatória, a ausência de indícios de autoria e de prova da materialidade, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade, o que não se observa neste caso.

9. No caso em exame, a persecução penal não se iniciou baseada exclusivamente em razão da prova obtida no celular do paciente, mas sim em momento anterior, por ocasião de sua prisão em flagrante portando 5g de maconha, além de ter em depósito 16g de cocaína, o que, por certo, demonstra a existência de justa causa para ação penal pelo crime de tráfico de drogas.

10. *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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentou oralmente: Dr. Homero Pinto Figueiredo (p/pacte)
Brasília (DF), 07 de maio de 2019 (data do julgamento).
Ministro Ribeiro Dantas, Relator

DJe 13.5.2019

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas: Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em favor de **Rodrigo Gonçalves de Alcantara**, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás.

Consta dos autos que o paciente foi preso em flagrante em 23/2/2018 e denunciado pela suposta prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006. Na audiência de custódia, homologado o flagrante, o Juízo de primeiro grau concedeu-lhe liberdade provisória, aplicando medidas cautelares.

Objetivando o trancamento da ação penal por ausência de justa causa, a defesa impetrou *habeas corpus* no TJGO, que denegou a ordem, nos termos da seguinte ementa:

Ementa: Habeas corpus. Tráfico de drogas. Processo criminal. Alegação de nulidade. Violação do sigilo de dados do aparelho celular do paciente. Pedido de trancamento do procedimento penal. Presença de elementos informativos no sentido de ter havido autorização. Necessidade de análise e de confronto de provas. Ausência de liquidez e certeza. Inexistência de constrangimento ilegal. Por faltar certeza e liquidez na alegação de que houve violação do sigilo de dados do aparelho celular do paciente, haja vista a presença de elementos informativos no sentido de que ele autorizou o acesso, de modo que a constatação da ilegalidade depende não só de uma análise aprofundada das provas, mas também de um confronto do material probatório, o que não é viável no âmbito do procedimento sumaríssimo do writ, julga-se improcedente o pedido de trancamento do processo penal, denegando-se a ordem de habeas corpus postulada, porque não fica caracterizada, sem margem para dúvida, a invalidade sustentada na petição inicial. Ordem denegada. (e-STJ, fl. 184).

Neste *writ*, os impetrantes sustentam a ocorrência de flagrante ilegalidade na instauração da ação penal em desfavor do paciente, uma vez que a denúncia baseou-se “única e exclusivamente nas mensagens do aplicativo *Whatsapp*, que

fora invadido pela autoridade policial sem qualquer autorização para tanto” (e-STJ, fl. 12).

Alegam que, “Ao contrário do que afirma a denúncia, não houve qualquer autorização do Paciente à autoridade policial para que este ou qualquer outra pessoa, tivesse acesso à seus dados no celular, o que o próprio Paciente, fez questão de deixar bem claro em sede de audiência de custódia” (e-STJ, fl. 13).

Ressaltam, ainda, que esta Corte já enfrentou o tema, concluindo pela ilicitude da prova obtida por meio de interceptação sem a autorização de ordem judicial de conversas mantidas pelo programa *whatsapp*.

Afirmam, por fim, que não há falar “em validade das provas obtidas sem autorização judicial, devendo ser desentranhada do processo toda e qualquer prova derivada deste, em obediência a teoria dos frutos da árvore envenenada” (e-STJ, 17).

Requerem, assim, a concessão da ordem, para “para trancar, por falta de justa causa, a ação penal n. 201800220680, em trâmite na 2ª Vara Criminal da Comarca de Inhumas/GO, determinando o desentranhamento da prova tida como ilícita, bem como todas as outras que daquela tenham derivado, de forma direta ou indireta.” (e-STJ, fl. 25).

Liminar indeferida.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não cabimento do *writ*.

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.

Nesse contexto, passo ao exame das alegações trazidas pela defesa a fim de verificar eventual constrangimento ilegal que autorize a concessão da ordem de ofício.

Cinge-se a controvérsia dos autos à legitimidade do acesso pela autoridade policial, na hipótese de prisão em flagrante, dos dados armazenados no aparelho celular do agente detido, sem a devida autorização judicial prévia.

Narram os autos que o paciente foi preso em flagrante em 23/2/2018 e denunciado pela suposta prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006. Na audiência de custódia, homologado o flagrante, o Juízo de primeiro grau concedeu-lhe liberdade provisória, aplicando medidas cautelares.

Para melhor elucidação do tema, colho a seguinte narrativa constante do auto de prisão em flagrante:

[...]

Passou a autoridade, sob o compromisso do seu cargo, a declarar: após recebermos informação que resultou na lavratura da Denúncia de número 99/2018 datada em 20 de fevereiro de dois mil e dezoito, às dez horas e quatorze minutos, através do aplicativo *Whatsapp* desta Delegacia, dando conta de que o conduzido estaria fazendo a venda de entorpecente na cidade de Damolândia-GO, tendo o denunciante ainda informado que o endereço do conduzido [...] e que o conduzido costumava esconder as dorgas no quintal de sua residência, na oportunidade o denunciante também encaminhou uma fotografia do conduzido. Com base na citada Denúncia realizamos uma investigação policial, que culminou na noite de ontem numa campana nas imediações do endereço do conduzido, onde por volta da meia-noite, o conduzido ao sair de residência foi abordado pela equipe, revistado e com ele encontrado uma porção de maconha embalada em saquinho plástico tipo zip, durante a bordagem o aparelho de celular do conduzido não parava de tocar, ligações de usuários pedindo droga. Em seguida, com a permissão do conduzido, adentramos a sua residência, momento em que foram encontradas mais treze porções de cocaína embaladas individualmente em saquinhos tipo zip. O conduzido após autorizar a verificação e análise em seu aparelho de celular marca Samsung [...], foi constatado conteúdo relacionado ao tráfico de dorgas que será transcrito após a devida autorização judicial, confirmando-se com isto a Denúncia em tela. O conduzido foi indagado acerca das drogas e mensagens no aparelho celular, oportunidade em que respondeu que “apenas salvava” os usuários e não vendia drogas. (e-STJ, fl. 47).

Interrogado pela autoridade policial, o paciente declarou “que mantém em silêncio. Que o interrogando autorizou e autoriza o acesso ao conteúdo das mensagens de aplicativo de seu telefone celular, que foi apreendido. E reafirma que quanto a acusação se mantém em silêncio, alegando que está sem advogado” (e-STJ, fl. 51).

Inconformada, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o TJGO, que denegou a ordem, sob os seguintes fundamentos:

Com relação ao fundamento jurídico desta demanda propriamente dito, de se pontuar que o trancamento de ação penal somente é admissível nas hipóteses de inequívoca demonstração da inexistência do crime, de patente atipicidade, de extinção da punibilidade ou quando ausentes quaisquer indícios de autoria ou a prova da materialidade do delito.

Em par com isso, afigura-se pertinente consignar que o *habeas corpus* tem procedimento sumaríssimo - a requisição de informações ao juiz e a colocação em mesa para julgamento na primeira sessão são exemplos dessa sumariedade - e, portanto, as colocações deduzidas na petição inicial devem vir acompanhadas dos elementos comprobatórios da sustentada coação ilegal.

Mas não basta que a petição inicial esteja amparada em documentos indicativos da ilegalidade, pois é preciso, para o deferimento do *writ*, que os elementos de convicção que informam o *habeas corpus* sejam claros e precisos, não ficando na dependência de sua valoração com outros elementos de convicção, pois isso é próprio do processo penal comum.

E isso é ainda mais imprescindível quando a cessação do constrangimento ilegal que se aduz depende do trancamento do processo penal, pois essa providência representa medida excepcional.

No caso concreto, não se entrevê a presença do direito líquido e certo afirmado, porque não é viável alcançar a conclusão insofismável de que houve violação do sigilo de dados do aparelho celular do paciente, pois existem elementos informativos que prenunciam ter havido autorização dele para que os policiais acessassem não só o seu domicílio, mas também o seu aparelho celular.

De fato, as declarações da policial civil Marielles de Souza Arrais indicam que, no dia 20/2/2018, foi lavrada a *notitia criminis* 99/2018, recebida por meio do *Whatsapp* do Distrito Policial, dando conta de que o ora paciente estava vendendo drogas em sua residência, localizada no Ricardino Furtado Fernandes, quadra 2, lote 10, bairro Jardim Esperança, no município de Damolândia-GO, que é distrito judiciário da Comarca de Inhumas-GO, que ele costumava esconder o material ilícito no quintal de sua morada; que, daí, iniciou-se uma investigação policial; que, após uma campana nas imediações do endereço do ora paciente, ele foi abordado, ao que foi desvendada uma porção de maconha; que, durante a abordagem, o celular do acusado não parava de tocar; que, com a permissão do denunciado, os policiais entraram no domicílio do paciente, onde foram avistadas mais 13 (treze) porções de cocaína; que, também com autorização do paciente, os policiais acessaram o seu aparelho celular, ao que puderam verificar diálogos no sentido do comércio de drogas ilegais.

Com isso, deve-se admitir que o desfecho pretendido pelo impetrante depende não só de uma análise da prova, mas também de um balanço do conjunto probatório, que se dizer, de um confronto de elementos de persuasão, o que não é permitido no *writ*, como vem reiterando a jurisprudência desta 1ª Câmara Criminal:

[...]

Portanto, como o objetivo desta ação constitucional requer avaliação e confronto do conjunto probatório, não é possível constatar de plano a ilegalidade suscitada.

Ao teor do exposto, acolhido o parecer da Procuradoria de Justiça, julgo improcedente o pedido, denegando-se a ordem de *habeas corpus* requerida.

Como cediço, a Constituição Federal de 1988 prevê como garantias ao cidadão a inviolabilidade da intimidade, do sigilo de correspondência, dados e comunicações telefônicas, salvo ordem judicial:

Art. 5º.

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[...]

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; [...].

Ao regulamentar a matéria, a Lei n. 9.296/1996 estabeleceu:

Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigredo de justiça.

Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

[...]

Art. 5º A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

Por sua vez, a Lei n. 9.472/1997 (Lei das Telecomunicações) prevê que:

Art. 3º O usuário de serviços de telecomunicações tem direito:

[...]

V - à inviolabilidade e ao segredo de sua comunicação, salvo nas hipóteses e condições constitucionais e legalmente previstas; [...].

Já a Lei n. 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet, estabelece os princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da *internet* no Brasil:

Art. 7º: O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;

III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial; [...].

De fato, com o avanço tecnológico, o aparelho celular deixou de ser apenas um instrumento de comunicação interpessoal. Hoje, é possível ter acesso a diversas funções, entre elas, a verificação de mensagens escritas ou audível, de correspondência eletrônica, e de outros aplicativos que possibilitam a comunicação por meio de troca de dados de forma similar à telefonia convencional.

Assim, por se encontrar em situação similar às conversas mantidas por *e-mail*, cujo acesso exige prévia ordem judicial, a obtenção de conversas mantidas pelo programa *whatsapp*, sem a devida autorização judicial, revela-se ilegal.

Nesse sentido, os seguintes julgados deste Superior Tribunal:

Penal e Processual Penal. Recurso em *habeas corpus*. Tráfico de drogas. Nulidade da prova. Ausência de autorização judicial para acesso aos dados de aplicativo celular *whatsapp*. Prisão preventiva. Fundamentação abstrata. Quantidade não relevante de droga. Ilegalidade. Ocorrência. Recurso provido.

1. Ilícita é a devassa de dados, bem como das conversas de *whatsapp*, obtidas diretamente pela polícia em celular apreendido por ocasião da prisão em flagrante, sem prévia autorização judicial.

2. Estando o decreto prisional ancorado apenas na gravidade abstrata e na quantidade não relevante de droga (41 gramas de maconha e folhas frescas prensadas de maconha pesando, aproximadamente, 2 gramas), inidônea é a constrição do recorrente.

3. Recurso em *habeas corpus* provido para a soltura do recorrente *Mateus Slaviero*, o que não impede nova e fundamentada decisão cautelar penal, inclusive

menos gravosa do que a prisão processual, bem como para declarar a nulidade das provas obtidas por meio de acesso ao celular do recorrente, sem autorização judicial, cujo produto deve ser desentranhado dos autos. (RHC 98.250/RS, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 12/02/2019, DJe 07/03/2019).

Processo Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso próprio. Inadequação. Tráfico de drogas. Prisão preventiva. Legalidade. Perda do objeto. Liberdade provisória concedida. Nulidade processual. Ausência de justa causa para persecução penal. Supressão de instância. Provas obtidas por meio de telefone celular apreendido. Mensagens de *whatsapp*. Inexistência de autorização judicial. Nulidade constatada. Provas inadmissíveis. Desentranhamento dos autos. *Writ* parcialmente prejudicado e, no mais, ordem concedida de ofício apenas em parte.

[...]

4. Esta Corte Superior de Justiça considera ilícita o acesso aos dados do celular e das conversas de *whatsapp* extraídas do aparelho celular apreendido em flagrante, quando ausente de ordem judicial para tanto, ao entendimento de que, no acesso aos dados do aparelho, se tem a devassa de dados particulares, com violação à intimidade do agente. Precedentes.

No caso, a obtenção dos dados telefônicos do impetrante se deu em violação de normas constitucionais e legais, a revelar a inadmissibilidade da prova, nos termos do art. 157, *caput*, do Código de Processo Penal - CPP, de forma que, devem ser desentranhadas dos autos, bem como aquelas derivadas, devendo o Magistrado de origem analisar o nexo de causalidade e eventual existência de fonte independente, nos termos do art. 157, § 1º, do Código de Processo Penal.

5. *Writ* prejudicado em parte e, no mais, ordem concedida, de ofício, em parte, apenas para reconhecer a ilicitude da colheita de dados dos aparelhos telefônicos (conversas de *whatsapp*), sem autorização judicial, devendo mencionadas provas, bem como as derivadas, serem desentranhadas dos autos, competindo ao Magistrado de origem analisar o nexo de causalidade e eventual existência de fonte independente, nos termos do art. 157, § 1º, do Código de Processo Penal.

(HC 450.617/MG, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 21/02/2019, DJe 06/03/2019).

Desse modo, são ilícitas as conversas de *whatsapp* obtidas de celular apreendido sem prévia ordem judicial. Contudo, não é o que se verifica na espécie.

Colho as seguintes informações prestadas pelo Juízo de primeiro grau:

[...]

a) consta do auto de prisão em flagrante que o paciente foi abordado fora de sua residência e após sua autorização, os policiais adentraram em sua residência e verificaram os dados de seu celular;

b) em seu interrogatório, perante Autoridade Policial, novamente foi autorizado pelo paciente a análise de dados do celular apreendido, termo este assinado pelo paciente;

c) confeccionado relatório policial, de análise de dados do celular do paciente, com transcrição e juntada de fotografias, da íntegra, dos diálogos;

d) não foi interposto, pela Autoridade Policial, pedido de autorização de quebra de sigilo de dados judicial;

e) em audiência de custódia, o paciente narrou que seu celular havia sido analisado sem autorização e confirmou que as drogas haviam sido localizadas dentro de sua residência, a “maconha” encima do tanque e o “pó” dentro de uma gaveta;

f) o auto de prisão em flagrante foi homologado, pois cumpridas as formalidades previstas em lei e concedida liberdade provisória ao paciente, mediante medidas cautelares, visto que seus antecedentes eram favoráveis a concessão do benefício;

g) realizada perícia de identificação de drogas e substâncias correlatas pelo Instituto de Criminalística, concluiu tratarem as substâncias apreendidas de: “01 (uma) porção, com massa bruta total de 5,488g, contendo partes da planta ‘Cannabis sativa L.’ vulgarmente conhecida por maconha e 13 (treze) porções, com massa bruta total de 16,437g, contendo *Cocaína*, ambas proscritas no Brasil, por causar dependência física e/ou psíquica. [...]” (e-STJ, fls. 202-203).

Como se vê, mostra-se controvertida a questão relativa à autorização ou não pelo paciente do acesso às conversas de *whatsapp* obtidas de seu celular, uma vez que franqueada por duas vezes a permissão, inclusive constando termo assinado pelo paciente, em sede policial, o que foi posteriormente negado por ocasião da audiência de custódia.

Assim, no caso em apreço, não se verifica nulidade apta a justificar a concessão da ordem, uma vez que consta autorização expressa do paciente a permitir o acesso aos dados do seu celular, o que, por certo, afasta o alegado constrangimento ilegal.

Outrossim, a jurisprudência dos tribunais superiores admite o trancamento do inquérito policial ou de ação penal, excepcionalmente, nas hipóteses em que se constata, sem o revolvimento de matéria fático-probatória, a ausência de indícios de autoria e de prova da materialidade, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade.

Com efeito, ao contrário do alegado pela defesa, a persecução penal não se iniciou baseada exclusivamente em razão da prova obtida no celular do paciente,

mas sim em momento anterior, por ocasião de sua prisão em flagrante portando 5g de maconha, além de ter em depósito 16g de cocaína, o que, por certo, demonstra a existência de justa causa para ação penal.

Assim, *ad argumentandum tantum*, ainda que a referida prova fosse desconsiderada, subsistem elementos autônomos suficientes para manter a ação penal pelo crime de tráfico de drogas.

Ante o exposto, *não conheço* do *habeas corpus*.

É como voto.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 93.689-DF (2018/0002987-2)

Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik

Relator para o acórdão: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca

Recorrente: Karem Luzia Vieira de Araujo

Advogados: Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch e outro(s) - DF026966

George Andrade Alves - SP250016

Felipe Fernandes de Carvalho - DF044869

Haderlann Chaves Cardoso - DF050456

Ivan Candido da Silva de Franco - SP331838

Recorrido: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

EMENTA

Penal e Processo Penal. Recurso em *habeas corpus*. 1. Trancamento da ação penal. Atipicidade da conduta. 2. Exercício ilegal da profissão. Corretor de imóveis. Recorrente contratada com carteira assinada. Venda de imóveis próprios da Direcional Engenharia. Intermediação descaracterizada. Decisão do TRF em MS. Ausência de justa causa. 3. Recurso em *habeas corpus* a que se dá provimento, para trancar a ação penal.

1. O trancamento de ação penal ou de procedimento investigativo 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 recorrente foi denunciada pelo exercício ilegal da profissão de corretor, em virtude de ter sido autuada no momento em que trabalhava em loja da Direcional Engenharia S/A, com carteira assinada, vendendo imóveis próprios da pessoa jurídica que a contratou, sem estar inscrita no CRECI/DF. Contudo, conforme assentou o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, ao deferir pedido liminar em mandado de segurança impetrado pela Direcional Engenharia S/A, “os empregados da impetrante ofereciam produtos (imóveis) da própria Direcional Engenharia (fls. 97-8 e ss), o que descaracteriza a intermediação e, por isso mesmo, o exercício ilegal da profissão de corretor”. Nesse contexto, tem-se assentado pela Justiça Federal, a quem cabe a solução das controvérsias relativas aos Conselhos de Fiscalização profissional, que a conduta imputada à recorrente não representa exercício ilegal da profissão. Dessa forma, manifesta a ausência de justa causa para a ação penal.

3. Recurso em *habeas corpus* a que se dá provimento, para trancar a Ação Penal n. 2016.07.1.014950-4.

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 maioria, dar provimento ao recurso e conceder a ordem de “Habeas Corpus” de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Reynaldo Soares de Fonseca. Votaram com o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi e Ribeiro Dantas. Votou vencido o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Sustentou oralmente: Dr. Haderlann Chaves Cardoso (p/recte).

Brasília (DF), 13 de dezembro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Relator para acórdão

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik: Cuida-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por *Karem Luzia Vieira de Araujo* contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, no julgamento do HC n. 0022283-55.2017.8.07.0000.

Consta dos autos que a recorrente foi denunciada pela suposta prática da contravenção penal prevista no art. 47 do Decreto-Lei n. 3.688/1941.

Visando o trancamento da ação penal por ausência de justa causa para a persecução criminal, a defesa impetrou a ordem originária, que foi denegada pelo Tribunal de origem em acórdão assim ementado:

Habeas corpus. Contravenção penal de exercício ilegal da profissão sem preenchimento de condições a que por lei está subordinado o seu exercício. Presença de justa causa. Constrangimento ilegal não caracterizado. Ordem denegada.

1. O trancamento da ação penal pela via estreita do *habeas corpus* é medida excepcional, reclamando do impetrante a prova inequívoca da inocência do acusado, da atipicidade da conduta ou da extinção da punibilidade, o que não se percebe na hipótese.

2. Na fase do recebimento da denúncia deve ser considerado o princípio do *in dubio pro societate*, ou seja, pairando qualquer dúvida acerca da responsabilidade pelo delito imputado ao paciente, o feito deve ter prosseguimento, como forma de possibilitar ao órgão julgador firmar a sua convicção por meio dos elementos de prova colacionados aos autos, sendo inviável o revolvimento de matéria probatória nessa via estreita.

3. Ordem denegada (fl. 318).

No presente recurso, a defesa reitera os argumentos de que inexistente justa causa para o prosseguimento da ação penal, tendo em vista que a recorrente atuava como empregada da construtora Direcional Engengaria S/A e comercializava imóveis próprios da referida pessoa jurídica.

Ressalta que “a Recorrente era simples empregada da Pessoa Jurídica que, por sua vez, não tinha por objeto a intermediação imobiliária, tal como previsto no caput e parágrafo único do art. 3º do Decreto n. 81.871/1978, mas sim a comercialização de imóveis próprios” (fl. 340).

Requer, assim, o trancamento da Ação Penal n. 2016.07.1.014950-4.

O Ministério Público Federal, às fls. 445/448, opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik (Relator): Conforme relatado, busca-se no presente recurso o trancamento da ação penal por ausência de justa causa.

O Tribunal de origem decidiu o *writ* originário sob os seguintes fundamentos, *litteris*:

Conforme apontado no julgado combatido, cumpre salientar que conquanto possível o trancamento da ação penal pela via estreita do *habeas corpus* é medida excepcional, reclamando do impetrante a prova inequívoca da inocência do acusado, da atipicidade da conduta ou da extinção da punibilidade, o que não se percebe de plano.

Nessa seara, importa destacar que o recebimento da Denúncia, para que se possa viabilizar o exercício da ampla defesa e contraditório na esfera judicial, corolário do devido processo legal, é a regra e deve ser privilegiado.

Ademais, nessa fase deve ser considerado o princípio do *in dubio pro societate*, ou seja, pairando qualquer dúvida acerca da responsabilidade pelo delito imputado ao paciente, o feito deve ter prosseguimento, como forma de possibilitar ao órgão julgador firmar a sua convicção por meio dos elementos de prova colacionados aos autos.

Como indicado pela II. Procuradoria de Justiça, a denúncia não apresente nenhum vício e contém os requisitos elencados no art. 41 do CPP, narrando a conduta da paciente adequadamente e apontando os indícios da prática do ilícito.

Ademais, como já asseverado pela Turma Recursal a análise das alegações da Defesa, notadamente que seria incontroverso nos autos de que a Paciente era empregada contratada nos termos da CLT, realizando unicamente a venda de imóveis próprios da Construtora Direcional e que inexistia nos autos qualquer documento que indique a realização de intermediação imobiliária envolvendo imóveis de terceiros, dependeria do revolvimento de fatos e provas, sendo tal exame inviável na via estreita do *habeas corpus*.

Cumpre acrescentar que da leitura dos documentos juntados pelos impetrantes, não se afasta, de plano, a dúvida sobre a prática da suposta contravenção penal, sendo, portanto, incabível o trancamento da ação penal, especialmente porque já houve recebimento de denúncia chancelada pela r. Turma Recursal.

Sabe-se que o instituto do *Habeas Corpus* exige prova preconstituída para o êxito da pretensão do impetrante/paciente no sentido de demonstrar, de forma inequívoca, o alegado constrangimento ilegal no seu direito de locomoção, o que não se verifica no caso.

Assim, não se vislumbra constrangimento ilegal a ser reparado ou ilegalidade na decisão ora rechaçada (fls. 322/323).

Da análise dos autos, a meu sentir, o pedido de trancamento da ação penal por falta de justa causa, em virtude da tese de atipicidade, demanda o exame aprofundado de todo conjunto probatório como forma de desconstituir as conclusões das instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos. Entender de forma diversa mostra-se inviável dentro dos estreitos limites do recurso em *habeas corpus*, que não admite dilação probatória.

Outrossim, a Corte de origem conclui pelo prosseguimento da ação penal para melhor análise dos fatos, porquanto a documentação juntada aos autos não foi suficiente para comprovar, de plano, a alegação de que a recorrente seria somente empregada da construtora, exercendo a atividade de comercialização de imóveis próprios de sua contratante, e afastar existência de intermediação imobiliária envolvendo imóveis de terceiros.

Assim, somente a partir de uma percuciente avaliação do acervo probatório, providência própria da instrução criminal, é que se poderá chegar à uma conclusão diversa.

A propósito, confira-se o seguinte precedente:

Penal e Processual Penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Crime de invasão de domicílio (art. 150, § 1º, CP). Trancamento da ação penal. Ausência de justa causa. Atipicidade da conduta. Controvérsia sobre a posse do imóvel invadido. Necessidade de amplo reexame da matéria fático-probatória. Inviabilidade na via eleita. Inépcia da denúncia. Não configuração. Requisitos do art. 41 do *cpp* atendidos. Oitiva da vítima. Testemunha do juízo. Possibilidade. Art. 209 do CPP. Recurso ordinário em *habeas corpus* desprovido.

I - O trancamento da ação penal constitui medida excepcional, justificada apenas quando comprovadas, de plano, sem necessidade de análise aprofundada de fatos e provas, a atipicidade da conduta, a presença de causa de extinção de punibilidade ou a ausência de prova da materialidade ou de indícios mínimos de autoria, o que não ocorre na espécie.

II - Segundo a firme jurisprudência desta Corte de Justiça, a propositura da ação penal exige tão somente a presença de indícios mínimos e suficientes de autoria. A certeza será comprovada ou afastada durante a instrução probatória,

prevalecendo, na fase de oferecimento da denúncia o princípio do *in dubio pro societate*.

III - O acolhimento da tese defensiva - reconhecimento da atipicidade da conduta, sob a alegação de que o imóvel objeto do crime de invasão de domicílio estaria na posse direta dos recorrentes -, demandaria, necessariamente, amplo reexame da matéria fático-probatória, procedimento incompatível com a via estreita do *habeas corpus* e do respectivo recurso ordinário.

IV - A denúncia que contém a “exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas” (art. 41 do CPP) é apta a iniciar a persecução criminal, como se verifica no presente caso.

V - Da leitura da denúncia, não se infere a alegada inépcia em razão de não se ter mencionado o exato local em que os fatos teriam ocorrido, pois, há descrição suficiente do endereço do imóvel que teria sido objeto da ação dos recorrentes.

VI - Não há nulidade por violação ao princípio da paridade de armas, na admissão extemporânea, pelo Magistrado, da inclusão da vítima no rol de testemunhas, a pedido do Ministério Público, pois, fundamentou-se na imprescindibilidade para o esclarecimento dos fatos, e na possibilidade de ser ouvida como testemunha do Juízo, nos termos do art. 209 do CPP.

Recurso ordinário desprovido (RHC 99.675/MG, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 4/10/2018, DJe 15/10/2018).

Ante o exposto, voto pelo não provimento do recurso.

VOTO-VENCEDOR

O Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca: Trata-se de recurso em *habeas corpus*, com pedido liminar, interposto por *Karem Luzia Vieira de Araujo* contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

Consta dos autos que a recorrente foi denunciada como incurso no art. 47 do Decreto-Lei n. 3.688/1941. Irresignada, a defesa impetrou prévio *mandamus*, cuja ordem foi denegada, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 318):

*Habeas corpus. Contravenção penal de exercício ilegal da profissão sem preenchimento de condições a que por lei está subordinado o seu exercício. Presença de justa causa. Constrangimento ilegal não caracterizado. Ordem denegada. 1. O trancamento da ação penal pela via estreita do *habeas corpus* é medida excepcional, reclamando do impetrante a prova inequívoca da inocência do acusado, da atipicidade da conduta ou da extinção da punibilidade, o que*

não se percebe na hipótese. 2. Na fase do recebimento da denúncia deve ser considerado o princípio do *in dubio pro societate*, ou seja, pairando qualquer dúvida acerca da responsabilidade pelo delito imputado ao paciente, o feito deve ter prosseguimento, como forma de possibilitar ao órgão julgador firmar a sua convicção por meio dos elementos de prova colacionados aos autos, sendo inviável o revolvimento de matéria probatória nessa via estreita. 3. Ordem denegada.

No recurso em *habeas corpus*, a recorrente assevera que sua conduta é atípica, uma vez que apenas realizava a venda de imóveis da Direcional Engenharia, da qual era contratada, inclusive com carteira assinada. Aduz que o auto de infração foi lavrado apenas em virtude de constar do crachá da recorrente a nomenclatura “Gestor de Relações Imobiliárias”. Contudo, referido termo não consta da Lei n. 6.530/1978, que regula a profissão de corretor.

Esclarece, outrossim, que a empresa obteve tutela liminar no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, para impedir o CRECI/DF de realizar esse tipo de autuação, haja vista seus funcionários, entre eles a recorrente, estarem realizando apenas a venda de imóveis próprios, não se vislumbrando, dessa forma, a existência de serviços de corretagem.

Pugna, liminarmente, pela suspensão da ação penal e, no mérito, pelo seu trancamento.

A liminar foi indeferida pela Presidente, Ministra Laurita Vaz, as informações foram prestadas às e-STJ fls. 382/440 e 460/464, e o Ministério Público Federal se manifestou, às e-STJ fls. 445/448, pelo provimento do recurso ordinário, nos seguintes termos:

Recurso em habeas corpus. Contravenção penal. Exercício ilegal da profissão de corretor de imóveis. Trancamento da ação penal. Cabimento. Ausência de justa causa. Inconstitucionalidade da exigência de inscrição no conselho de classe. Elementos a indicar que a acusada é empregada da empresa Direcional Engenharia S/A e se limitava a comercializar os imóveis da referida pessoa jurídica. Decisão antecipatória de tutela, proferida pelo TRF da 1ª Região, determinando a cessação das fiscalizações e autuações do Creci/DF em relação aos funcionários da referida empresa. Pelo provimento ao recurso ordinário para o trancamento da ação penal intentada contra a recorrente pela suposta prática da contravenção do art. 47 da LCP.

Em 13/12/2018, o Relator, Ministro Joel Ilan Paciornik, proferiu voto negando provimento ao presente recurso em *habeas corpus*, por considerar que o exame do pedido demandava revolvimento fático-probatório incompatível com a via eleita.

Contudo, pedindo vênia ao eminente Relator, proferi voto oral, dando provimento ao recurso em *habeas corpus*, para trancar a ação penal, haja vista vislumbrar a atipicidade da conduta imputada, sem necessidade de revolvimento de fatos e provas.

Como é cediço, o trancamento de ação penal ou de procedimento investigativo 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, a recorrente foi denunciada pelo exercício ilegal da profissão de corretor, em virtude de ter sido autuada no momento em que trabalhava em loja da Direcional Engenharia S/A, com carteira assinada, vendendo imóveis próprios da pessoa jurídica que a contratou, sem estar inscrita no CRECI/DF.

A propósito, transcrevo trecho da denúncia (e-STJ fl. 311):

Conforme o apurado a denunciada *na condição de empregada da empresa **Direcional Engenharia S/A***, no período mencionado, como gestora de relações imobiliárias, *cuja função era intermediar a venda de imóveis da referida empresa*, anunciou no stand de vendas os imóveis disponíveis para atendimento aos interessados na intermediação imobiliária, sendo que essa não possui a devida inscrição junto ao Conselho Regional de Corretores de Imóveis, não sendo habilitada para essa atividade.

Ressalte-se ainda, que restou demonstrado que a denunciada não representa a empresa, sendo *mera empregada*, não se tratando portanto de venda de imóveis próprios, tendo então anunciado ser intermediadora de vendas dos bens pertencentes a pessoa jurídica, atividade essa típica de corretor de imóveis.

O Tribunal de origem, por seu turno, assentou que “a análise das alegações da Defesa, notadamente que seria *incontroverso nos autos de que a Paciente era empregada contratada nos termos da CLT, realizando unicamente a venda de imóveis próprios da Construtora Direcional* e que inexistia nos autos qualquer documento que indique a realização de intermediação imobiliária envolvendo imóveis de terceiros, dependeria do revolvimento de fatos e provas, sendo tal exame inviável na via estreita do *habeas corpus*” (e-STJ fl. 322).

Contudo, da simples leitura da denúncia, que é peça que delimita a imputação, verifica-se que a recorrente foi autuada “na *condição de empregada* da empresa Direcional Engenharia S/A”, sendo sua função “intermediar a venda de *imóveis da referida empresa*”. Ou seja, a recorrente era “mera empregada”, não havendo necessidade de se proceder a qualquer revolvimento fático-probatório com relação a referida informação, a qual se mostra incontroversa.

A controvérsia diz respeito, em verdade, à análise sobre a ilicitude de a empregada da pessoa jurídica proceder à venda de seus imóveis, sem a devida inscrição no CRECI/DF, situação que, de acordo com o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, não revela qualquer reprovação, motivo pelo qual foi deferido pedido liminar em mandado de segurança impetrado pela Direcional Engenharia S/A, para assentar que “os empregados da impetrante ofereciam produtos (imóveis) da própria Direcional Engenharia (fls. 97-8 e ss), *o que descaracteriza a intermediação e, por isso mesmo, o exercício ilegal da profissão de corretor*” (e-STJ fl. 51).

A propósito, vale a pena lembrar a definição de corretor dada pelo Código Civil:

Art. 722. Pelo contrato de corretagem, uma pessoa, *não ligada a outra em virtude de mandato, de prestação de serviços ou por qualquer relação de dependência*, obriga-se a obter para a segunda um ou mais negócios, conforme as instruções recebidas.

No ponto, destaco ainda que foi indeferido o pedido de reconsideração, bem como o pedido de suspensão da segurança formulado perante o Superior Tribunal de Justiça, cujo agravo regimental foi improvido pela Corte Especial,

à unanimidade. Nesse contexto, tem-se assentado pela Justiça Federal, a quem cabe a solução das controvérsias relativas aos Conselhos de Fiscalização profissional, que a conduta imputada à recorrente não representa exercício ilegal da profissão.

Não cabe à Justiça Distrital, portanto, proclamar, mesmo na esfera penal, exercício irregular da profissão, se o órgão jurisdicional competente (Justiça Federal, CF/88, art. 109) diz exatamente o contrário, pois não reconhece, na hipótese, intermediação e imóveis de terceiros.

Dessa forma, manifesta a ausência de justa causa para a ação penal.

Ante o exposto, *dou provimento* ao recurso em *habeas corpus*, para trancar a Ação Penal n. 2016.07.1.014950-4.

É como voto.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 93.906-PA (2018/0009120-0)

Relator: Ministro Ribeiro Dantas

Recorrente: L F N A

Advogado: Marcos Vinicius Nascimento de Almeida - PA015605

Recorrido: Ministério Público do Estado do Pará

EMENTA

Penal e Processo Penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Estupro. Trancamento da representação de ato infracional. Tipicidade da conduta. Beijo lascivo e outros atos libidinosos. Violência. Utilização de força física. Vítima subjugada. Justa causa. Ocorrência. Palavra da vítima e testemunhas. Recurso desprovido.

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, da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito - justa causa do processo penal -, ou ainda quando se mostrar inepta a denúncia por não atender aos requisitos essenciais do art. 41 do Código de Processo Penal – CPP. Precedentes.

2. O estupro é tipo misto alternativo e crime pluriofensivo, pois o crime do art. 213 do Código Penal tutela dois bens jurídicos: a liberdade sexual e, alternativamente, a integridade corporal e a liberdade individual. O núcleo do tipo é “constranger”, o que acarreta no comportamento de retirar de uma pessoa sua liberdade de autodeterminação, no sentido de coagir alguém a fazer ou deixar de fazer algo. Outrossim, o dissenso da vítima quanto à conjunção carnal ou outro ato libidinoso é fundamental à caracterização do delito: trata-se de elementar implícita do tipo penal.

3. O estupro é, pois, crime complexo em sentido amplo, constituindo-se de constrangimento ilegal voltado para uma finalidade específica, consistente em conjunção carnal ou outro ato libidinoso. Ademais, a execução desta conduta típica especial de constrangimento ilegal possui elementos especializantes de meio de execução, consistentes na violência (*vis absoluta* ou *vis corporalis*) ou grave ameaça (*vis compulsiva*). A grave ameaça, também conhecida como violência moral, é a promessa de realização de mal grave, futuro e sério contra a vítima (direta ou imediata) ou pessoa que lhe é próxima (indireta ou mediata). Por sua vez, a violência caracteriza-se pelo emprego de força física sobre a vítima, consistente em lesões corporais ou vias de fato. Pode ser direta ou imediata, quando dirigida contra o ofendido, ou indireta ou mediata, se voltada contra pessoa ou coisa ligada à vítima por laços de parentesco ou afeto.

4. O beijo lascivo ingressa no rol dos atos libidinosos e, se obtido mediante violência ou grave ameaça, importa na configuração do crime de estupro. Evidentemente, não são lascivos os beijos rápidos lançados na face ou mesmo nos lábios, sendo preciso haver beijos prolongados e invasivos, com resistência da pessoa beijada, ou então dos beijos eróticos lançados em partes impudicas do corpo da vítima. Por conseguinte, verificar-se-á estupro mediante violência caso a conduta do beijo invasivo busque a satisfação da lascívia, desde que

haja intuito de subjugar, humilhar, submeter a vítima à força do agente, consciente de sua superioridade física.

5. No caso, resta evidente a utilização de força física, conquanto ausentes vestígios de lesão, para beijar a vítima contra sua vontade, e ainda lhe esfregar o órgão genital ereto, tendo o recorrente parado apenas por ter sido impedido por testemunha. Em tese, tal conduta amolda-se à hipótese típica do crime de estupro, para realização de atos libidinosos, cometido por meio de violência, consistente no emprego de força física contra a vítima, subjugando-a pela superioridade física do agente, até porque aquela possui limitações físicas decorrentes da ataxia cerebelar.

6. Ressalte-se que não há falar em aplicação retroativa, em tese, do crime de importunação sexual (CP, art. 215-A), porquanto a prova semiplena angariada até o momento levam à conclusão de utilização de violência para a prática do ato libidinoso, o que afasta a incidência da *novatio legis in melius*, trazida pela Lei n. 13.718/2018, porquanto funciona como elemento especializante do crime de estupro.

7. Os elementos de informações testemunhais unificados nas investigações preliminares, realizados pela autoridade policial, somados e em consonância com a palavra da vítima, claramente conferem justa causa à representação, pois permitem inferir, em cognição meramente sumária, a materialidade do cometimento de atos libidinosos em relação à vítima, bem como a existência de indícios de autoria do recorrente. Outrossim, conforme jurisprudência consolidada desta Corte, a palavra da vítima possui especial relevância nos crimes contra a liberdade sexual, haja vista a usual clandestinidade da conduta, mormente se estiver em consonância com outros elementos informativos.

8. Diante de todas as peculiaridades e dificuldades probatórias típicas dos crimes contra a dignidade sexual, não se pode vislumbrar conclusão diversa senão da manutenção do processo, mesmo que não comprovadas exaustivamente a autoria e a materialidade, aptas à procedência da representação, impõe-se seu prosseguimento. Por corolário, possibilitar-se-á ao *dominus litis* a prova dos fatos imputados ao réu em instrução judicial, com todas as garantias processuais ao réu, em observância ao seu direito de confronto.

9. Recurso 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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de março de 2019 (data do julgamento).

Ministro Ribeiro Dantas, Relator

DJe 26.3.2019

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas: Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por *L. F. N. A.* contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, que concedeu parcialmente a ordem ao recorrente, tão somente para revogar a medida de internação provisória decretada pela suposta prática de ato infracional análogo ao delito previsto no art. 213 do Código Penal.

O julgado está assim ementado:

*Habeas corpus com pedido de liminar. Ato infracional análogo ao artigo 213, do Código Penal. Trancamento da ação que apura o ato infracional, alega o impetrante a atipicidade do fato, em virtude da ausência de indícios de autoria e prova da materialidade - Inocorrência. Como é cediço, o trancamento de inquérito policial ou de ação penal pela via estreita do *habeas corpus*, é medida excepcional, só admitida quando restar absolutamente comprovada, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático-probatório, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou ainda, a ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito. Em não sendo a hipótese, é necessário exame de fatos e provas, devendo a ação ter prosseguimento, a fim de que no curso da instrução, seja aclarada a dúvida quanto à inexistência ou não de justa causa. No presente caso, imputa-se ao paciente a conduta análoga prevista no artigo 213, do CP, em razão de ter o paciente supostamente cometido conduta atentatória contra a dignidade sexual da vítima. *In casu*, acatar o trancamento da ação penal acarretaria prejuízo à resolução dos fatos, impedindo a busca da verdade real, posto que o representante do *Parquet*, titular da ação penal, se convenceu da existência de indícios suficientes de autoria e materialidade do ato infracional análogo ao delito de estupro, artigo 213, do CP, restando na*

sua representação, que conforme a vítima Dhafne Fabiana de Oliveira Braga, o paciente o beijou a força, “lhe esfregando seu órgão genital ereto”, momento que só parou com o ato quando foi interceptado pela testemunha Rafael Monteiro dos Santos. Outrossim, para análise da lide debatida, revolver provas, se mostra inviável na via eleita. Trata-se de remédio constitucional cabível para a análise de constrangimento ilegal flagrante, passível de ser provado de plano. Assim, não há que se falar em trancamento da Ação Penal pela falta de justa causa, visto não ter sido demonstrado inequivocamente a ausência de autoria ou materialidade, pelo que deve ser avaliada no decorrer das investigações ou pelo juízo *a quo* após a devida e regular instrução criminal, sobre o crivo do contraditório e ampla defesa.

Requer subsidiariamente a revogação da medida de internação decretada contra o paciente - Possibilidade. O magistrado *a quo* decretou a referida medida contra o paciente fundamentando-a genericamente, informando apenas que haveria provas relevantes, em razão da gravidade do ato infracional praticado e de o representado estar se ocultando para não comparecer a juízo, conforme o artigo 184, § 3º, do ECA. Todavia, aplicar medida de internação, ao menor de idade, que possui residência fixa, família, universitário, isento de qualquer tipo de antecedentes, se mostra desproporcional ao caso. Ressalta-se que este é um caso peculiar, em que embora seja um ato infracional análogo ao crime de estupro, artigo 213, do CP, o delito teoricamente foi cometido sem violência ou grave ameaça, uma vez que trata-se de um beijo em uma festa na Universidade, assim restam preenchidos os requisitos do artigo 122, do ECA, o qual estabelece: a medida de internação só poderá ser aplicada quando: I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa; II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves; III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta. *Ordem conhecida e parcialmente concedida*, nos termos da fundamentação do voto (e-STJ, fls. 128-129).

Embargos de declaração não conhecidos (e-STJ, fls. 152-157).

Em razões, o recorrente alega que a peça acusatória não descreve o fato típico previsto no art. 213 do CP, pois “narra a ocorrência de uma tentativa de um beijo não consentido durante uma festa na Universidade” (e-STJ, fl. 161).

Sustenta que “o próprio v. acórdão recorrido é cabal ao afirmar que não houve violência ou grave ameaça, que são elementos essenciais do tipo descrito no art. 213 do CP, sem os quais não há configuração de estupro” (e-STJ, fl. 161).

Conclui que “basta ler a peça acusatória para verificar que os fatos ali narrados, mesmo na versão do *Parquet*, não configuram, nem em tese, a tipificação ali indicada” (e-STJ, fl. 162).

Ressalta, por fim, que o procedimento administrativo está baseado exclusivamente na afirmação da suposta vítima, que não encontraria respaldo

nos depoimentos testemunhais ou no laudo pericial, cujo resultado afastou a existência de qualquer agressão. Entende o recorrente que “é desproporcional e desarrazoado associar um beijo a um estupro. Mais injusto ainda é basear um processo exclusivamente na afirmação de uma suposta vítima que é contrariada por suas próprias testemunhas e pelo laudo pericial” (e-STJ, fl. 164).

Requer a concessão da ordem para “determinar o trancamento do processo de apuração de ato infracional n. 0759649-96.2016.814.0301, em trâmite perante a 4ª Vara da Infância e Juventude da comarca de Belém/PA, com a consequente rejeição da representação formulada e extinção do processo, com arquivamento dos autos” (e-STJ, fl. 165).

Requerimento de tutela provisória de urgência indeferido (e-STJ, fls. 195-198).

O Ministério Público Federal, como *custos iuris*, postula o desprovemento do recurso ordinário em *habeas corpus* (e-STJ, fls. 179-186).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas (Relator): Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* em que se pede o trancamento do processo no qual se apura a prática de ato infracional análogo ao crime do art. 213 do Código Penal, em razão da atipicidade da conduta, haja vista a alegada ausência de violência ou grave ameaça ou pela falta de justa causa, por se entender que a palavra da vítima não confere os indícios suficientes para o recebimento da representação.

Eis o teor da representação:

A peça informativa anexa, em epígrafe, apurou a prática de ato infracional análogo ao ilícito penal provisoriamente previsto no art. 213, do CPB (Estupro), cuja autoria é atribuída ao representado L F N A, do qual foi vítima *Dhafne Fabiana de Oliveira Braga*, com 18 (dezoito) anos de idade, fato ocorrido no dia 10 de maio de 2016, por volta das 19h30min, no Campus da Universidade Estadual do Pará, situado na Tv. Djalma Dutra, bairro Telégrafo Sem Fio.

Conforme versa da vítima *Dhafne Fabiana de Oliveira Braga* (fls. 13 e 18), aluna no 2º ano do Curso de Ciências da Religião na UEPA, (às fls. 18), naquele dia e hora, se encontrava no campus da UEPA, pois participava de uma grupo de pesquisa, e como fosse tarde, aguardava um colega, Rafael Monteiro dos Santos,

que costumava acompanhá-la na viagem de ônibus, em retorno à sua residência. Por isso, estava sentada em um corredor, em frente ao Centro Acadêmico, em companhia de uma colega, de nome Naiara Larissa Raiol Valcário, quando observaram um rapaz chorando, aparentemente embriagado, depois identificado sendo o adolescente representado L F N A, estudando do 1º ano do curso de Letras-Língua Portuguesa. **Na tentativa de ajudá-lo, as duas se aproximaram dele, que disse estar sendo enxotado das salas. Pouco depois, a testemunha Naiara se afastou, oportunidade em que L F N A abraçou DHAFNE FABIANA e a empurrou contra uma mureta. Em reação, DHAPNE FABIANA tentou empurrar o representado para que o soltasse, o que não conseguiu, justificando que ele é bem maior que ela, tanto que, com medo de cair, segurou em duas colunas, ocasião em que o representado beijo DHAPNE FABIANA à força, esfregando seu órgão genital ereto nela, que ainda tentava se livrar das investidas lascivas do representado, sem obter êxito. Nesse ínterim, seu colega Rafael Monteiro dos Santos, que estava numa sala próxima, interveio, tirando o representado de cima da vítima e o levou para sala do Centro Acadêmico, onde o chamou à atenção. Porém, o representado, indiferente ao que lhe era dito, ainda saiu da sala para, segundo a vítima, tentar vomitar, em seguida retornando, quando novamente tentou investir para agarrar a vítima, contudo, foi impedido por Rafael, e colocado para fora da sala, enquanto a vítima ficou em estado de choque, em face da violência sofrida.**

Acrescentou a vítima que, algum tempo depois, chegaram Policiais Militares, aos quais relatou todos os fatos, não sabendo explicar porque não foram conduzidos à Delegacia para os procedimentos cabíveis, motivo pelo qual sua genitora prestou ocorrência na Seccional de São Braz, sendo posteriormente encaminhados à data por ser o autor ainda adolescente.

As testemunhas abaixo arroladas, as quais presenciaram os fatos, confirmaram a versão da vítima, bem como informaram ter conhecimento de que não foi a primeira vez que o representado tem esse tipo de comportamento no interior daquele estabelecimento de ensino superior.

De fato, em exame preliminar da peça informativa, a princípio, se afiguraria desarrazoado imputar ao representado L F N A, pelos fatos acima descritos, a autoria de ato infracional análogo ao ilícito penal descrito no artigo 213, segundo tipo, do CP, qual seja, constranger alguém, mediante grave ameaça ou violência, a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. Entretanto, atesta o Laudo Médico, às fls. 20, que a ora vítima apresenta ataxia cerebelar, devido sequela de processo infeccioso do SNC (Sistema Nervoso Central), com quadro estável, porém mantendo "...incoordenação motora, incoordenação na fala, dificuldades motora fina, interferindo na escrita". Consta ainda, no laudo, que "A paciente apresenta limitações físicas para subir e descer escadas e marcha de longa distância. Não tem possibilidades de correr, em caso de situação de risco, devido à falta de equilíbrio". Por fim, indica as CID: R-27.8 e G-09, as quais correspondem, respectivamente; Outros distúrbios da coordenação e os não

especificados e Sequelas de doenças inflamatórias do sistema nervoso central. Por conseguinte, em face das limitações físicas antes descritas, é certo concluir que a vítima não tinha como resistir, tampouco reagir às investidas lascivas do representado, como se esperaria ser reação normal de uma jovem contra alguém que tenta molestá-la, com intenção libidinosa, mesmo que em público, circunstância que se adequa, por analogia, à vulnerabilidade prevista no § 1º, parte final, do art. 217-A, do CP.

Sobre as providências administrativas adotadas pela UEPA, a vítima informou a que uma comissão teria sido instalada para apurar os fatos, porém não recebeu, até sua oitiva pela autoridade policial, nenhum posicionamento da instituição.

Perante a autoridade policial, o representado L F N A se reservou o direito constitucional de permanecer em silêncio.

Ouvido informalmente, para fins de cumprimento do art. 179, do ECA, o representado L F N A negou a autoria do ato infracional. Descreveu a versão dos fatos, dizendo que após o período de aulas, resolveu ir a um evento que estava ocorrendo no corredor do 2º andar do prédio onde funcionam os centros acadêmicos da UEPA. Ali serviam uma grande variedade de bebidas alcoólicas, as quais são compradas pelos próprios alunos, e acredita ter ingerido um pouco de Martini, mas não em quantidade que o tenha deixado embriagado, explicando que se dirigiu ao referido local, por ser novato no curso, por isso tentava socializar com outros estudantes e conhecer os colegas do curso. Disse que, na ocasião, chegou a conversar com a suposta vítima e com uma colega dela, mas negou ter “ficado” com ela, tampouco que tenham se beijado. Em determinado momento, disse que iniciou-se uma “muvuca” (textuais), isto é um tumulto, em que diversas pessoas foram umas contra as outras e na confusão desequilibrou-se e caiu no chão, momento em que passou a ser agredido por algumas pessoas com chutes e socos, a ter ser retirado por terceiros que não sabe identificar, e foi colocado na sala onde funciona Centro Acadêmico do Curso de Letras. Em seguida, foi chamada sua genitora e saiu dali sob proteção policial. Foi levado à *Unimed*, e após foram prestar ocorrência policial, tendo sua família solicitado, mas não foram fornecidas, as imagens das câmaras de segurança. No entanto, dias depois foi avisado que estava sendo acusado de ter tentado violentar a suposta vítima, inclusive recebendo fotos de cartazes em que alunos protestavam, pois não queriam estudar na mesma sala com um estuprador. Aduziu, ainda, que antes desses fatos, seja por sua forma de vestir, seja em face de sua postura questionadora em sala de aula, estava sofrendo preconceitos dos colegas que o chamavam de “riquinho” e/ou “mauricinho” (textuais). Por fim, disse que não estava acompanhado de nenhum colega (e-STJ, fls. 19-22 - grifei)

O acórdão impugnado assim dispõe:

O Impetrante rebate que a conduta perpetrada não configura o tipo penal de estupro, posto que o resultado do laudo pericial foi negativo, bem como pelo

fato dos depoimentos testemunhais corroborarem que não houve a prática de estupro.

In casu, acatar o trancamento da ação penal acarretaria prejuízo à resolução dos fatos, impedindo a busca da verdade real. Até porque, corroborando com a inteligência jurisprudencial de nosso E. Tribunal de Justiça: “Para que haja justa causa por ocasião da instauração da ação penal, não é necessário haver uma situação de evidências incontestes, provas contundentes, afirmações incisivas ou até mesmo acusações diretas, mas tão somente a presença de suficientes indícios, suspeitas, coincidências factíveis”.

Nesse caso, o representante do titular da ação penal, se convenceu da *Parquet*, existência de indícios suficientes de autoria e materialidade do ato infracional análogo ao delito de estupro, artigo 213, do CP, restando na representação do Ministério Público, que **conforme a vítima Dhafne Fabiana de Oliveira Braga, o paciente o beijou a força, “lhe esfregando seu órgão genital ereto”, momento que só parou com o ato, quando foi interceptado pela testemunha Rafael Monteiro dos Santos.**

Outrossim, para análise da lide debatida, revolver provas, se mostra inviável na via eleita. Trata-se de remédio constitucional cabível para a análise de constrangimento ilegal flagrante, passível de ser provado de plano.

Assim, não há que se falar em trancamento da Ação Penal pela falta de justa causa, visto não ter sido demonstrado inequivocamente a ausência de autoria ou materialidade, pelo que deve ser avaliada no decorrer das investigações ou pelo juízo após a devida e *a quo* regular instrução criminal, sobre o crivo do contraditório e ampla defesa.

[...]

Subsidiariamente requer a revogação da medida de internação provisória decretada pelo prazo de 45 dias, a qual entende esta Desembargadora merecer acolhimento, nos termos do parecer da Procuradoria de Justiça.

O magistrado “a quo” decretou a referida medida contra o paciente fundamentando-a genericamente, informando apenas que haveria provas relevantes, em razão da gravidade do ato infracional praticado e de o representado estar se ocultando para não comparecer a juízo, conforme o artigo 184, § 3º, do ECA. Todavia, aplicar medida de internação, ao menor de idade, que possui residência fixa, família, universitário, isento de qualquer tipo de antecedentes, se mostra desproporcional ao caso, visto que trata-se de um beijo em uma festa na Universidade Federal do Estado do Pará, teoricamente sem qualquer violência ou grave ameaça.

[...]

Ressalta-se que este é um caso peculiar, em que embora seja um ato infracional análogo ao crime de estupro, artigo 213, do CP, o delito teoricamente foi cometido sem violência ou grave ameaça, conforme já explanado por esta Desembargadora,

uma vez que trata-se de um beijo em uma festa na Universidade, assim restam preenchidos os requisitos do artigo 122, do ECA, o qual estabelece: a medida de internação só poderá ser aplicada quando: I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa; II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves; III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta (e-STJ, fls. 131-133 - Grifei)

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, da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito - justa causa do processo penal -, ou ainda quando se mostrar inepta a denúncia por não atender aos requisitos essenciais do art. 41 do Código de Processo Penal - CPP (STJ: RHC 105.985/MG, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 20/02/2019; RHC 98.351/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, DJe 15/02/2019; HC 480.594/AM, Rel. Ministro Felix Fischer, DJe 01/02/2019; RHC 76.050/PA, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 19/12/2018).

Primeiramente, não deve prosperar a tese de manifesta atipicidade da conduta.

O estupro é tipo misto alternativo e crime pluriofensivo, pois o crime do art. 213 do Código Penal tutela dois bens jurídicos: a liberdade sexual e, alternativamente, a integridade corporal e a liberdade individual. O núcleo do tipo é “constranger”, o que acarreta no comportamento de retirar de uma pessoa sua liberdade de autodeterminação, no sentido de coagir alguém a fazer ou deixar de fazer algo. Outrossim, o dissenso da vítima quanto à conjunção carnal ou outro ato libidinoso é fundamental à caracterização do delito: trata-se de elementar implícita do tipo penal.

O estupro é, pois, crime complexo em sentido amplo, constituindo-se de constrangimento ilegal voltado para uma finalidade específica, consistente em conjunção carnal ou outro ato libidinoso. Ademais, a execução desta conduta típica especial de constrangimento ilegal possui elementos especializantes de meio de execução, consistentes na violência (*vis absoluta* ou *vis corporalis*) ou grave ameaça (*vis compulsiva*). A grave ameaça, também conhecida como violência moral, é a promessa de realização de mal grave, futuro e sério contra a vítima (direta ou imediata) ou pessoa que lhe é próxima (indireta ou mediata).

Por sua vez, a violência caracteriza-se pelo emprego de força física sobre a vítima, consistente em lesões corporais ou vias de fato. Pode ser direta ou

imediate, quando dirigida contra o ofendido, ou indireta ou mediata, se voltada contra pessoa ou coisa ligada à vítima por laços de parentesco ou afeto.

O beijo lascivo ingressa no rol dos atos libidinosos e, se obtido mediante violência ou grave ameaça, importa na configuração do crime de estupro. Evidentemente, não são lascivos os beijos rápidos lançados na face ou mesmo nos lábios, sendo preciso haver beijos prolongados e invasivos, com resistência da pessoa beijada, ou então dos beijos eróticos lançados em partes impudicas do corpo da vítima. Por conseguinte, verificar-se-á estupro mediante violência caso a conduta do beijo invasivo busque a satisfação da lascívia, desde que haja intuito de subjugar, humilhar, submeter a vítima à força do agente, consciente de sua superioridade física.

Nesse sentido:

Processual Penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Estupro de vulnerável. Decisão monocrática. Ofensa ao princípio da colegialidade. Não ocorrência. Absolvição. Súmula 7/STJ. Desclassificação para contravenção penal. Consumação do delito de estupro. Cerceamento de defesa. Ausência de prequestionamento. Dosimetria. Pena-base. Fundamentação idônea. Aplicação da lei penal anterior. Crime continuado. Súmula 711/STF. Agravo improvido.

1. Ausente ofensa ao princípio da colegialidade nos casos em que o agravo em recurso especial é improvido, monocraticamente, com esteio em jurisprudência dominante desta Corte superior.

2. Encontrando-se a condenação lastreada em provas colhidas nas fases inquisitorial e judicial, a alteração das conclusões adotadas pelo Tribunal de origem demandaria necessário reexame do conjunto fático-probatório, o que é vedado na via do recurso especial, tendo em vista o óbice da Súmula 7/STJ.

3. *Nos termos da orientação desta Corte, o delito de estupro, na redação dada pela Lei n. 12.015/2009, inclui atos libidinosos praticados de diversas formas, onde se inserem os toques, contatos voluptuosos, beijos lascivos, consumando-se o crime com o contato físico entre o agressor e a vítima* (AgRg no REsp 1.359.608/MG, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Sexta Turma, julgado em 19/11/2013, DJe 16/12/2013) [...] (AgRg no AREsp 1.142.954/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 25/09/2018, DJe 4/10/2018, grifou-se)

Agravo regimental. Recurso especial. Penal e Processo Penal. Artigo 213 do CP. Desclassificação para o tipo previsto no art. 65 da LCP. Toques nos seios, nádegas e órgão genital da vítima. Atos libidinosos diversos da conjunção carnal. Caracterização do delito de estupro Precedentes.

1. *Consoante a jurisprudência consolidada deste Superior Tribunal de Justiça, o delito de estupro resta consumado quando constrangida a vítima, mediante violência*

ou grave ameaça, à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, sucedâneo a ela ou não, em que evidenciado o contato físico entre o agente e a vítima, como toques, contatos voluptuosos e beijos lascivos.

2. Na espécie, tendo as instâncias ordinárias concluído que o réu empurrou a vítima contra o muro e tocou nos seus seios diretamente na pele, por debaixo de sua blusa, “após tentar rasgar esta, sem sucesso”, bem como acariciou seu órgão genital e suas nádegas por cima da roupa, deve ser reconhecida a prática do delito de estupro.

3. “Em respeito ao princípio da proporcionalidade, a gravidade da conduta não pode ser considerada para a tipificação do delito, mas deve incidir na culpabilidade do agente, para aplicação da sanção penal” (REsp 1.561.653/SP, Rel. Ministro *Rogério Schietti Cruz*, Sexta Turma, julgado em 17/05/2016, DJe 24/5/2016, grifou-se).

3. Agravo regimental improvido. (AgRg no AgRg no REsp 1.753.704/MS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 23/08/2018, DJe 3/9/2018).

Penal e Processo Penal. Agravo regimental no recurso especial. Contravenção penal. Desclassificação. Prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal. Estupro. Art. 213, § 1º, do CP. Possibilidade. Qualificação jurídica dos fatos. Agravo regimental não provido.

1. *Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o delito de estupro, na redação dada pela Lei n. 12.015/2009, “inclui atos libidinosos praticados de diversas formas, onde se inserem os toques, contatos voluptuosos, beijos lascivos, consumando-se o crime com o contato físico entre o agressor e a vítima* (AgRg no REsp 1.359.608/MG, Rel. Ministra *Assusete Magalhães*, Sexta Turma, julgado em 19/11/2013, DJe 16/12/2013).

2. *Com base no contexto fático delineado pela Corte de origem, a conduta do réu não pode ser confundida com a contravenção penal prevista no art. 61 do Decreto-Lei n. 3.688/1941, uma vez que agarrou a vítima de 16 anos à força, beijou sua boca, mordeu seu rosto e passou a mão nos seios, nádegas e vagina, por cima da roupa, a fim de satisfazer a sua lascívia, o que configura o crime previsto no art. 213, § 1º, do CP.*

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1.705.120/SC, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 6/2/2018, DJe 19/2/2018, grifou-se).



No caso, resta evidente a utilização de força física, conquanto ausentes vestígios de lesão, para beijar a vítima contra sua vontade, e ainda lhe esfregar o órgão genital ereto, tendo o recorrente parado apenas por ter sido impedido por testemunha. Em tese, tal conduta amolda-se à hipótese típica do crime de

estupro, para realização de atos libidinosos, cometido por meio de violência, consistente no emprego de força física contra a vítima, subjugando-a pela superioridade física do agente, até porque aquela possui limitações físicas decorrentes da ataxia cerebelar.

Ressalte-se que não há falar em aplicação retroativa, em tese, do crime de importunação sexual (CP, art. 215-A), porquanto a prova semiplena angariada até o momento levam à conclusão de utilização de violência para a prática do ato libidinoso, o que afasta a incidência da *novatio legis in melius*, trazida pela Lei 13.718/2018, porquanto funciona como elemento especializante do crime de estupro.

Os argumentos no sentido da ausência de justa causa não são capazes de engendrar o trancamento prematuro da representação do ato infracional em tela.

Os elementos de informações testemunhais unificados nas investigações preliminares, realizados pela autoridade policial, somados e em consonância com a palavra da vítima, claramente conferem justa causa à representação, pois permitem inferir, em cognição meramente sumária, a materialidade do cometimento de atos libidinosos em relação à vítima, bem como a existência de indícios de autoria do recorrente.

Outrossim, conforme jurisprudência consolidada desta Corte, a palavra da vítima possui especial relevância nos crimes contra a liberdade sexual, haja vista a usual clandestinidade da conduta, mormente se estiver em consonância com outros elementos informativos.

Sobre o tema, confira-se:

Penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Estupro de vulnerável. Pleito de absolvição. Reexame do conjunto fático-probatório. Impossibilidade. Súmula n. 7/STJ. Incidência.

1. No caso, para que fosse possível a análise da pretensão recursal, segundo a qual não haveria nos autos provas suficientes da materialidade do delito, seria imprescindível o reexame dos elementos fático-probatórios dos autos, o que é defeso em recurso especial, em virtude do disposto na Súmula n. 7 desta Corte.

2. “É firme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que, em crimes contra a liberdade sexual, a palavra da vítima possui especial relevância, uma vez que, em sua maioria, são praticados de modo clandestino, não podendo ser desconsiderada, notadamente quando corroborada por outros elementos probatórios” (AgRg no AREsp n. 1.301.938/RS, relator Ministro **Nefi Cordeiro**, **Sexta Turma**, julgado em 18/9/2018, DJe 25/9/2018)

3. *Agravo regimental desprovido.*

(AgRg no AREsp 1.373.259/SP, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 11/12/2018, DJe 1/2/2019, grifou-se).

Agravo regimental no recurso especial. Artigo 217-A do CP. Estupro de vulnerável. Decisão mantida.

I - Ausente a demonstração de factual prejuízo ao exercício do direito de defesa, inviável o reconhecimento de nulidade, intento que reclama a efetiva comprovação do prejuízo à parte, sem a qual prevalecerá o princípio da instrumentalidade das formas, positivado pelo artigo 563 do Código de Processo Penal (*pas de nullité sans grief*).

II - Constatada a ausência de similitude fática entre o acórdão impugnado e o acórdão apontado como paradigma, impossível o conhecimento do especial no tocante, por ausência de fundamentação, a teor da Súmula n. 284/STF.

III - *Nos crimes contra a dignidade sexual, uma vez considerada a relevância do depoimento da vítima em harmonia com o contexto fático-probatório dos autos, as pequenas contradições nas suas declarações são insuficientes para invalidá-las, notadamente em face das circunstâncias concretas do caso, como a realização da audiência de instrução anos após a ocorrência dos fatos. Precedentes.*

Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1.776.053/BA, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 04/12/2018, DJe 07/12/2018, grifou-se).

Por conseguinte, diante de todas as peculiaridades e dificuldades probatórias típicas dos crimes contra a dignidade sexual, não se pode vislumbrar conclusão diversa senão da manutenção do processo, mesmo que não comprovadas exaurientemente a autoria e a materialidade, aptas à procedência da representação, impõe-se seu prosseguimento. Por corolário, possibilitar-se-á ao *dominus litis* a prova dos fatos imputados ao réu em instrução judicial, com todas as garantias processuais ao réu, em observância ao seu direito de confronto.

Ante o exposto, *nego provimento* ao recurso ordinário em *habeas corpus*.

É como voto.



Advogado: Renan Pereira Ferrari - SC047052
Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

EMENTA

Recurso em *habeas corpus*. Crime contra as relações de consumo. Art. 7º, incisos II e IX da Lei n. 8.137/90. Alimentos sem indicação de procedência e impróprios para o consumo. Mercadoria com prazo de validade vencida. Ausência de perícia técnica. Materialidade delitiva não demonstrada. Falta de justa causa para a ação penal. Trancamento. Recurso provido.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se firmou no sentido de que a conduta tipificada no art. 7º, parágrafo único, inciso IX, da Lei 8.137/90 – expor à venda produtos impróprios para o consumo – deixa vestígios, razão pela qual a perícia é indispensável para a demonstração da materialidade delitiva, nos termos do art. 158 do Código de Processo Penal – CPP. Precedentes.

2. Da mesma forma, o tipo previsto no inciso II do art. 7º da Lei n. 8.137/90, “vender ou expor à venda mercadoria cuja embalagem, tipo, especificação, peso ou composição esteja em desacordo com as prescrições legais, ou que não corresponda à respectiva classificação oficial” deve ser considerado de natureza material a exigir perícia para a sua tipificação.

Assim, no caso dos autos a criminalização da exposição à venda de carne bovina, sem a indicação de procedência, depende também da realização de prova pericial para que fique demonstrado que a mesma é imprópria para o consumo humano, sob pena de restar configurada a responsabilidade objetiva.

3. Recurso em *habeas corpus* ao qual se dá provimento para determinar o trancamento da ação penal por falta de justa causa.

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 Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de março de 2019 (data do julgamento).

Ministro Joel Ilan Paciornik, Relator

DJe 28.3.2019

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik: Cuida-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por *Giorgia Daniel Bendo* contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina proferido no julgamento do HC n. 4003846-84.2018.8.24.0000.

Extrai-se dos autos que a recorrente foi denunciada por ter supostamente praticado os delitos tipificados nos arts. 7º, incisos II e IX, da Lei n. 8.137/90, c/c art. 18, § 6º, incisos I e II, da Lei n. 8.078/90 (exposição à venda de mercadorias com embalagem, tipo, especificação, peso/composição em desacordo com as prescrições legais e de mercadorias em condições impróprias ao consumo). Foi designada audiência de suspensão condicional do processo para o dia 13/6/2018.

Irresignada, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal de origem. Nas informações prestadas à Segunda Instância, o Juízo de primeiro grau comunicou haver revogado o despacho em que agendou a audiência de suspensão e recebeu a denúncia (fl. 57). No julgamento do *writ*, a ordem foi denegada, nos termos do acórdão que restou assim ementado:

Habeas corpus. Crime contra as relações de consumo. Exposição à venda de produtos com o prazo de validade vencido. Pleito de trancamento da ação penal, por ausência de justa causa, ao argumento de que a conduta imputada à paciente é atípica pela não realização de perícia. Descabimento. Prova da materialidade do crime e indícios suficientes da autoria, aptos a justificar a deflagração da ação penal. Desnecessidade de estudo técnico para comprovação da materialidade do crime. Delito formal e de perigo abstrato. Precedentes. Ordem denegada.

“O trancamento da ação é medida excepcional, só admitida quando a mera exposição dos fatos evidencia a ilegalidade, ou quando se imputa ao paciente fato atípico, ou, ainda, quando ausente qualquer fundamento no inquérito para

embasar a acusação. Não havendo qualquer irregularidade na peça acusatória, bem assim elementos que revelem, de plano, a insubsistência dos fatos narrados na denúncia enquanto ilícitos penais, não há como se obstar o curso da ação penal proposta contra o paciente” (Habeas Corpus n. 2014.006169-2, de Blumenau, rel. Des. Marli Mosimann Vargas, j. 18.2.2014)

“Consoante jurisprudência consolidada nesta Egrégia Corte, o delito tipificado no art. 7º, inciso IX, da Lei n. 8.137/90, é um crime formal e de perigo abstrato, ou seja, que não exige lesão ou dano, contentando-se com a mera potencialidade lesiva’ (STJ - Recurso Especial n. 1.111.672/RS, Quinta Turma, Rel. Mina. Laurita Vaz, j. em 29/09/2009), pelo que é de concluir-se pela desnecessidade de realização de perícia técnica. (...)” (Habeas Corpus (criminal) n. 4000857-08.2018.8.24.0000, de Caçador, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. em 22.2.2018) (fl. 70).

No presente recurso, alega ausência de justa causa para o recebimento da denúncia, razão pela qual entende imperativo o trancamento da ação penal. Afirma que a materialidade do suposto delito restou prejudicada, uma vez que o material apreendido não foi submetido a perícia.

Defende que o laudo técnico seria imprescindível para configurar a materialidade do delito. Destaca que “a impossibilidade de realizar a perícia se deu única e exclusivamente por culpa dos fiscais que realizaram a inspeção no estabelecimento comercial, que, sem a devida cautela, no mesmo dia realizou a incineração (págs. 11-16 do *habeas corpus*) do material apreendido e tido como impróprio para consumo” (fl. 87).

Pugna, assim, pelo trancamento da ação penal e, subsidiariamente, pela nulidade da decisão de recebimento da denúncia.

A liminar foi indeferida por decisão de fls. 107/109.

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso. (fls. 149/150)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik (Relator): 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.

De início, cumpre descrever a tipificação dos crimes previstos na Lei n. 8.137/90 em discussão nestes autos:

Art. 7º Constitui crime contra as relações de consumo:

I - favorecer ou preferir, sem justa causa, comprador ou freguês, ressalvados os sistemas de entrega ao consumo por intermédio de distribuidores ou revendedores;

II - vender ou expor à venda mercadoria cuja embalagem, tipo, especificação, peso ou composição esteja em desacordo com as prescrições legais, ou que não corresponda à respectiva classificação oficial;

III - misturar gêneros e mercadorias de espécies diferentes, para vendê-los ou expô-los à venda como puros; misturar gêneros e mercadorias de qualidades desiguais para vendê-los ou expô-los à venda por preço estabelecido para os demais mais alto custo;

IV - fraudar preços por meio de:

a) alteração, sem modificação essencial ou de qualidade, de elementos tais como denominação, sinal externo, marca, embalagem, especificação técnica, descrição, volume, peso, pintura ou acabamento de bem ou serviço;

b) divisão em partes de bem ou serviço, habitualmente oferecido à venda em conjunto;

c) junção de bens ou serviços, comumente oferecidos à venda em separado;

d) aviso de inclusão de insumo não empregado na produção do bem ou na prestação dos serviços;

V - elevar o valor cobrado nas vendas a prazo de bens ou serviços, mediante a exigência de comissão ou de taxa de juros ilegais;

VI - sonegar insumos ou bens, recusando-se a vendê-los a quem pretenda comprá-los nas condições publicamente ofertadas, ou retê-los para o fim de especulação;

VII - induzir o consumidor ou usuário a erro, por via de indicação ou afirmação falsa ou enganosa sobre a natureza, qualidade do bem ou serviço, utilizando-se de qualquer meio, inclusive a veiculação ou divulgação publicitária;

VIII - destruir, inutilizar ou danificar matéria-prima ou mercadoria, com o fim de provocar alta de preço, em proveito próprio ou de terceiros;

IX - vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo;

Pena - detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II, III e IX pune-se a modalidade culposa, reduzindo-se a pena e a detenção de 1/3 (um terço) ou a de multa à quinta parte.

No caso em análise, o núcleo da controvérsia consiste em determinar a necessidade da perícia técnica para o oferecimento de denúncia pela prática de conduta tipificada no artigo 7º, incisos II e IX, da Lei n. 8.137/90.

A jurisprudência desta Corte, depois oscilar acerca do tema, a partir de meados de 2017 firmou-se no sentido de que o delito de expor à venda produtos impróprios para o consumo deixa vestígios (inciso IX do art. 7º), razão pela qual a perícia é indispensável para a demonstração da materialidade delitiva, nos termos do art. 158 do CPP. Assim, a ausência de perícia autoriza o trancamento da ação penal por falta de justa causa. Sobre o tema, confirmam-se os seguintes precedentes:

Processo Penal. Recurso em *habeas corpus*. Crime contra as relações de consumo. Alimentos impróprios para o consumo. Ausência de perícia técnica para aferir o elemento normativo do tipo. Ausência de materialidade. *Falta de justa causa para a ação penal. Trancamento*. Recurso provido para trancar a Ação Penal 0073512-12.2013.826.0050, confirmando-se a liminar deferida.

1. “Da leitura do artigo 7º, inciso IX, da Lei 8.137/1990, percebe-se que se trata de delito contra as relações de consumo não transeunte, que deixa vestígios materiais, sendo indispensável, portanto, a realização de perícia para a sua comprovação, nos termos do artigo 158 do Código de Processo Penal” (RHC 49.221/SC, Rel. Ministro *Jorge Mussi*, *Quinta Turma*, DJe 28/4/2015).

2. *No caso em exame, não foi realizada perícia para comprovar que a mercadoria apreendida era imprópria para o consumo, mas, tão-somente, laudo de exame de local, no dia dos acontecimentos, porque alguns tinham o prazo de validade vencido e outros não continham informação sobre o produtor ou importador, bem como sem data de fabricação e de validade.*

3. Recurso provido para, confirmando a liminar, trancar a Ação Penal n. 0073512-12.2013.826.0050. (RHC 61.113/SP, Rel. Ministro *Ribeiro Dantas*, *Quinta Turma*, DJe 1/12/2017)

Agravo regimental no recurso especial. Crime contra as relações de consumo. Artigo 7º, inciso IX, da Lei 8.137/90. *Expor à venda mercadoria em condições impróprias ao consumo. Produto com prazo de validade vencido. Inexistência de perícia técnica. Ausência de prova da materialidade delitiva. Absolvição. Análise de dispositivo constitucional. Não cabimento. Agravo regimental improvido.*

1. Inviável, na via eleita, o exame de violação de dispositivo constitucional, cuja competência é reservada ao STF, nos termos do art. 102, III, da CF.

2. O delito de expor à venda produtos impróprios ao consumo exige exame pericial para a prova da materialidade delitiva, nos termos do art. 158 do Código de Processo Penal.

3. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1.342.523/SC, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 26/6/2017)

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Crime contra as relações de consumo. Art. 7º, IX, parágrafo único, da Lei n. 8.137/1990. *Laudo pericial. Imprescindibilidade.* Improriedade do alimento para consumo humano. Comprovação. Materialidade delitiva. Justa causa para ação penal. Ausência. Trancamento da persecução penal. Constrangimento ilegal configurado. Responsabilização adstrita ao âmbito administrativo. Recurso ordinário provido.

1. Esta Corte pacificou o entendimento de que o trancamento de ação penal pela via eleita é medida excepcional, cabível apenas quando demonstrada, de plano, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a manifesta ausência de provas da existência do crime e de indícios de autoria.

2. *Conquanto parte da doutrina e da jurisprudência entendam que o delito previsto no art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/1990, crime formal, de perigo abstrato, seja norma penal em branco, cujo elemento normativo do tipo “impróprio para consumo” deve ser complementado pelo disposto no art. 18, § 6º, do Código de Defesa do Consumidor, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que há necessidade de realização de exame pericial nos produtos pretensamente impróprios, a fim de que seja comprovada a sua real nocividade para consumo humano, sob pena de inaceitável responsabilidade penal objetiva.*

3. Inexistente prova pericial, produzida diretamente sobre os produtos alimentícios apreendidos, falta justa causa para a persecução penal, sendo insuficiente concluir pela improriedade para o consumo exclusivamente em virtude da ausência de informações obrigatórias na rotulagem do produto e/ou em decorrência do prazo de sua validade estar vencido.

4. Ausente a prova da materialidade do crime, a eventual responsabilização e punição pelo descumprimento de normas relativas à conservação e exposição, para venda, dos gêneros alimentícios apreendidos no estabelecimento comercial, reserva-se apenas ao âmbito do Direitos Administrativo e Civil.

5. Recurso ordinário provido para determinar o trancamento da persecução penal, por ausência de justa causa. (RHC 69.692/SC, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 13/6/2017)

Recurso em *habeas corpus*. Crime contra as relações de consumo. Art. 7º, IX, parágrafo único da Lei n. 8.137/90. Mercadoria com prazo de validade vencido.

Ausência de perícia técnica. Materialidade delitiva não demonstrada. Falta de justa causa para a ação penal. Trancamento. Recurso provido.

I - O trancamento da ação penal constitui medida de exceção, justificada apenas quando comprovadas, de plano, sem necessidade de análise aprofundada de fatos e provas, inépcia da inicial acusatória, atipicidade da conduta, presença de causa de extinção de punibilidade ou ausência de prova da materialidade ou de indícios mínimos de autoria.

II - A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se firmou no sentido de que a conduta tipificada no art. 7º, IX, da Lei 8.137/90 (inclusive parágrafo único) - expor à venda produtos impróprios para o consumo - em razão de deixar vestígios, exige a realização de perícia para a demonstração da materialidade delitiva, nos termos do art. 158 do CPP. Precedentes.

III - A existência de mero “auto de exibição e apreensão”, noticiando o vencimento do prazo de validade não é suficiente para atestar que o produto seja efetivamente impróprio para o consumo, afigurando-se imprescindível a realização de perícia técnica que ateste o fato. Precedente.

Recurso em *habeas corpus* provido para decretar o trancamento da ação penal. (RHC 105.272/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 1/2/2019)

Agravo regimental no recurso especial. Crime contra a relação de consumo. Mercadoria imprópria para o consumo. Prazo de validade vencido. Perícia. Necessidade.

1. Para a caracterização do crime contra a relação de consumo de vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo é imprescindível a realização de perícia, ainda que o prazo de validade do produto esteja vencido. Precedentes.

2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AgInt nos EDcl no AgRg no AgInt no REsp 1.682.338/MT, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 26/09/2018)

Recurso em *habeas corpus*. Crime contra as relações de consumo. Art. 7º, parágrafo único, inciso IX da Lei n. 8.137/90. Alimentos impróprios para o consumo. Mercadoria com prazo de validade vencida. Ausência de perícia técnica. Materialidade delitiva não demonstrada. Falta de justa causa para a ação penal. Trancamento. Recurso provido.

1. 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 CPP, o que não impede a propositura de nova ação desde que suprida a irregularidade.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se firmou no sentido de que a conduta tipificada no art. 7º, parágrafo único, inciso IX, da Lei 8.137/90 - expor à venda produtos impróprios para o consumo - deixa vestígios, razão pela qual a perícia é indispensável para a demonstração da materialidade delitiva, nos termos do art. 158 do Código de Processo Penal. Precedentes.

3. A realização de mero laudo de constatação não é suficiente para atestar que a mercadoria é efetivamente imprópria para o consumo, sendo imprescindível a realização de perícia técnica. Precedente.

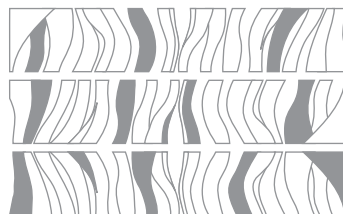
4. Recurso em *habeas corpus* ao qual se dá provimento para determinar o trancamento da ação penal por falta de justa causa. (RHC 91.502/SP, de minha relatoria, Quinta Turma, DJe 1/2/2018)

Da mesma forma, o tipo previsto no inciso II do art. 7º da Lei n. 8.137/90, “vender ou expor à venda mercadoria cuja embalagem, tipo, especificação, peso ou composição esteja em desacordo com as prescrições legais, ou que não corresponda à respectiva classificação oficial” deve ser considerado de natureza material a exigir perícia para a sua tipificação.

Assim, no caso dos autos a criminalização da exposição à venda de carne bovina, sem a indicação de procedência, depende também da realização de prova pericial para que fique demonstrado que a mesma é imprópria para o consumo humano, sob pena de restar configurada a responsabilidade objetiva.

Desta forma, carece de justa causa a ação penal proposta pelo Ministério Público sem exame pericial, circunstância que autoriza o trancamento da ação penal.

Ante o exposto, voto pelo provimento do recurso ordinário em *habeas corpus* para determinar o trancamento da Ação Penal n. 0000680-15.2017.8.24.0076, em tramite perante a Vara Única da Comarca do Turvo do Estado de Santa Catarina.



Sexta Turma

HABEAS CORPUS N. 465.313-SC (2018/0212490-7)

Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro
Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina
Advogado: Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina
Paciente: H M J

EMENTA

Penal. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional equiparado ao delito de estupro de vulnerável. Medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade aplicada dois anos após os fatos. Proporcionalidade e atualidade. Gravidade do ato infracional e circunstâncias pessoais do paciente consideradas por ocasião da sentença. Constrangimento ilegal não evidenciado.

1. Consoante o disposto no art. 113 do ECA, às medidas socioeducativas aplicam-se as disposições contidas nos arts. 99 e 100 do referido Estatuto, entre as quais se destacam a proporcionalidade e a atualidade, ou seja, a intervenção deve ser a necessária e adequada à situação de perigo em que a criança ou o adolescente se encontra no momento em que a decisão é tomada.

2. Na hipótese, não obstante a medida de prestação de serviços à comunidade, à razão de 4 horas semanais, tenha sido aplicada pela Magistrada de piso dois anos após os fatos, encontra-se em consonância com o princípio da proporcionalidade, visto que teve também como premissa as circunstâncias pessoais do paciente no momento da fixação da medida, assim como a gravidade do ato infracional praticado pelo paciente, consistente em estupro de vítima de apenas 5 anos de idade, o que ensejaria, em princípio, a aplicação de medida socioeducativa de internação, com fundamento no art. 122, inciso I, do ECA.

3. A medida aplicada, na espécie, atende ao postulado da proteção integral descrito no ECA, tendo em vista que possui devida observância aos princípios definidos na legislação de regência, como

os princípios da legalidade, proporcionalidade em relação à ofensa cometida, brevidade, individualização e mínima intervenção.

4. 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 Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de fevereiro de 2019 (data do julgamento).

Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Relator

DJe 8.3.2019

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em benefício de H M J apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (Apelação n. 0002304-46.2016.8.24.0008).

Colhe-se dos autos que ao paciente foi aplicada medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade pela prática de ato infracional equiparado ao delito de estupro de vulnerável (e-STJ fls. 119/124).

Irresignada, a defesa apelou, sendo o recurso desprovido pelo Tribunal de origem, em acórdão cuja ementa foi definida mediante os seguintes termos (e-STJ fls. 169/170):

Apelação. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal). Sentença de procedência da representação. Recurso da defesa. Preliminar. Alegada falta de interesse de agir pelo decurso do tempo. Fatos que levaram pouco mais de dois anos para serem julgados. Alegação de que eventual medida socioeducativa aplicada seria ineficaz. Sustentada inobservância dos princípios da brevidade e individualização (art. 35, incisos V e VI, do Sinase). Inocorrência. Processo que seguiu normal tramitação. Desídia do poder público não verificada. Princípio da

brevidade, ademais, que toca ao tempo que perdura a medida socioeducativa e não se confunde com a celeridade processual. Alegada violação aos princípios da proporcionalidade e da legalidade (art. 35, incisos I e IV, do Sinase). Inocorrência. Apelante que praticou ato infracional gravíssimo contra vítima que contava com apenas cinco anos de idade à época dos fatos. Medida socioeducativa proporcional à gravidade do ato. Prefacial afastada. Mérito. Pretendida absolvição por insuficiência probatória. Conjunto probatório sólido e apto a respaldar o decreto condenatório. Palavra da vítima harmônica e corroborada por laudo psicológico e demais elementos que compõem o acervo fático-probatório processual. Pedido de aplicação de medida alternativa de advertência. Inviabilidade. Procedência que não seria compatível com a gravidade do ato infracional. Sentença mantida. Recurso conhecido e desprovido.

1. Impossível a absolvição quando os elementos contidos nos autos, corroborados pelos depoimentos das vítimas e das testemunhas arroladas, formam um conjunto sólido, dando segurança ao juízo para a condenação.

2. “[...] Em crimes contra a liberdade sexual, praticados à clandestinidade, a palavra da vítima, sobretudo quando amparada pela prova testemunhai, reveste-se de maior valia em relação ao relato do réu proferido em juízo, a quem compete desconstituir a autoria a ele imputada [...]”. (STF - AI n. 855.942 AgR/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 28/05/2013).

3. Diante do rol de medidas indicadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, e considerando a gravidade do ato infracional pelo qual o adolescente/apelante foi representado, equiparado ao estupro de vulnerável, bem como as circunstâncias pessoais do menor reconhecidas na sentença, conclui-se que a prestação de serviços comunitários é a medida mais adequada ao caso, por ser providência que melhor atende às diretrizes de reeducação e ressocialização do adolescente impostas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

No presente *habeas corpus*, sustenta a impetrante, em breve síntese, que o paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal, alegando que “a aplicação da medida socioeducativa não se mostra adequada, tendo em vista que os fatos ocorreram no dia 27/12/2015, a representação foi recebida em 16/08/2016 e a sentença publicada em 05/12/2017” (e-STJ fl. 6).

Aduz, assim, que “o lapso temporal do trâmite deste processo tornou a medida fixada - que tinha o intuito de educar e prevenir - ineficaz e irrazoável, porquanto não cumprirá mais o seu objetivo, uma vez que o transcurso do tempo modificou a condição de vida do então adolescente” (e-STJ fl. 6).

Requer, inclusive liminarmente, a concessão da ordem a fim de declarar a ilegalidade da medida socioeducativa aplicada.

A liminar foi indeferida às e-STJ fls. 190/193.

As informações foram prestadas às e-STJ fls. 199/234 e 236/237.

O Ministério Público Federal, às e-STJ fls. 239/247, manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro (Relator): Como visto, pretende a impetrante o reconhecimento de constrangimento ilegal sofrido pelo paciente, ao argumento de que a medida socioeducativa imposta pela prática de ato infracional equiparado ao delito de estupro de vulnerável seria desproporcional, porquanto “os fatos ocorreram no dia 27/12/2015, a representação foi recebida em 16/08/2016 e a sentença publicada em 05/12/2017”, de modo que “o lapso temporal do trâmite deste processo tornou a medida fixada - que tinha o intuito de educar e prevenir - ineficaz e irrazoável, porquanto não cumprirá mais o seu objetivo, uma vez que o transcurso do tempo modificou a condição de vida do então adolescente” (e-STJ fl. 6).

No entanto, não vislumbro nenhuma ilegalidade quanto à imposição da medida socioeducativa em desfavor do paciente.

Acerca da controvérsia, assim consignou o Tribunal de origem (e-STJ fls. 172/175):

I - Da preliminar de violação aos princípios elencados no artigo 35, incisos I, IV, V e VI da Lei n. 12.594/12 (*Sinase*)

A defesa sustenta afronta ao princípio da brevidade, tendo em vista o longo espaço temporal transcorrido - cerca de três anos - entre a prática da conduta pelo adolescente infrator e sua condenação judicial, fator que afastaria a legitimidade e pertinência para a aplicação de qualquer medida socioeducativa ao menor. Sustenta, também, afronta aos princípios da proporcionalidade, legalidade e individualização, aduzindo que o julgador *a quo* não se ateu às particularidades do caso concreto ao determinar a medida socioeducativa aplicável ao menor.

Razão não lhe socorre, contudo.

É bem verdade que o artigo 35 da Lei n. 12.594/2012 estatui uma série de princípios atinentes à execução das medidas socioeducativas, dentre os quais incluem-se o da legalidade, que determina que a medida aplicada ao menor não pode ser mais gravosa que aquela aplicada ao adulto; o da brevidade, que determina seja exigua a medida socioeducativa aplicada ao jovem adulto; o da proporcionalidade, que

determina seja compatível a medida aplicada com a ofensa perpetrada pelo menor, e o da individualização, que dita seja considerada, quando da escolha da medida a incidir no caso concreto, a idade, a capacidade e as circunstâncias pessoais do adolescente infrator.

Compulsando os autos, porém, a despeito do esforço argumentativo da defesa, verifica-se que nenhum dos mencionados princípios restou violado.

No que concerne ao princípio da brevidade, tem-se que este é um subprincípio da proteção integral ao adolescente infrator que se relaciona à brevidade da medida socioeducativa aplicada, que deve perdurar por curto período, e não, como alegou a defesa, à celeridade ou brevidade da instrução processual *per se*.

Nesta senda, colaciona-se entendimento doutrinário de Paulo Henrique Aranda Fuller, Guilherme Madeira Dezem e Flávio Martins:

[...]

In casu, a medida socioeducativa foi imposta pelo prazo de 06 (seis) meses, cuja realização se dará por 04 (quatro) horas semanais, ou seja, foi aplicada observando-se atentamente o disposto no art. 117, e seu parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente, e respeitando, via de conseqüência, o princípio da brevidade da medida aplicada.

*De igual modo, não há qualquer afronta ao princípio da **proporcionalidade**, visto que a medida socioeducativa eleita pela Togada sentenciante, consistente na prestação semestral de serviços à comunidade, é compatível com a gravidade concreta do ato infracional praticado pelo adolescente, ainda mais quando se considerar que **a vítima foi pessoa do convívio familiar do menor e que contava com apenas 05 (cinco) anos de idade à época do fato**. Também não merece crédito a alegação de que não houve respeito ao princípio individualização, o qual, diversamente, restou atentamente sopesado pela Magistrada *a quo*, sobretudo quando deixou de aplicar medida mais gravosa ao adolescente em razão de suas circunstâncias pessoais que lhe eram favoráveis.*

Veja-se:

[...] Todavia, embora a atitude do Representado seja reprovável e mereça a aplicação de medida drástica, no sentido de contê-lo e conscientizá-lo de que precisa, urgente, de mudanças, em suas atitudes, verifica-se que o ato infracional em questão trata-se de caso isolado na vida de H. M. J., já que inexistente, ao menos nesta Comarca, qualquer outro registro de prática delituosa pelo Jovem adulto (fl. 117).

Igualmente, não há se falar em afronta ao princípio da legalidade, sobretudo porque o crime de estupro de vulnerável, apenado com pena privativa de liberdade de, no mínimo, 08 anos de reclusão, conforme prevê o preceito secundário do tipo penal estatuído no artigo 217-A do Código Penal, não constitui

sanção mais branda que aquela aplicada ao menor *in casu*, sancionado ao cumprimento de medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade pelo prazo de 06 (seis) meses.

Desta forma, ante o exposto, afasto a preliminar aventada e passo à análise do mérito.

Inicialmente, trago à colação o que dispõe o art. 35 da Lei n. 12.594/2012, ao estabelecer que a execução de medidas socioeducativas deverá observar certos princípios, *in verbis*:

Art. 35. A execução das medidas socioeducativas reger-se-á pelos seguintes princípios:

I - legalidade, não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto;

II - excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas, favorecendo-se meios de autocomposição de conflitos;

III - prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas;

IV - proporcionalidade em relação à ofensa cometida;

V - brevidade da medida em resposta ao ato cometido, em especial o respeito ao que dispõe o art. 122 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente);

VI - individualização, considerando-se a idade, capacidades e circunstâncias pessoais do adolescente;

VII - mínima intervenção, restrita ao necessário para a realização dos objetivos da medida;

VIII - não discriminação do adolescente, notadamente em razão de etnia, gênero, nacionalidade, classe social, orientação religiosa, política ou sexual, ou associação ou pertencimento a qualquer minoria ou status; e

IX - fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários no processo socioeducativo.

Além disso, dispõe o art. 113 do ECA que às medidas socioeducativas aplicam-se as disposições contidas nos arts. 99 e 100 do referido Estatuto, entre as quais se destaca (grifei):

Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

[...]

VIII - *proporcionalidade e atualidade: a intervenção deve ser a necessária e adequada à situação de perigo em que a criança ou o adolescente se encontram no momento em que a decisão é tomada;*

No que concerne aos princípios da proporcionalidade e da atualidade, é o vaticínio da doutrina:

[...] a proporcionalidade é um princípio desenvolvido e cultivado em várias outras áreas do Direito, podendo até ser considerado um princípio geral. A tutela dos direitos da criança e do adolescente deve desenvolver-se sob dois parâmetros: *necessariedade e adequabilidade. O necessário liga-se ao ato estatal de força, que é imprescindível para resolver determinada situação conflituosa; o adequado vincula-se à utilização do instrumento adequado na intensidade equilibrada. Assim, atinge-se a proporcionalidade, invadindo-se o contexto familiar na exata medida da resolução do problema ali encontrado – nem mais, nem menos. Se o poder público fraquejar, crianças podem até mesmo perder a vida. Se, ao contrário, atuar de maneira intensa e excessiva, crianças podem ficar traumatizadas e perder o equilíbrio em fase delicada de sua infância. A justa medida de intervenção é difícil de ser encontrada, mas jamais se deve ignorá-la ou desprezá-la, pois a proporcionalidade é preceito legal. Além disso, impõe-se, com correção, a atualidade da intervenção, sob pena de se mostrar ineficaz.* (NUCCI, GUILHERME DE SOUZA, *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*, Forense, 2ª ed., Rio de Janeiro, pg. 331.)

Pois bem. Na hipótese, não se pode desconsiderar a gravidade do ato infracional cometido pelo paciente, consistente em estupro de vulnerável contra vítima de apenas 5 anos de idade, o que, por si só, já possibilitaria a aplicação de medida de internação, com fundamento no art. 122, inciso I, do ECA.

Nesse sentido:

Penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Ato infracional análogo a estupro de vulnerável. Violência presumida. Registro de atos infracionais anteriores. Situação de vulnerabilidade. Medida de internação justificada. Agravo regimental não provido.

1. Consoante o princípio da proteção integral do adolescente, que para a configuração do art. 122, II, do ECA não se exige o mínimo de duas sentenças impositivas de medidas socioeducativas anteriores. O juiz deve analisar as peculiaridades do caso concreto, a folha de antecedentes do jovem e suas condições específicas para definir se a reiteração está configurada e qual a melhor medida socioeducativa a ser aplicada para sua pronta ressocialização.

2. No caso, as particularidades do ato infracional, praticado com violência presumida contra vulnerável (criança de 3 anos de idade), por si só, justificaria a imposição da medida de internação, com fulcro no art. 122, I, do ECA. Ademais, há registro da prática de ato infracional análogo a roubo, bem como notícia de envolvimento com tráfico de drogas, não sem mencionar que o adolescente abandonou os estudos no 3º ano do ensino fundamental e tampouco reconhece a autoridade de seus pais, o que revela a situação de vulnerabilidade social em que se encontra.

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 1.153.888/BA, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 15/03/2018, DJe 27/03/2018.)

Ainda, não se desconhece, deve-se ressaltar, a existência de precedentes desta Corte no sentido de que a aplicação de medida socioeducativa dois anos após a prática do ato infracional ofenderia o princípio da atualidade, a ensejar o reconhecimento de ilegalidade na aplicação da medida socioeducativa.

Ilustrativamente:

Estatuto da Criança e do Adolescente. *Habeas corpus*. Ato infracional equiparado ao delito de furto qualificado. Medida socioeducativa de liberdade assistida. Violação ao princípio da atualidade, em razão do transcurso de mais de 2 (dois) anos da prática do ato infracional. Constrangimento ilegal evidenciado. *Habeas corpus* concedido.

1. Em se tratando de ato infracional análogo a furto qualificado, é possível a aplicação de medida socioeducativa de liberdade assistida, tendo em vista o exposto permissivo constante do inciso 112, inciso IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

2. Não obstante, há que ser reconhecida a ausência de atualidade da medida, pois aplicada sem a baliza da necessidade e da adequação, em consonância com seus fins pedagógicos, tendo em vista o transcurso do tempo - mais 2 (dois) anos - desde a data do fato, e mais de 1 ano após a sentença absolutória, devendo ser revogada a liberdade assistida.

3. *Habeas corpus* concedido para revogar a medida de liberdade assistida. (HC 447.600/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 16/10/2018, DJe 05/11/2018.)

Não obstante, no caso, entendo que a Magistrada de piso, em observância aos princípios norteadores do Estatuto da Criança e do Adolescente, considerando a gravidade do ato infracional cometido e também a circunstância de o ato infracional constituir fato isolado na vida do paciente, aplicou medida socioeducativa necessária e adequada, consistente em prestação de serviços à comunidade, à razão de 4 horas semanais.

Tal decisão, a meu ver, encontra-se em consonância com o princípio da proporcionalidade, visto que, embora tenha sido prolatada aproximadamente dois anos após a prática do ato infracional, teve também como premissa as circunstâncias pessoais do paciente no momento da fixação da medida, aplicando-se ao paciente medida consideravelmente menos gravosa do que a internação, medida socioeducativa cabível, em princípio, à espécie.

Assim sendo, verifico que a medida de prestação de serviços à comunidade aplicada ao paciente atende ao postulado da proteção integral descrito no ECA, sendo a medida mais adequada, no caso, à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e às circunstâncias pessoais do adolescente, mormente em razão da devida observância aos princípios definidos na legislação de regência, como os princípios da legalidade, proporcionalidade em relação à ofensa cometida, brevidade, individualização e mínima intervenção.

Dessarte, não vislumbro ineficácia ou ilegalidade da medida socioeducativa aplicada, a despeito dos argumentos levantados pela defesa.

Ante tais considerações, *denego a ordem*.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 480.079-SP (2018/0309978-0)

Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior

Impetrante: Francisco Tolentino Neto e outros

Advogados: Francisco Tolentino Neto - SP055914

Luciana Christina Guimarães Lóssio - DF015410

Bruno Barrionuevo Fabretti - SP316079

Humberto Barrionuevo Fabretti - SP253891

William Albuquerque de Sousa Faria - SP336388

Diego Rangel Araujo - DF056315

Jamile Mariam Massad - SP402137

Impetrado: Tribunal Regional Federal da 3ª Região

Paciente: Dercio Guedes de Souza

EMENTA

Habeas corpus. Impetração contra decisão de relator que indeferiu liminar na origem. Superveniência de julgamento do mérito na Corte regional. Acórdão carreado aos autos. Análise do alegado constrangimento. Ausência de justa causa. Hipótese não comprovada de plano. Necessidade de amplo reexame da matéria fático-probatória. Inviabilidade na via eleita. Excesso de prazo para o oferecimento da denúncia. Demora não justificada. Ilegalidade manifesta.

1. É assente a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que não cabe *habeas corpus* contra decisão que indefere liminar na origem, na esteira do enunciado da Súmula 691/STF, aplicável por analogia, salvo se demonstrada flagrante ilegalidade hábil a permitir a concessão da ordem, de ofício.

2. O Tribunal de origem noticiou o julgamento do mérito do *habeas corpus* originário e o acórdão denegando a ordem foi carreado aos autos. Dessa forma, o alegado constrangimento será analisado, com espeque nos princípios da oficialidade, da instrumentalidade das formas, da economia processual e da efetividade da jurisdição.

3. A análise da justa causa para prosseguimento das investigações pressupõe a liquidez dos fatos, requisito inafastável, pois o exame aprofundado de provas é inadmissível no espectro processual do *habeas corpus*, cuja impetração pressupõe ilegalidade ou abuso de poder flagrante a ponto de ser demonstrada de plano, o que não ocorre na espécie.

4. Os prazos indicados para a consecução da instrução criminal servem apenas como parâmetro geral, pois variam conforme as peculiaridades de cada processo, razão pela qual a jurisprudência uníssona os tem mitigado, à luz do princípio da razoabilidade.

5. Hipótese em que o inquérito policial, iniciado em 14/12/2015, embora envolva investigação extremamente complexa, encontra-se encerrado desde 9/4/2018. Os autos foram encaminhados ao Ministério Público Federal há cerca de um ano e, desde então, sem nenhuma justificativa apresentada neste feito, aguardam inertes análise para oferecimento da denúncia.

6. Caracterizada a ineficiência estatal, impõe-se o trancamento do inquérito policial por excesso de prazo.

7. Ordem concedida para trancar o referido inquérito policial em relação ao paciente.

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 maioria, conceder a ordem nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencidos os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz e Laurita Vaz. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentaram oralmente a Dra. Luciana Christina Guimarães Lóssio pelo paciente, Dercio Guedes de Souza, e o Exmo. Sr. SPGR José Adonis Callou de Araújo Sá pelo Ministério Público Federal.

Brasília (DF), 11 de abril de 2019 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior, Relator

DJe 21.5.2019

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em nome de *Dercio Guedes de Souza*, no qual se aponta a ocorrência de constrangimento ilegal decorrente do indeferimento da liminar pleiteada no HC n. 5024727-83.2018.4.03.0000, por meio de decisão proferida pelo Desembargador Relator Fausto de Sanctis do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Alega-se que o *writ* impetrado na Corte Regional teve seu seguimento obstado de plano pelo Desembargador Relator. Interposto agravo contra o referido *decisum*, houve a reconsideração do indeferimento liminar e a determinação de processamento daquele feito. A liminar pleiteada naqueles autos, que buscava a suspensão dos atos praticados no Inquérito n. 0011881-11.2015.4.03.6181 (por excesso de prazo e ausência de justa causa), foi indeferida na data de 12/11/2018.

Aqui, sustenta-se que os argumentos lançados na decisão que negou o deferimento da medida urgência na impetração originária configuram patente ilegalidade e se revelam teratológicos, uma vez que: não haveria complexidade

na causa; a diligência pendente de cumprimento nos autos da investigação teria perdido seu objeto há cerca de 4 meses; não se discute no mérito do *writ* a prova em questão, há apenas alegação de seria ela inservível; e as investigações já se findaram desde março de 2018, de modo que a concessão da pretensão de urgência não daria causa à interrupção antecipada dessas investigações.

Menciona-se que o excesso de prazo é patente, porquanto o inquérito em discussão tramita há dois anos, com relatório final apresentado há mais de 8 meses, sem que o Ministério Público Federal tenha realizado qualquer outra diligência, sem nenhum tipo de providência. E isso justificaria a superação do óbice previsto na Súmula 691 do Supremo Tribunal Federal.

Aduz-se a ausência de justa causa para prosseguimento das investigações, ante a inexistência de indícios de autoria ou prova de materialidade de qualquer infração por parte do paciente.

Busca-se, de imediato, a suspensão da tramitação do Inquérito Policial n. 0011881-11.2015.403.6181, sobrestando-se seu andamento até o julgamento deste feito. No mérito, requer-se a concessão da ordem para trancar o inquérito policial em questão, à vista do excesso de prazo e ausência de justa causa.

Indeferida a pretensão de urgência no dia 19/11/2018 (fls. 978/980).

Prestadas informações (fls. 986/987, 991/995 e 1.007).

Parecer do Ministério Público Federal assim ementado (fl. 998):

Habeas corpus impetrado em face de decisão liminar. Inadmissibilidade. Superação do óbice imposto pelo Enunciado da Sumular n. 691 do STF. Impossibilidade. Mérito do *habeas corpus* originário julgado na origem. Prejudicialidade de seguimento. Perda de objeto. *Habeas corpus* prejudicado.

1. A aceitação de *habeas corpus* impetrado contra decisão que indeferiu a liminar em prévio *writ* impetrado na origem se submete aos parâmetros da Súmula 691 do STF, somente afastada no caso de excepcional situação.

2. Mesmo que este óbice pudesse ser superado, o seguimento da presente ordem estaria prejudicado pela perda superveniente do objeto, tendo em vista que, segundo consulta ao sítio eletrônico do TRF3, sobreveio julgamento definitivo do *habeas corpus* originário.

3. Advindo o julgamento do *mandamus* ajuizado perante o Tribunal de origem, superados encontram-se os fundamentos desta impetração, diante da existência de novo ato coator.

4. Parecer pela extinção do processo, sem julgamento de mérito, em razão da perda superveniente do objeto.

Em 11/12/2018, a Décima Primeira Turma do Tribunal de origem, por unanimidade, denegou a ordem na impetração originária (fls. 1.020/1.032).

Às fls. 1.013/1.018, consta petição requerendo preferência no julgamento deste feito, bem como a concessão da ordem, ainda que de ofício, para trancar o inquérito que tramita na 6ª Vara Criminal Federal da Subseção Judiciária de São Paulo. Menciona-se a existência de flagrante teratologia e patente ilegalidade na manutenção do paciente como indiciado em inquérito instaurado há mais de 3 anos. Sustenta-se, assim, o excesso de prazo que viola a razoável duração do procedimento investigatório.

Solicitadas informações ao Ministério Público Federal e ao Departamento de Polícia Federal (fl. 1.034), prestadas às fls. 1.040/1.041 e 1.054.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Relator): O presente *writ* foi impetrado contra decisão proferida por Desembargador da Corte de origem, que indeferiu a liminar ali requerida. Posteriormente, o referido *habeas corpus* foi apreciado pelo Tribunal Regional, que o denegou. Em razão do julgamento de mérito, com a juntada do acórdão aos autos, far-se-á a análise do apontado constrangimento ilegal, com espeque nos princípios da oficialidade, da instrumentalidade das formas, da economia processual e da efetividade da jurisdição.

No que concerne à justa causa, a liquidez dos fatos constitui requisito inafastável na sua apreciação, pois o exame aprofundado de provas é inadmissível no espectro processual do *habeas corpus*, cuja impetração pressupõe ilegalidade ou abuso de poder flagrante a ponto de ser demonstrada de plano, o que não ocorre na espécie.

O Tribunal de origem, acerca do tema, asseverou que não emerge dos autos, de forma inequívoca e sem necessidade de valoração probatória, a inocência do investigado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade, de modo que não há como *impedir o Estado, de antemão, de exercer a função investigativa, coibindo-o de sequer realizar o levantamento dos elementos de prova para a verificação da verdade dos fatos* (fl. 1.026).

Com efeito, havendo elementos indiciários mínimos para a continuidade do processo, não se deve acolher a alegação de falta de justa causa para a

investigação, que, por sinal, é o instrumento para evidenciar, de fato, o cometimento da infração penal e o seu possível autor.

Outrossim, a garantia da razoável duração do processo vigora tanto para o procedimento judicial como para o apuratório pré-processual, devendo basear-se não só no critério aritmético de tempo, mas também nas nuances da persecução.

Quanto ao tema, de início, destaco que o Ministério Público Federal mencionou nas informações prestadas à Corte Regional (fls. 65/67):

[...]

8. Quando da apresentação do segundo relatório parcial, a Polícia Federal informou que iniciaria, naquele momento, a análise do material apreendido no endereço residencial de *Paulo Bernardo Silva*, diligência ainda não concluída [cf. fls. 4.389/4.390 do IPL].

9. Portanto, embora os autos estejam com o MPF desde 05.03.2018 [cf. fls. 4.503], as investigações não se encontram paralisadas, restando, no mínimo, a conclusão da verificação do material suprarreferido.

10. Cumpre, ademais, informar que nesse ínterim os autos foram remetidos à 6ª Vara Federal Criminal para Inspeção Geral Ordinária em 03.04.2018, lá permanecendo até 02.05.2018 [cf. fls. 4.507 e fls. 4.512].

11. Outrossim, diversamente do aduzido pelos Impetrantes, trata-se de causa cuja complexidade é manifesta e evidenciada, *verbi gratia*, pela grande quantidade de pessoas investigadas e pelos elaborados métodos pelos quais se pretendeu ocultar as práticas delitivas, muitas das quais somente descobertas por intermédio da colaboração dos envolvidos no esquema.

12. Nesses termos, parece adequada a atividade persecutória que, num lapso de pouco mais de 03 anos, produziu 21 volumes de informações relevantes para a apuração da responsabilidade penal dos envolvidos, e que fundamentaram, repise-se, 03 denúncias contra mais de 20 pessoas.

[...]

14. Especificamente quanto ao Paciente, o fato das denúncias ajuizadas anteriormente não o terem incluído no polo passivo em nada se relaciona com a averiguação da justa causa em relação a ele, que será verificada oportunamente pelo *Parquet* quando encerrada a análise do material probante colhido no bojo do IPL, tudo, aliás, na esteira do que dispõe o art. 129, I, da Constituição da República, e o princípio acusatório que delinea o processo penal forjado sob o Estado Democrático de Direito.

[...]

As informações prestadas pelo Juízo da 6ª Vara Criminal Federal de São Paulo/SP apontam que o paciente foi um dos indiciados pela autoridade

policial, pela suposta prática do crime de corrupção ativa, pois teria oferecido vantagem indevida a funcionário público (Ana Lúcia Amorim de Brito) para supostamente corrompê-lo a prorrogar acordo de cooperação técnica (ACT/MPOG/ABBC/SINAPP).

De acordo com o acórdão ora impugnado, *a demora na tramitação do inquérito em questão é de ser atribuída às vicissitudes próprias do referido procedimento que envolve inúmeras partes e a apuração de fatos de elevada complexidade, de maneira que a análise de provas coletadas ainda não foi concluída* (fl. 1.028).

Ponderou, ainda, a autoridade apontada como coatora que (fls. 1.028/1.029):

[...]

Não obstante a consulta processual indicar que os autos do inquérito policial encontram-se no Ministério Público Federal desde março/2018, é sabido que existe um trâmite interno normatizado pela Resolução 63, de 26/6/2009, do Conselho Nacional de Justiça, a qual dispõe sobre a tramitação direta dos inquéritos policiais entre a Polícia Federal e o Ministério Público Federal, e que consiste em idas e vindas dos autos entre as aludidas autoridades, sem necessidade de intervenção do Poder Judiciário, o que leva a crer que os autos não ficaram simplesmente inertes no período compreendido das investigações.

[...]

Para mim, o excesso de prazo é evidente na hipótese em análise. No caso, de acordo com as informações prestadas pelo Delegado de Polícia Federal (fl. 1.040 – grifo nosso):

[...] Inquérito policial 414/2015 - DELECOR/SR/PF/SP (Operação Custo Brasil), Processo 00118811-1.2015.403.6181 - 6ª Vara Criminal Federal - São Paulo - foi encerrado em *09 de abril de 2018*, conforme cópias que seguem (Ofício 5.419/2018 e Memorando 3.720/2018).

Os autos físicos do Inquérito foram entregues à 6ª Vara Federal Criminal há quase um ano, em 13/03/2018 (recibo anexo).

No encerramento da investigação foi informado à Justiça Federal que **“a Polícia Federal não tem mais interesse na análise de referidos materiais para os fins desta investigação” e “não havendo mais diligências a serem realizadas e já formalizadas as suspeitas na esfera policial quanto à ocorrência de crimes e respectivas autorias, encerramos o presente inquérito”**.

[...]

O Ministério Público Federal, por sua vez, nos esclarecimentos prestados apenas menciona que o paciente *foi indiciado junto a outros quatorze investigados por corrupção passiva, tráfico de influência e organização criminosa nos autos do Inquérito Policial n. 0011881-11.2015.403.6181, já relatado e atualmente sob análise para oferecimento de denúncia* (fl. 1.054).

Com efeito, extrai-se do trecho acima transcrito que, desde que o inquérito em questão deu entrada no *Parquet*, não foram adotadas outras providências ou diligências.

Não posso concordar com a opinião externada pelo Tribunal Regional de que os autos não ficaram simplesmente inertes no período indicado pelos impetrantes (fl. 1.029). Explico.

O procedimento investigatório foi instaurado no dia 14/12/2015 e encerrado pela autoridade policial em 9/4/2018. Pelo que constatei das recentes informações prestadas, desde então, o feito aguarda providências pelo órgão acusatório. Observa-se da movimentação processual que o único impulsionamento processual se deu em 5/11/2018, ocasião em que prestadas as informações ao Tribunal de origem.

Na minha compreensão, o constrangimento ilegal está caracterizado, uma vez que o Ministério Público Federal, aqui, não esclareceu o motivo da demora de mais de um ano para o oferecimento da peça acusatória ou adoção qualquer outra ação processual. Alie-se a isso o fato de outras três denúncias, relacionadas aos mesmos fatos sob investigação, já terem sido oferecidas em desfavor de outros indiciados no ano de 2016.

Concedo a ordem para trancar o referido inquérito policial em relação ao paciente.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz: Senhor Presidente, eminentes pares,

Dercio Guedes de Souza alega sofrer constrangimento ilegal em decorrência de decisão proferida por Desembargador do *Tribunal Regional Federal da 3ª Região*, que indeferiu pedido de liminar em *habeas corpus* lá impetrado, por meio do qual se pleiteava fossem suspensos os atos praticados no Inquérito n. 0011881-11.2015.4.03.6181.

Neste *writ*, objetiva a defesa o *trancamento de inquérito policial*, sob o argumento de excesso de prazo para oferecimento de denúncia, na medida

em que perdura por dois anos, com relatório final apresentado há mais de oito meses, sem que o Ministério Público Federal haja requerido diligência ou oferecido denúncia.

O Ministro Sebastião Reis Júnior concede a ordem para trancar o referido procedimento administrativo investigatório.

Embora, como destacou o relator, *o inquérito policial haja permanecido paralisado com o Ministério Público por mais de dois anos, sem nenhuma movimentação, e, posteriormente, diligências complementares hajam sido solicitadas* – circunstância que evidencia a ausência de oferecimento de denúncia ou de novo pleito de arquivamento do procedimento investigatório até o momento – *não identifique elementos suficientes para determinar a excepcional providência do trancamento do inquérito policial*. Em complementação ao voto oral sintético ofertado em sessão, aduzo o que se segue.

No âmbito do sistema penal, incluída a fase administrativa inquisitorial, desde o advento da atual Constituição, muito se avançou do ponto de vista normativo e de práticas judiciais, rumo ao estabelecimento de um sistema de garantias e direitos em benefício das liberdades públicas do investigado e acusado na persecução penal.

Sem embargo, nesse contexto, tem de haver um equilíbrio entre, de um lado, os justos anseios da sociedade por um grau maior de eficiência do sistema punitivo, com a diminuição do nível de morosidade dos processos e de impunidade dos autores de condutas criminosas e, de outro, a não menos cara aspiração de que a atividade repressora do Estado jamais se afaste das conquistas civilizatórias que a qualificam e condicionam como formal e substancialmente legítima.

O ponto de referência na solução dos casos concretos deve ser aferido pelas normas (princípios e regras) constitucionais, que permeiam as duas proposições contrapostas – exercício do direito punitivo e proteção da liberdade humana.

Nessa perspectiva, destaca-se, entre os direitos do *acusado*, o de ser *juogado em prazo razoável*. Deveras, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) confere à pessoa acusada em processo criminal o “[...] *direito a ser julgada dentro de um prazo razoável* [...]” (art. 7º, item 5), ideia também presente nas Constituições de alguns países, como a Espanha, e em outros tratados e convenções internacionais, como o Pacto de Nova York (Decreto n. 592/1992, art. 9º, item 3). Fala-se assim em direito a um processo *sem dilações indevidas*, que não se prolongue mais do que o necessário para o cumprimento de suas funções e objetivos por razões injustificadas.

Em nossa normativa Constitucional, a regra foi introduzida pela reforma de 2004 (EC 45) na Carta Maior, em seu art. 5º, inc. LXXVIII, *verbis*: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Na aplicação desse dispositivo, os tribunais têm procurado seguir os critérios oriundos da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, onde, para aferir a razoabilidade ou a irrazoabilidade do prazo excedido pelo Estado reclamado na condução dos processos criminais, verificam-se fatores como: (a) as circunstâncias particulares de cada caso e a complexidade do litígio; (b) a conduta processual das partes ou, mais proximamente, do acusado; (c) a atuação das autoridades responsáveis pela condução do processo, sejam elas administrativas ou judiciais.

No Brasil, boa parte dos tribunais e da doutrina tem sido muito tolerante com o excesso injustificado dos prazos processuais, *mesmo nas situações em que o acusado está preso* – não raros os processos em que a prisão cautelar se prolongam por vários anos sem que se chegue a julgamento nem sequer no primeiro grau. Costumam-se invocar argumentos como (a) excessivo número de acusados; (b) imensa quantidade de testemunhas para serem ouvidas; (c) complexidade da matéria envolvida; (d) ou mesmo razões de força maior.

Todavia, alguns julgados estendem essa garantia *processual* à fase do inquérito policial, o que, em princípio, é válido e consentâneo aos objetivos do sistema de garantias penais, o que há de ocorrer com prudência.

Concordo inteiramente com o relator ao afirmar que o inquérito policial, quando no seu curso se realizam atos concretos de perturbação da liberdade jurídica do indivíduo, deve ser sujeito a um controle jurisdicional e que o próprio indiciamento se configura ato de constrangimento.

Aliás, *em casos específicos*, esta Corte reconheceu o excesso de prazo para a conclusão do inquérito, isto é, a existência de demora que não encontraria justificativa razoável diante do caso concreto, sobretudo em razão do grande tempo decorrido desde a instauração do procedimento sem que as investigações se ultimassem.

Contudo, tem-se compreendido que o decurso do tempo não é algo matemático, exato ou certo, mas há que ser considerável frente ao caso *sub examine*.

Nesse sentido:

[...]

Embora a garantia da razoável duração do processo vigore no apuratório pré-processual, o excesso de prazo não se configura com a mera passagem aritmética do tempo, mas sim quando a inércia da acusação evidenciar a patente ausência de justa causa para a manutenção da apuração pela impossibilidade de obtenção de elementos que eventualmente venham a corroborar a narrativa acusatória. 6. Havendo elementos indiciários mínimos de materialidade e autoria e possibilidade em tese da existência do delito, não cabe o trancamento de inquérito por excesso de prazo. [...] (AgRg no Inq n. 1.088/DF, Rel. p/acórdão Ministra Nancy Andrigli, Corte Especial, DJe 22/03/2009).

Pois bem. Os precedentes deste Tribunal Superior que determinaram o trancamento do inquérito policial têm em comum lapsos que variam de cinco a dez anos de investigação sem nenhum resultado, como, *v. g.*, no *HC n. 482.141/SP*, de relatoria do Ministro *Sebastião Reis Júnior* (6ª T., DJe 24/4/2019), em que concluiu: “até o momento, passados quase 10 anos, o inquérito não reuniu os elementos probatórios necessários para formação da *opinio delicti* e não há nenhuma perspectiva de chegar a seu fim”.

Deve ser considerado, ainda, que nessa avaliação também importa perscrutar a condição do investigado – se solto ou preso, se indiciado ou não –, bem como as circunstâncias e a complexidade para a elucidação do crime, sobretudo quando há inúmeros suspeitos ou estão envolvidas organização criminosa, práticas delituosas transfronteiriças etc. Por isso, mesmo em caso no qual houve o decurso de mais de oito anos desde o início das investigações, esta Corte decidiu:

Recurso em *habeas corpus*. Sequestro e homicídio qualificado. Excesso de prazo para a conclusão do procedimento investigatório. Não ocorrência. Recurso não provido.

1. É entendimento consolidado nos tribunais que os prazos indicados na legislação processual penal para a conclusão dos atos processuais não são peremptórios, de modo que eventual demora no julgamento do recurso de apelação deve ser aferida levando-se em conta as peculiaridades do caso concreto.

2. *Embora se identifique o decurso de mais de oito anos desde a instauração do inquérito policial, noto que os crimes apurados são gravíssimos e complexos, cuja apuração demora, é bem verdade, mas não a ponto de impor a cessação da atividade investigatória do Estado, sobretudo porque não houve restrição à liberdade do recorrente e o prazo prescricional está longe de ser alcançado.*

3. Recurso não provido (*RHC n. 74.078/MG*, Rel. p/acórdão Ministro *Rogério Schietti*, 6ª T, DJe 18/2/2019, destaquei).

Na hipótese dos autos, observo que *a investigação é complexa e envolve apuração de crimes objeto da 18ª fase da Operação Lava Jato*. Noto, ainda, que foram produzidos relatórios parciais dos fatos até então investigados. Segundo o *Parquet* que atua no caso (fl. 65):

8. Quando da apresentação do segundo relatório parcial, a Polícia Federal informou que iniciaria, naquele momento, a análise do material apreendido no endereço residencial de *Paulo Bernardo Silva*, diligência ainda não concluída [cf. fls. 4.389/4.390 do IPL].

9. Portanto, embora os autos estejam com o MPF desde 05.03.2018 [cf. fls. 4.503], as investigações não se encontram paralisadas, restando, no mínimo, a conclusão da verificação do material suprarreferido.

Além disso, destacou (fl. 66):

[...]

12. Nesses termos, parece adequada a atividade persecutória que, num lapso de pouco mais de 03 anos, produziu 21 volumes de informações relevantes para a apuração da responsabilidade penal dos envolvidos, e que fundamentaram, repise-se, 03 denúncias contra mais de 20 pessoas.

Ora, a partir de *inquérito que durou pouco mais de três anos, instaurado em dezembro de 2015* – relativo a fatos graves, decorrentes de uma operação policial nacionalmente conhecida, que envolvem criminalidade complexa de “colarinho branco” – em que já houve denúncia em relação a vários acusados, entendendo prematura e não conforme ao Direito obstruir o curso da investigação, privando o Ministério Público, como titular da ação penal e representante dos interesses sociais envolvidos, de formar sua *opinio delicti* e a partir daí decidir pelo oferecimento de denúncia ou pelo arquivamento do inquérito.

Posto isso, peço a mais respeitosa vênia para *denegar a ordem*.

VOTO VENCIDO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Senhor Presidente, depois de ouvir atentamente as ponderações dos advogados e o voto do Relator, não estou convencida de que há demora injustificada que justificasse o trancamento do inquérito policial.

O inquérito policial, aliás, já foi encerrado. A demora de que reclama o Paciente é do Ministério Público. Ao meu sentir, *concessa venia*, esse precedente

é muito perigoso. Quem de nós não tem processos a serem julgados com mais de 1 ou 2 ou mais anos? Trabalhamos pouco? Por essa demora vamos concluir pelo trancamento das ações penais ou inquéritos em andamento? Não me parece uma solução razoável, tampouco proporcional. Mesmo admitindo que o princípio constitucional da duração razoável do processo deva incidir inclusive na fase administrativa, pré-processual, este Tribunal só tem trancado inquéritos com prazos exorbitantes, sem nenhum elemento indiciário coligido, sem nenhuma expectativa de encerramento.

No caso em apreço, não é isso que se tem. O inquérito, repito, já está encerrado. Envolve, como é notório, uma investigação complexa, com vários envolvidos, inúmeras diligências concluídas. O Ministério Público oficiante não tem a mesma estrutura que temos aqui no STJ. Não vejo como, diante de uma demora mais do que justificada, concluir por trancar o inquérito.

Assim, com as devidas vênias, acompanho *in totum* as ponderações levantadas pelo voto discordante do Ministro Schietti.

HABEAS CORPUS N. 488.129-PR (2019/0001850-5)

Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro

Impetrante: Pedro Henrique Ribeiro dos Santos e outro

Advogados: Pedro Henrique Ribeiro dos Santos - PR080346

Fernando Campos Beraldo - PR081156

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Paciente: Jean Carlos dos Santos (Preso)

EMENTA

Processual Penal. *Habeas corpus*. Homicídio qualificado. Nulidade. Art. 366 do Código de Processo Penal. Determinação de antecipação de provas. Ausência de nomeação de defensor para o ato. Nulidade absoluta configurada. Excesso de prazo. Não ocorrência. Ordem parcialmente concedida.

1. Nos termos do enunciado n. 523 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, “no processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”. No caso, a ausência de nomeação de defensor ao paciente, por ocasião da realização das audiências de colheita antecipada de provas, deixou-o indefeso, em patente prejuízo e ofensa aos postulados do contraditório e da ampla defesa.

2. A aferição do excesso de prazo reclama a observância da garantia da duração razoável do processo, prevista 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.

3. O alegado excesso de prazo em virtude de reconhecimento de nulidade não pode ser apreciado como mera relação de causa e efeito, ou seja, o reconhecimento de eventual nulidade do processo não implica, automaticamente, o relaxamento da prisão por excesso de prazo.

4. Ordem parcialmente concedida para reconhecer a nulidade do processo, em relação ao paciente, a partir das audiências de colheita antecipada de provas sem a presença de defensor do paciente. Recomendação expedida.

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 parcialmente a ordem, com recomendação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Sustentou oralmente o Adv. Pedro Henrique Ribeiro dos Santos, pela parte paciente: Jean Carlos dos Santos

Brasília (DF), 26 de março de 2019 (data do julgamento).

Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Relator

DJe 24.4.2019

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro: Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em benefício de *Jean Carlos dos Santos* apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (HC n. 0052120-72.2018.8.16.0000).

Colhe-se dos autos que o paciente foi denunciado pela prática, em tese, dos crimes previstos nos arts. 121, § 2º, I e IV, e 121, § 2º, I e IV, c/c o art. 14, II, do Código Penal, tendo sido decretada sua prisão preventiva (e-STJ fls. 56/59).

Por não ter sido o paciente localizado, foi citado por edital, não comparecendo nem constituindo advogado, razão pela qual foi decretada a suspensão do processo e do prazo prescricional, e ainda determinada a antecipação de provas (e-STJ fls. 73/74).

Posteriormente, o paciente teria sido preso em outra comarca e apresentado resposta à acusação por meio de defensor constituído (e-STJ fls. 108/109), vindo a ser pronunciado por meio da decisão colacionada às e-STJ fls. 140/155.

Irresignada, a defesa impetrou prévio *writ*, pugnando pelo reconhecimento de nulidade das audiências realizadas em 25/4/2016 e 30/5/2016, bem como pelo relaxamento da prisão por excesso de prazo. A ordem foi denegada, em acórdão cuja ementa foi assim definida (e-STJ fl. 32):

Habeas corpus. Homicídios qualificados, consumado e tentado, em coautoria (artigos 121, § 2º, incisos I e IV, art. 121, § 2º, incisos I e IV, c.c art. 14, inc. II e art. 70, 2ª parte, todos do CP). Nulidade desde a realização de duas audiências de oitiva de testemunhas por ausência de defesa técnica. Inocorrência. Réu declarado revel, com suspensão do processo e do curso do prazo prescricional. Depoimentos colhidos em sede de produção antecipada de provas. Posterior prisão do acusado, que constituiu advogado e exerceu plenamente sua defesa. Ausência de efetivo prejuízo. Excesso de prazo, de consequência, não constatado. Ordem denegada.

Neste *writ*, alegam os impetrantes que o paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal, em razão de nulidade processual absoluta pela produção

antecipada de provas com a realização de audiências de oitiva de testemunhas sem a nomeação de defensor para o paciente, em desrespeito ao disposto na Súmula n. 523 do Supremo Tribunal Federal.

Sustentam, nesse sentido, que, “ao determinar a antecipação das provas, deveria a magistrada de primeiro grau nomear um defensor dativo para o paciente, para, ao menos, acompanhar os atos processuais (duas audiências de instrução), o que não fez no caso em comento, pois, conforme se depreende das atas de audiências [...], a produção de provas se deu de forma inconstitucional, tendo em vista que o paciente não possuía defesa no momento em que foram colhidas as provas antecipadas, pelas atas ainda nota-se que: *o paciente sequer foi apregoadado nas audiências*” (e-STJ fl. 14).

Ponderam que “houve desrespeito ao verbete da súmula n. 523 do Supremo Tribunal Federal, ante a ausência de defesa técnica em favor do paciente” (e-STJ fl. 26), e asserem, outrossim, a necessidade de relaxamento da prisão por excesso de prazo, pois “já se passaram mais de dois anos [desde a prisão do paciente] e a instrução processual não foi realizada” (e-STJ fl. 27).

Requerem a concessão de liminar para anular o processo a partir da audiência de oitiva de testemunhas e o relaxamento da prisão em razão do excesso de prazo da instrução. No mérito, pugnam pela concessão da ordem para anular o processo a partir da audiência realizada em 25/4/2016, expedindo-se alvará de soltura em benefício do paciente.

A liminar foi indeferida, às e-STJ fls. 194/195, pelo Ministro Presidente.

As informações foram prestadas às e-STJ fls. 198/284.

O Ministério Público Federal, às e-STJ fls. 287/290, manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro (Relator): Como visto, pretende a defesa o reconhecimento de nulidade por cerceamento de defesa, haja vista que o paciente teria ficado indefeso por ocasião das audiências de colheita antecipada de provas, e, ante o reconhecimento da nulidade, o relaxamento da prisão por excesso de prazo.

Acerca do tema, assim consignou o Tribunal de origem (e-STJ fls. 34/36):

O paciente *Jean Carlos dos Santos* encontra-se preso preventivamente desde 04.01.2017. Foi pronunciado pela prática de crimes de homicídios qualificados, um consumado e um tentado, em coautoria, mediante disparos de arma de fogo.

A alegação de nulidade processual desde a realização das audiências de instrução nas datas de 25.04.2016 e 30.05.2016 não procede.

Pois bem.

Em 17.02.2016, o magistrado singular, considerando que o ora paciente, citado por edital, não havia comparecido ao processo e nem constituído advogado, determinou a suspensão do processo e do prazo prescricional (art. 366, do CPP). Ainda, acolhendo requerimento do Ministério Público, deferiu a produção antecipada de provas “por medida de celeridade e economia processual, tendo em vista que o feito será instruído em relação aos demais réus, sem qualquer prejuízo de eventual repetição e/ou complementação mediante requerimento justificado de defensor constituído pelo acusado, após localização” (mov. 117.1).

Assim, verifica-se que por ocasião das referidas audiências, o processo estava suspenso com relação ao paciente.

Após a notícia de sua prisão, em 04.01.2017 (mov. 328), *Jean Carlos* foi regularmente intimado, constituiu advogado e apresentou resposta a acusação, exercendo plenamente sua defesa. Insurgiu-se com relação à citação ficta e requereu a inépcia da denúncia, o que foi afastado pelo magistrado.

Assim, em que pese a ausência de nomeação de advogado para o ato, não há como se considerar tenha havido efetivo prejuízo à defesa.

Na sentença de pronúncia, aliás, o magistrado assim se manifestou sobre a referida arguição:

“Noutro giro, a antecipação de provas é incontestavelmente permitida no Direito Brasileiro, e tem o condão de evitar que informações importantes caiam no esquecimento, como pode ocorrer na prova testemunhal.

Ademais, reconhecer prejuízo na ausência de um defensor de confiança como propôs a defesa, seria um retrocesso. Por esta razão, afasto a preliminar suscitada” (mov. 582.1).

Sobre o tema, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

(...) 5. Conforme o disposto no art. 366 do CPP, “se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal”. Ainda, a Súmula 455 do STJ estabelece que “a decisão que determina a produção antecipada de provas com base no art. 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo”.

6. No caso dos autos, o recorrente não foi encontrado, de modo que, citado por edital e suspenso o processo nos termos do art. 366 do Código de Processo Penal, o Juízo de primeiro grau, demonstrando fundamentadamente a necessidade da produção antecipada de provas, apontou motivos concretos indicativos da medida de natureza cautelar, visando assegurar a descoberta da verdade real, considerado, inclusive, o compartilhamento das testemunhas dos demais corréus.

7. Segundo entendimento pacífico desta Corte Superior, a vigência no campo das nulidades do princípio *pas de nullité sans grief* impõe a manutenção do ato impugnado que, embora praticado em desacordo com a formalidade legal, atinge a sua finalidade, restando à parte demonstrar a ocorrência de efetivo prejuízo, o que não ocorreu no presente caso.

8. Recurso não provido (RHC 93.509/MG, Rei. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 02/08/2018, DJe 15/08/2018).

De conseqüência, não se constatando a aventada nulidade processual, não há que se falar em excesso de prazo na prisão.

Os réus foram pronunciados em 23.07.2018 (mov. 582.1), e houve interposição de recurso em sentido estrito, ora em tramitação.

À face do exposto, define-se o voto pela denegação da ordem.

Penso não assistir razão à Corte de origem.

Com efeito, dispõe o enunciado n. 523 da Súmula do Supremo Tribunal Federal que, “no processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”.

No caso, verifica-se que a ausência de nomeação de defensor ao paciente, por ocasião da realização das audiências de colheita antecipada de provas (e-STJ fls. 77/78 e 80/81), deixou-o indefeso, em prejuízo que se revela patente.

De fato, consoante o disposto no art. 366 do CPP, “se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312”.

No entanto, é inequívoca a necessidade de estarem presentes ao ato o Ministério Público e um defensor nomeado, preservando-se o contraditório e a ampla defesa.

Nesse sentido, inclusive, prevê o art. 261 do Código de Processo Penal:

Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.

A ausência de defesa do paciente, pois, para as audiências de antecipação de provas, importa o reconhecimento de nulidade do ato em relação ao paciente, mormente quando se constata que tais procedimentos não foram renovados após a devida citação do paciente e constituição de defesa, não obstante a ressalva do Juízo quando do deferimento da antecipação, no seguinte sentido (e-STJ fl. 73):

Quanto à requerida pelo Ministério Público, tal providência, por antecipação de provas defiro medida de celeridade e economia processual, tendo em vista que o feito será instruído em relação aos demais réus, *sem qualquer prejuízo de eventual repetição e/ou complementação mediante requerimento justificado de defensor constituído pelo acusado, após localização.* (Grifei.)

Por outro lado, no que concerne ao alegado excesso de prazo da prisão, melhor sorte não socorre o paciente.

Isto porque, a meu ver, o apontado excesso de prazo em virtude do reconhecimento da nulidade anteriormente apontada não pode ser apreciado como mera relação de causa e efeito. Em outras palavras, o reconhecimento da nulidade não implica, automaticamente, o relaxamento da prisão por excesso de prazo.

Nesse sentido:

Processual Penal. *Habeas corpus*. Art. 157, § 2º, incisos I e II, do CP. Alegação de violação ao princípio do juiz natural. Órgão julgador. Convocação de juízes de primeiro grau realizada de forma irregular. Nulidade. Ocorrência. Pedido subsidiário prejudicado.

I - A Terceira Seção desta Corte, em julgamento do HC 108.425/SP, de relatoria do e. Min. Og Fernandes, DJe de 12/11/2008, firmou entendimento no sentido de que é irregular a convocação de juízes de primeiro grau, como vem sido realizada pelo e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, para atuação em segunda instância, quando efetivada através de sistema de voluntariado, e com a finalidade de composição de Câmaras Extraordinárias, pois desta forma restam atribuídas a juízes de primeiro grau funções privativas de desembargadores, em ofensa ao princípio do Juiz Natural (art. 5º, incs. XXXVII e LIII, da CF)

II - Tais irregularidades não se verificam na hipótese de convocação através de sistema de concurso de remoção entre os magistrados da mais alta entrância do

primeiro grau (art. 72, *caput*, da Constituição do Estado de São Paulo), e para o fim de atuação em substituição de desembargadores (arts. 107 e 118, *caput*, da Lei n. 35/79).

III - No presente caso, tendo em vista que a convocação dos juízes de primeiro grau que atuaram no julgamento se deu de forma irregular, é imperioso o reconhecimento da nulidade do v. acórdão atacado.

IV - A nulidade do julgamento do v. acórdão hostilizado não tem o condão de automaticamente garantir ao paciente o relaxamento da custódia cautelar, sobretudo quando a alegação de excesso de prazo sequer foi examinada pelo e. Tribunal *a quo*. Assim, a análise da questão por esta Corte configuraria indevida supressão de instância.

V - Reconhecida a nulidade do v. acórdão atacado, fica prejudicado o pedido subsidiário de afastamento da causa de aumento relativa ao emprego de arma de fogo.

Ordem parcialmente concedida.

(HC 133.592/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 13/08/2009, DJe 28/09/2009, grifei)

Como é cediço, a aferição do excesso de prazo reclama a observância da garantia da duração razoável do processo, prevista 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.

No caso, a prisão do paciente ocorreu em 4/1/2017. Assim, tendo em conta a gravidade dos fatos apurados, bem como a impossibilidade de precisar o período necessário à renovação dos atos processuais viciados, tenho que não está configurado, por ora, o constrangimento ilegal por excesso de prazo da prisão.

Ante o exposto, *concedo parcialmente a ordem*, para reconhecer a nulidade do processo, em relação ao paciente, a partir das audiências de colheita antecipada de provas sem a presença de defensor do paciente.

Determino, ainda, a expedição de recomendação ao Juízo de primeira instância, a fim de que tome as providências cabíveis no sentido de promover a maior celeridade possível ao processo.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 493.192-SC (2019/0041091-0)

Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz

Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina

Advogados: Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina
Vinícius Motta Scaliante - PR069456

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

Paciente: Vagner Oliveira Ventura da Silva

EMENTA

Habeas corpus. Art. 12 da Lei n. 10.826/2003. Sete munições desacompanhadas de armamento. Tipicidade formal e material. *Habeas corpus* denegado.

1. A posse ilegal de munição, por si só, configura o crime do art. 12 da Lei n. 10.826/2003, delito de perigo abstrato que presume a ocorrência de risco à segurança pública e prescinde de resultado naturalístico à integridade de outrem para ficar caracterizado.

2. A Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça alinhou-se ao entendimento da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal e passou a aplicar o princípio da insignificância em situações excepcionais, de posse de ínfima quantidade de munições e de ausência do artefato capaz de dispará-las, aliadas a elementos acidentais da ação que evidenciem a total inexistência de perigo à incolumidade pública.

3. Embora possível, a aplicação do “princípio da insignificância não pode levar à situação de proteção deficiente ao bem jurídico tutelado. Portanto, não se deve abrir muito o espectro de sua incidência, que deve se dar apenas quando efetivamente mínima a quantidade de munição apreendida, em conjunto com as circunstâncias do caso concreto, a denotar a inexpressividade da lesão” (HC n. 458.189/MS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 28/9/2018).

4. *In casu*, como a polícia apreendeu as sete munições durante cumprimento de mandado de prisão e o paciente ostenta condenação por crime de latrocínio perpetrado com arma de fogo não localizada, compatível com o calibre das munições encontradas, é forçoso

reconhecer que não está evidenciado o diminuto grau de reprovabilidade do comportamento, a atrair a aplicação do princípio da insignificância. A ação praticada por agente de alta periculosidade reduz de forma relevante o nível de segurança pública, bem tutelado pelo art. 12 da Lei de Armas, razão pela qual não há falar em atipicidade material da conduta.

5. *Habeas corpus* denegado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, denegar a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 09 de abril de 2019 (data do julgamento).

Ministro Rogerio Schietti Cruz, Relator

DJe 25.4.2019

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz: *Vagner Oliveira Ventura da Silva* alega sofrer coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo *Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina* (Apelação n. 0005489-92.2016.8.24.0008).

O réu foi condenado a 1 ano de detenção, em primeiro grau, pela prática do crime previsto no art. 12, da Lei n. 10.826/2003. A pena foi substituída por uma restritiva de direitos.

A impetrante busca, em síntese, a absolvição no tocante ao crime descrito no art. 12 do Estatuto do Desarmamento, em razão da atipicidade material da conduta imputada, *porquanto insignificante a posse de 7 munições de uso permitido no contexto específico dos autos, qual seja, a munição encontrava-se isolada (desacompanhada de arma de fogo ou de outro acessório) e impossibilitada de ser utilizada de qualquer forma.*

Requer (fl. 16, grifei) “*seja declarada a ilegalidade do acórdão impugnado para o fim de absolver o paciente*”.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz (Relator): O paciente, no momento em que policiais “foram cumprir um mandado de prisão temporária” (fl. 122) em sua residência, foi surpreendido na posse de sete munições intactas, calibre .38, em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Os projéteis “estavam em uma caixa em cima do guarda roupa em um dos quartos do apartamento” e o “mandado de prisão era em razão do [suposto] envolvimento dele em um latrocínio” (fl. 123).

A Corte local não reconheceu a aplicação do princípio da insignificância, porquanto (fl. 179, destaquei):

[...] Nesse viés, além de a quantidade não ser inexpressiva, o réu, no momento em que foram encontradas as munições, encontrava-se num contexto de prática de outro delito (autos n. 0001508-83.2016.8.24.0031). Em análise ao respectivo processo, depreende-se que ora acusado inclusive fora lá condenado pelo cometimento do crime de latrocínio, e a arma utilizada no referido delito seria compatível com as munições encontradas em sua posse.

A orientação deste Superior Tribunal é firme em assinalar que a *posse ilegal de munição desacompanhada da respectiva arma de fogo* configura o crime do art. 12 da Lei n. 10.826/2003, delito de perigo abstrato que presume a ocorrência de risco à segurança pública e prescinde de resultado naturalístico à incolumidade física de outrem para ficar caracterizado. Por isso, a atipicidade material somente poderá ser reconhecida quando, de antemão, se verificar que o comportamento não é capaz de ameaçar de forma relevante o interesse tutelado pela norma penal.

No julgamento do *REsp n. 1.699.710/MS*, Rel. Ministra *Maria Thereza de Assis Moura*, e do *AgInt no REsp n. 1.704.234/RS*, Rel. Ministro *Sebastião Reis Júnior*, a Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, em caso de crime de *posse de munição*, alinhou-se ao entendimento da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal e passou a admitir a incidência do princípio da insignificância em situações específicas, quando a *ínfima quantidade de projéteis*,

a ausência do artefato capaz de dispará-los e os demais elementos acidentais da conduta evidenciarem a inexistência total de probabilidade de perigo à paz social.

Confira-se:

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, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 13/11/2017, destaquei)

Conquanto seja possível, excepcionalmente, reconhecer a atipicidade material dos crimes em apreço, em consonância com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Direito Penal, a “incidência do princípio da insignificância *não pode levar à situação de proteção deficiente ao bem jurídico tutelado.* Portanto, não se deve abrir muito o espectro de sua incidência, que *deve se dar apenas quando efetivamente mínima a quantidade de munição apreendida, em conjunto com as circunstâncias do caso concreto, a denotar a inexpressividade da lesão*” (HC n. 458.189/MS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 28/9/2018, destaquei).

Ilustrativamente, *mutatis mutandis*:

4. Como o recorrente é reincidente (condenado por tentativa de roubo circunstanciado pelo emprego de arma de fogo e concurso de agentes, homicídio e tráfico de drogas) e foi preso em via pública com cinco munições de uso permitido, durante descumprimento de prisão domiciliar com monitoração eletrônica, é forçoso reconhecer que não está evidenciado o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento, a atrair a aplicação do princípio da insignificância. A ação desacompanhada de arma de fogo, praticada por agente de alta periculosidade e que possui três execuções penais em curso reduziu de

forma relevante o nível de segurança pública, bem tutelado pelo art. 14 da Lei de Armas, razão pela qual não há falar em atipicidade material da conduta.

5. Recurso especial não provido.

(REsp n. 1.772.387/CE, Rel. Ministro Rogério Schietti, 6ª T., DJe 20/2/2019).

Para entender-se pela absolvição do réu, devem estar presentes a mínima ofensividade da conduta, nenhuma periculosidade social da ação, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica ocasionada.

Como o legislador optou por punir a posse ou o porte ilegal de munição, isoladamente, e o art. 12 da Lei de Armas não foi declarado inconstitucional, somente pode ser considerada materialmente atípica a conduta incriminada quando for praticada por agente que, *em condições peculiares*, não represente *nenhum perigo à incolumidade pública*, porque, por exemplo, guardava um cartucho da Segunda Guerra Mundial que pertenceu a um ascendente, enterrou ínfima quantidade de projéteis no quintal de seu sítio, descaracterizou a própria natureza do artefato, ao utilizá-lo em obra de arte ou como chaveiro etc. Nesses casos, é patente a desproporcionalidade da resposta penal a um conduta irrelevante do ponto de vista delitivo.

Na hipótese, não está evidenciado o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento. O agente foi flagrado com os projéteis durante cumprimento de ordem de prisão temporária, por suspeita da prática de crime de latrocínio. Não “quis dar muitas informações a respeito” dos fatos (fl. 123). De acordo com a moldura fática do aresto, “o acusado inclusive fora [...] condenado pelo cometimento do crime de latrocínio, e a arma utilizada no referido delito seria compatível com as munições encontradas em sua posse” (fl. 179).

Consta do aresto estadual que o artefato utilizado no latrocínio não foi localizado, mas “sua compatibilidade com a munição aqui encontrada depreende-se do laudo pericial lá elaborado (p. 350/358, autos n. 0001508-83.2016.8.24.0031)” (fl. 180).

Logo, na conjuntura fática apresentada, *a simples posse ilegal de sete munições por agente de alta periculosidade*, pois possui *condenação por latrocínio*, mesmo sem armamento de fogo a pronto alcance, reduziu de forma relevante o nível de segurança pública, bem tutelado pelo art. 12 da Lei de Armas, afigurando-se, formalmente e materialmente, típica a conduta. É impossível concluir pela total inexistência de perigo à segurança pública.

À vista do exposto, *denego o habeas corpus*.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 100.709-SP (2018/0178031-7)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Recorrente: Daniel Palmeira de Lima

Advogados: Ismar Marcílio de Freitas Junior - SP054393

 Ismar Marcílio de Freitas Neto - SP282833

 Pedro Augusto de Padua Fleury - SP292305

Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Processual Penal. Fraude em licitação, formação de cartel, corrupção ativa e organização criminosa. Quebra do sigilo telemático. Fundamentação *per relationem*. Possibilidade. Art. 22, parágrafo único, inciso III, do Marco Civil da Internet. Inaplicável no caso. Prazo máximo limite para o acesso a mensagens eletrônicas constantes da caixa de e-mail do investigado. Postulado da proporcionalidade. Período de quebra do sigilo semelhante ao da prática dos crimes, que se prolongou por vários anos. Legalidade da medida. Recurso desprovido.

1. Segundo entendimento desta Corte Superior de Justiça, inexistente nulidade na decisão que acolhe pedido indicando, como razões de decidir, os argumentos que constam do requerimento apresentado pela Acusação, desde que o órgão julgador apresente também fundamentação própria, expondo, ainda que sucintamente, as razões de sua decisão, o que, como se observa da decisão atacada, foi realizado pelo Juízo singular.

2. O art. 22 do Marco Civil da Internet indica o que deve conter no requerimento para o fornecimento de “registros de conexão” ou de “registros de acesso a aplicações de internet”, que são, em suma, informações de início e de término de uma conexão à internet ou de uso de determinada aplicação, incluindo o número do endereço IP utilizado. Não se aplica, assim, ao pedido de quebra de sigilo telemático, que busca, basicamente, a obtenção do conteúdo de comunicações privadas.

3. Considerando que a Lei n. 9.296/96 – moldada para a interceptação de comunicações contemporâneas (em que a captação se dá no momento em que são transmitidas) – não estabelece um prazo máximo limite para o acesso a mensagens eletrônicas constantes da caixa de e-mail da pessoa investigada, a análise da legalidade da medida deve ser feita à luz do postulado da proporcionalidade, que possui uma dupla faceta: contenção dos excessos do Poder Público e vedação da proteção deficiente.

4. O Tribunal local ressaltou que a Acusação teve acesso às comunicações realizadas entre 2008 e 2015. Como se vê, o período de quebra do sigilo é muito semelhante àquele em que teriam ocorrido os fatos criminosos, já que a denúncia registra que “[a]s fraudes detectadas durante a investigação datam do ano de 2009 e persistem até a presente data”.

5. Assim, em razão da prática duradoura de crimes, que se prolongou por vários anos, não se mostra desproporcional a quebra do sigilo telemático pelo período de 2008 a 2015, pois contemporâneo às práticas delitivas.

6. Recurso ordinário desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo no julgamento após o voto-vista antecipado do Sr. Ministro Nefi Cordeiro negando provimento ao recurso ordinário, sendo acompanhado pelos Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz e Antonio Saldanha Palheiro, e o voto do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior dando-lhe provimento, por maioria, negar provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Vencido o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro (voto-vista) e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 02 de abril de 2019 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por *Daniel Palmeira de Lima* contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, ao julgar a impetração originária (HC n. 2105463-67.2018.8.26.0000), denegou a ordem.

Consta nos autos que o Juízo de primeiro grau deferiu medida cautelar de quebra de sigilo telemático dos e-mails do Recorrente e de outros corrêus, “para investigação visando apurar o envolvimento das pessoas com a prática de fraude em licitação, formação de cartel, quadrilha ou bando, corrupção ativa, e participação em organização criminosa” (fl. 59).

Irresignada, a Defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal de origem, que denegou a ordem, nos termos da seguinte ementa (fl. 73):

Habeas Corpus. Quebra do sigilo telemático. Os artigos 5º, incisos LIV e LV, 129, incisos III e VIII, e 144, inciso IV, § 4º, da Constituição Federal, não tornam a investigação criminal exclusividade da polícia, nem afastam os poderes de investigação do Ministério Público. Fixada, em repercussão geral, tese assim sumulada: O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906.94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição.

MM Juíza que despachou decretando quebra do sigilo telemático empregando, para tal mister, manifestações do Ministério Público. Possibilidade. A técnica da motivação *aliunde*, ou *per relationem*, por meio da qual se agregam ao ato decisório as razões apresentadas em outra peça processual, é tolerável como medida de economicidade, até porque, caso destes autos, ficou resguardado o pleno exercício do direito ao contraditório. Julgados do col. STF e do e. STJ.

Violação do marco civil da internet. Período apurado anterior à vigência da lei. Magistrada que, ainda tenha subscrito despacho e ofício com datas equivocadas, atendeu reclamo do Ministério Público, que atendeu os pressupostos legais.

Constrangimento ilegal não visível *ictu oculi*, conhecimento excepcional, mas denegando a ordem.

Neste recurso, a Defesa alega que a decisão do Juízo de primeiro grau que autorizou a quebra do sigilo telemático foi genérica, “*sem a devida individualização de cada quebra de sigilo de e-mail relacionada à suposta participação de cada acusado nos crimes*”. Apesar de, naquela altura da investigação, houvesse nove investigados, a d. juíza resolveu decidir de baciada, no atacado, sem o cuidado de avaliar as situações concretas” (fl. 99).

Argumenta que esta Corte Superior entende ser possível a fundamentação *per relationem*; no entanto, sustenta que “o magistrado tem que colocar seu livre convencimento de maneira motivada *expondo os elementos concretos que o levaram a decidir daquela maneira*, evitando o ‘mero despacho’ ao levar aos autos seu entendimento” (fl. 104).

Afirma que “só se entende a decisão lendo o pedido do MP, sendo que, sem ele, não dá nem para saber, sequer, o que fora deferido. De tão vaga a decisão, o teor do ofício expedido, para os provedores de internet cumprirem o quanto se determinou, retrata os termos do pedido do MP, e não os da decisão” (fl. 107).

Também assevera que a necessidade de fundamentação das decisões judiciais já foi ressaltada nos autos do HC n. 428.558/SP pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura, então Relatora, em que foi garantido ao Recorrente o direito de responder ao processo-crime em liberdade. Alega que a falta de fundamentação também deve ser reconhecida neste recurso, agora em relação à decisão que autorizou a quebra do sigilo telemático.

Sustenta que a “d. magistrada de piso não estipulou o período da quebra. Deu carta branca para o Ministério Público devassar a vida inteira do Recorrente e dos outros investigados até 02/11/2015. Ou seja, aqui não só não se delimitou um período, como não se justificou a medida” (fl. 111).

Defende que não foi observado o que previsto no art. 22, parágrafo único, inciso III, da Lei do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014), pois, “[d] a simples leitura da inicial da Medida Cautelar, percebe-se que, *em nenhum momento*, o MP especificou o período pretendido da quebra em seu pedido, deixando-o ‘em aberto’, apenas apontando sua data final” (fl. 114).

Por fim, argumenta que o prejuízo seria evidente, já que “a decisão ora guerreada da d. magistrada de piso [...] fez com que os provedores de internet fornecessem *diretamente ao GAECO-SP* toda prova que deu alicerce à exordial acusatória apresentada no processo-crime n. 1010685-69.2017.8.26.0320, fazendo a Ação Penal se iniciar na Comarca de Limeira - SP” (fl. 117).

Requer o provimento do recurso, “para que seja reconhecida a nulidade da decisão de quebra de sigilo telemático e, como consequência, a ilicitude das provas dela provenientes” (fl. 118). Há pedido de sustentação oral.

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 144-151).

À fl. 156, a Defesa requereu urgência no julgamento do recurso.

As informações solicitadas ao Juízo de primeiro grau (fl. 159) foram juntadas às fls. 162-164.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): Ao requerer a quebra do sigilo telemático ao Juízo de primeiro grau, a Acusação consignou o seguinte (fls. 17-22):

A presente investigação visa apurar o envolvimento das pessoas citadas acima com a prática de fraude em licitação, formação de cartel, quadrilha ou bando, corrupção ativa, e participação em organização criminosa.

Na data de 06.05.2015 foi encaminhada notícia anônima ao Grupo de Atuação de Combate ao Crime Organizado - GAECO/Piracicaba contendo informações alusivas a conluio e superfaturamento em procedimentos licitatórios para aquisição de módulos organizacionais deslizantes pelas Câmaras Municipais de Leme e Iracemápolis.

Segundo investigações encetadas nos autos do Procedimento de Investigação Criminal - PIC n. 38.1093.0000017/2015-3 a empresa D. Palmeira de Lima Móveis EPP, de propriedade de Daniel Palmeira de Lima sagrou-se vencedora em diversos procedimentos licitatórios para fornecimento de módulos de arquivo deslizante para Câmaras Municipais no Estado de São Paulo.

Daniel Palmeira de Lima é Presidente da Câmara Municipal de Catanduva.

Foram identificados até o presente momento sete processos administrativos de aquisição de módulos de arquivos deslizantes para Câmaras Municipais (Iracemápolis, Itupeva, Louveira, Jaboticabal e Jacareí e Leme).

A empresa D. Palmeira venceu as licitações em Itupeva, Jaboticabal, Iracemápolis e Leme.

A empresa Arquivando venceu a licitação em Louveira.

Ocorre que a empresa Arquivando pertence a Edson Vando de Lima, sobrinho e ex-assessor do vereador Daniel Palmeira de Lima.

Agente do Ministério Público do Estado de São Paulo, fazendo-se passar por consumidor interessado no produto, entrou em contato, via e-mail, com a empresa Metalúrgica Ferraz registrada na junta comercial como Vitória Comércio de Móveis para Escritório solicitando uma cotação de preços.

Na resposta encaminhada constatou-se que a mensagem foi replicada à empresa Daniel Palmeira de Lima-ME.

Por fim, notas fiscais de aquisição dos bens pela empresa Arquivando aponta diferença substancial entre o preço da aquisição de treze armários de segurança (R\$10.000,00 - dez mil reais) e o valor de revenda à Câmara Municipal de Louveira (R\$135.980,00 - cento e trinta e cinco mil novecentos e oitenta).

O valor de referência da licitação é obtido por meio de cotações preliminares.

Há indícios de que as cotações preliminares que norteiam a licitação são superfaturadas.

Os endereços eletrônicos supramencionados foram fornecidos pelas empresas nos processos licitatórios analisados.

A Câmara Municipal de Iracemápolis é um dos órgãos públicos que adquiriu a mercadoria arquivo deslizando, o que autoriza a realização do presente pedido ao Juízo de Limeira.

Em suma, há indícios relevantes da ocorrência de fraude em licitação, venda superfaturada, formação de quadrilha, organização criminosa, crimes cuja pena máxima ultrapassa quatro anos de reclusão, havendo, portanto, necessidade de potencializar os elementos coligidos, razão pela qual se mostra imprescindível a obtenção de ordens judiciais para afastamento dos sigilos garantidos pela Legislação Brasileira, tais como o telemático.

Fundamento Jurídico

Diante dos documentos e declarações juntadas, nota-se que há verossimilhança de que algumas pessoas se associaram para praticar crimes apenados com reclusão, havendo indícios de que os suspeitos se utilizaram de empresas e pessoas físicas para lesar entes públicos terceiros e obter vantagem patrimonial ilícita. Há latente suspeita de que as pessoas investigadas tenham se utilizado de seus próprios endereços eletrônicos para combinar preços e propostas em licitação, razão pela qual, com fundamento no art. 1º, parágrafo único, da Lei 9.296/1996, art. 3º, inciso V, da Lei n. 12.850/2012 e art. 22, da Lei 12.965/2014, requer-se de Vossa Excelência o deferimento de ordem judicial determinando as empresas de fornecimento de serviço de webmail o seguinte:

1) O fornecimento de todas as mensagens eletrônicas existentes na caixa de mensagens (enviadas, recebidas, lixeira, rascunho e outras porventura criadas pelo usuário) até o dia 2 de novembro, arquivadas no servidor da empresa, devendo estas ser disponibilizado por meio eletrônico ou mídia diretamente ao Ministério Público do Estado de São Paulo - GAECO-Piracicaba).

2) O fornecimento dos dados cadastrais informados pelo usuário do correio eletrônico quando da criação da Conta de E-mail.

3) O fornecimento do histórico de IPs utilizados pelo usuário da Conta de E-mail.

4) a preservação de todas as mensagens existentes na Conta de E-mail do usuário/cliente pelos próximos 90 (noventa) dias a contar do dia 02 de novembro de 2015, para resguardar a prova para uso em futuro processo criminal.

Em 19/11/2015, o pedido foi deferido pelo Juízo de primeiro grau, nos seguintes termos (fls. 24-25):

Trata-se de pedido de quebra de sigilo telemático, formulado pelo Ministério Público/Gaeco, alegando, em resumo, que se trata de investigação fraudes em licitação, formação de cartel, corrupção ativa e organização criminosa, pelos motivos alegados na Petição Inicial e constantes dos documentos acostados.

Presentes os requisitos legais previstos na Lei 9.296/96, uma vez que a documentação trazida aos autos pelo Ministério Público comprova a presença de indícios suficientes de materialidade e autoria dos crimes ali referidos, bem como, não vislumbrando outras diligências prévias, senão as já realizadas, para obtenção de provas dos crimes investigados, entendendo suficientemente embasado o pedido de quebra/afastamento do sigilo das mensagens eletrônicas constantes das caixas de e-mails dos investigados (enviadas, recebidas, lixeira, rascunhos e outras pastas criadas pelos usuários), dos respectivos dados cadastrais dos e-mails, históricos dos IPs utilizados, a preservação das mensagens existentes nas caixas de e-mails a partir da data referida, 2 de novembro de 2015, razão pela qual *defiro* o pedido de afastamento dos sigilos requeridos, pois somente através dessa providência será possível apurar eventuais delitos acima mencionado e a respectiva autoria dos mesmos.

Expeça-se o necessário, determinando às empresas referidas que providenciem a remessa dos dados solicitados diretamente ao Ministério Público/GAECO, nos endereços de e-mail informados pelos Senhores Promotores de Justiça quando do encaminhamento dos ofícios judiciais expedidos.

O Tribunal de origem denegou a ordem no *writ* originário com base na seguinte fundamentação (fls. 76-88; grifos diversos do original):

Noutras palavras, a técnica da motivação aliunde, ou per relationem, por meio da qual se agregam ao ato decisório as razões apresentadas em outra peça processual, é tolerável como medida de economicidade, até porque, caso destes autos, ficou resguardado o pleno exercício do direito ao contraditório.

Nem há se confundir ausência de fundamentação com concisão.

A concisão, **hipótese deste feito**, como complexo axiológico, sempre é benvinda no exercício da jurisdição.

[...]

Não obstante tais minudências, com pequenos equívocos aqui e ali, respeitadamente, elas não se mostraram suficientes para cogitar a invalidade do procedimento, na medida em que estritamente cumprido o quanto postulado pelo *Parquet*.

O relatório 32/A/2016, por ex., indica que foram pedidas as caixas de e-mails desde 2008 até novembro de 2015 (fls. 172/174, dos autos da ação cautelar). E o relatório 88/A/2017 (fls. 274/314, dos autos da ação cautelar) analisou exatamente os dados obtidos.

Verifico, pois, que os pedidos para quebra do sigilo telemático do paciente, com o consequente acesso às suas correspondências eletrônicas, disseram respeito apenas e tão somente aos dados atinentes aos respectivos procedimentos licitatórios.

Sem prejuízo, a data, acerca da qual se pretendia o acesso ao conteúdo informativo, tinha a ver com o início das atividades da empresa, pese não constante da r. deliberação que o deferiu.

Nestes termos, então, veio a calhar o quanto posto pelo Dr. Procurador de Justiça em seu elevado parecer:

(...) não houve desproporcionalidade na medida judicial, vez que adequadamente fundamentada na prova dos autos e limitada, mesmo que casualmente, ao início das atividades das empresas (...) a simples omissão na decisão da data inicial da quebra não gerou qualquer prejuízo para a parte, pois ela acabou por se limitar com o início das atividades da empresa. Não se vê, inclusive, período de quebra além daquele necessário para as investigações (.) (verbis, fl. 65).

[...]

As r. deliberações que decretaram a quebra dos sigilos telemáticos do paciente acham-se prioritariamente fundamentadas na gravidade concreta das acusações, visto o eventual envolvimento do paciente em processos licitatórios inquinados de suspeitosos, para o que, inclusive, ele e terceiras pessoas criou nova empresa após o início das investigações pelo órgão ministerial.

Alega-se constrangimento ilegal fundado na ideia de que, através destes dados, ora combatidos, o *Parquet* pôde oferecer denúncia contra o paciente e demais inculpados (fl. 14).

Os dados não foram tomados, nem o Ministério Público avançou o sinal constitucional atinente às suas atribuições.

[...]

Aqui, lidas as cópias dos autos, conferimos esse controle superior diferido, e nos documentos achamos a presença de indicadores de que, ao menos em tese, há infração grave por apurar, bem como interesse em ver resgatados prejuízos eventualmente impostos em detrimento do erário público.

[...]

Com relação ao marco civil da internet, o art. 22, III da Lei n. 12.965/2014, não se pode olvidar que a denúncia ministerial reporta ocorrências que remetem a lapso temporal anterior à sua existência (2009).

Ademais, ao deferir as diligências ministeriais, como retro explicado, a Autoridade Judicial encampou os pleitos do Parquet, que estatuíam sim indicadores temporais.

Feitas, então, estas observações, tenho para comigo que os dados obtidos, em acordo com o coligido para os autos originários, são necessários à instrução das investigações promovidas pelo Ministério Público e, como já destacado, ficaram devidamente limitados ao período de atuação da empresa junto aos procedimentos licitatórios.

Neste recurso ordinário, a Defesa discute apenas a suposta ilegalidade da decisão de fls. 24-25, que deferiu a quebra do sigilo das mensagens eletrônicas constantes da caixa de e-mail do Recorrente e de outros Investigados.

Inicialmente, cumpre destacar que, segundo entendimento desta Corte Superior de Justiça, *inexiste nulidade* na decisão que acolhe pedido indicando, como razões de decidir, os argumentos que constam de requerimento apresentado pela Acusação, desde que o órgão julgador apresente também fundamentação própria, expondo, ainda que sucintamente, as razões de sua decisão, o que, como se observa da transcrição supra, foi realizado pelo Juízo singular.

Com efeito, na decisão de fls. 24-25, que autorizou a quebra do sigilo das mensagens eletrônicas constantes da caixa de e-mail do Recorrente, o Juízo de primeiro grau consignou que se tratava de pedido formulado pelo *Parquet* em decorrência da suposta prática dos crimes de fraude em licitação, formação de cartel, corrupção ativa e organização criminosa, tendo apresentado, ao contrário do que sustenta a Defesa, fundamentação própria, em especial quando registra que:

[...] a documentação trazida aos autos pelo Ministério Público comprova a presença de indícios suficientes de materialidade e autoria dos crimes ali referidos, bem como, não vislumbrando outras diligências prévias, senão as já realizadas, para obtenção de provas dos crimes investigados, *entendo suficientemente embasado* o pedido de quebra/afastamento do sigilo das mensagens eletrônicas (fl. 25; sem grifos no original).

Como se vê, a decisão impugnada acolheu os argumentos apresentados pelo *Parquet* estadual, que, em seu pedido, ressaltou a existência de prévia investigação encetada nos autos do Procedimento de Investigação Criminal – PIC n. 38.1093.0000017/2015-3, que constatou a presença de “indícios de que os suspeitos se utilizaram de empresas e pessoas físicas para lesar entes públicos terceiros e obter vantagem patrimonial ilícita. Há latente suspeita de que as pessoas investigadas tenham se utilizado de seus próprios endereços eletrônicos para combinar preços e propostas em licitação” (fl. 20).

A petição de quebra de sigilo telemático também mencionou que a sociedade empresária pertencente ao Acusado – que exercia a função de Presidente da Câmara Municipal de Catanduva – “sagrou-se vencedora em diversos procedimentos licitatórios para fornecimento de módulos de arquivo deslizante para Câmaras Municipais no Estado de São Paulo” (fl. 18), havendo “indícios de que as cotações preliminares que norteiam a licitação são superfaturadas” (fl. 20). Ainda, registrou que haveria “indícios de que as cotações preliminares que norteiam a licitação são superfaturadas” (fl. 20).

Dessa forma, não se pode dizer que a decisão que autorizou a quebra do sigilo telemático foi genérica, pois o Juízo de primeiro grau, além de adotar os argumentos expostos no requerimento Ministerial, também apresentou fundamentação própria.

A propósito:

Agravo regimental. Recurso especial. Evasão de divisas. Decisão monocrática. Violação do princípio da colegialidade. Cerceamento de defesa. Não ocorrência. Aplicação de jurisprudência dominante do STJ. Prorrogações das interceptações telefônicas por mais de um período. Possibilidade. Fundamentação *per relationem*. Validade. Compartilhamento de dados sigilosos. Instituições de controle. Possibilidade. Erro de tipo e erro de proibição. Reexame de provas. Fixação da pena abaixo do mínimo legal e redução da multa. Reparação de danos. Sentença proferida após a vigência da Lei n. 11.719/2008. Agravo regimental não provido.

[...]

3. A fundamentação *per relationem*, devidamente justificada pelo Magistrado de primeiro grau diante do caso concreto, constitui medida de economia processual e não malfere os princípios do juiz natural e da fundamentação das decisões.

[...]

9. Agravo regimental não provido.

(AgInt no REsp 1.390.751/PR, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 08/11/2018, DJe 23/11/2018; sem grifos no original.)

Recurso em *habeas corpus*. Crimes contra a administração pública. Interceptação telefônica. Fundamentação *per relationem*. Fundamentação concreta. Subsidiariedade da medida. Inexistência de demonstração da efetividade por outros meios de investigação. Recurso desprovido.

1. Não prospera da alegação de ausência de fundamentação na decisão que determinou a quebra do sigilo telefônico pois, ainda que de forma sucinta, o Juízo de primeiro grau demonstrou a existência dos requisitos necessários para a decretação da medida, além da adoção dos fundamentos expostos no requerimento do Ministério Público Estadual.

É pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de ser perfeitamente válido a utilização da fundamentação *per relationem* como razões de decidir, não havendo que se falar em constrangimento ilegal. Precedentes. [...]

Recurso desprovido. (RHC 47.259/RS, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 07/08/2018, DJe 20/08/2018; sem grifos no original.)

De outra parte, quanto à suposta nulidade decorrente da não delimitação – no pedido ministerial e na decisão do Magistrado singular – do período de quebra do sigilo, tendo a Defesa sustentado que a Acusação teve “acesso a **tudo**, sem exceção, até novembro de 2015” (fl. 111), cumpre fazer os devidos esclarecimentos.

A Lei n. 9.296/96, que regulamentou o art. 5º, inciso XII, parte final, da Constituição da República – “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal” – não estabeleceu um limite temporal para o acesso, pelas autoridades estatais, a comunicações pretéritas, pois todo o texto legal foi moldado para a interceptação de comunicações contemporâneas – captação no momento em que são transmitidas (SIDI, Ricardo. *A interceptação das comunicações telemáticas no processo penal* – Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016, p. 304).

Nem mesmo o art. 22, parágrafo único, inciso III, da Lei do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014), citado pela Defesa nas razões deste recurso, pode ser aplicado na hipótese. É que o referido dispositivo legal trata do pedido de “fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet”. Os conceitos de “registros de conexão” e de “registros de acesso a aplicações de internet” se encontram explicitados no próprio Marco Civil:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

[...]

VI - registro de conexão: o conjunto de informações referentes à data e hora de início e término de uma conexão à internet, sua duração e o endereço IP utilizado pelo terminal para o envio e recebimento de pacotes de dados;

[...]

VIII - registros de acesso a aplicações de internet: o conjunto de informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação de internet a partir de um determinado endereço IP.

Como se vê, o art. 22 do Marco Civil da Internet indica o que deve conter no requerimento para o fornecimento de “registros de conexão” ou de “registros de acesso a aplicações de internet”, que são, em suma, informações de *início* e de *término* de uma *conexão à internet* ou de *uso de determinada aplicação*, incluindo o número do endereço IP utilizado.

Dessa forma, verifico que tal regramento não se aplica ao pedido de quebra de sigilo telemático, que busca, basicamente, a obtenção do *conteúdo* de comunicações privadas. A corroborar tal entendimento, o art. 10, § 2º, da Lei n. 12.965/2014 ressalta que “*O conteúdo das comunicações privadas somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, respeitado o disposto nos incisos II e III do art. 7º*”.

Assim, tendo em vista que a Lei n. 9.296/96 não estabelece um prazo máximo limite para o acesso a mensagens eletrônicas constantes das caixas de *e-mail* dos investigados, a análise da legalidade da medida deve ser feita à luz do postulado da proporcionalidade, que possui uma dupla faceta: *contenção dos excessos do Poder Público e vedação da proteção deficiente*.

Sobre o tema, trago à colação trechos do voto do Ministro *Gilmar Mendes*, extraído do RE n. 418.376, julgado pelo Pleno do STF (DJe de 23/03/2007), que se apoiou em doutrina de escol:

Quanto à proibição de proteção insuficiente, *a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo*, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção insuficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o *Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental*.

Nesse sentido, ensina o Professor Lênio Streck: “Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva

e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como conseqüência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador." (Streck, Lênio Luiz. *A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*. Revista da Ajuris, Ano XXXIX, n. 97, marco/2005, p. 180) No mesmo sentido, o Professor Ingo Sarlet: "A noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que abrange, (...), um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal, onde encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados." (Sarlet, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência*. Revista da Ajuris, ano XXXII, n. 98, junho/2005, p. 107.). E continua o Professor Ingo Sarlet: violação da proibição de insuficiência, portanto, encontra-se habitualmente representada por uma omissão (ainda que parcial) do poder público, no que diz com o cumprimento de um imperativo constitucional, no caso, um imperativo de tutela ou dever de proteção, mas não se esgota nesta dimensão (o que bem demonstra o exemplo da descriminalização de condutas já tipificadas pela legislação penal e onde não se trata, propriamente, duma omissão no sentido pelo menos habitual do termo) (Sarlet, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência*. Revista da Ajuris, ano XXXII, n. 98, junho/2005, p. 132.).

Dessa forma, para além da costumeira compreensão do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (já fartamente explorada pela doutrina e jurisprudência pátrias), há uma outra faceta desse princípio [...]

Na hipótese, o Juízo de primeiro grau determinou o "fornecimento de todas as mensagens eletrônicas existentes na caixa de mensagens (enviadas, recebidas, lixeira, rascunho e outras porventura criadas pelo usuário) até o dia 2 de novembro de 2015", conforme ofício de fls. 26-28, que acabou corrigindo o erro material constante da decisão, que mencionava "a partir da data referida, 2 de novembro de 2015" (fl. 25).

A despeito de não indicada expressamente a data inicial da quebra do sigilo telemático na decisão que a deferiu, o acórdão recorrido ressalta que o “relatório 32/A/2016, por ex., indica que foram pedidas as caixas de e-mails desde 2008 até novembro de 2015 (fls. 172/174, dos autos da ação cautelar)” (fl. 84), o que demonstra que não houve qualquer prejuízo ao Recorrente, tendo em vista que “a data, acerca da qual se pretendia o acesso ao conteúdo informativo, tinha a ver com o início das atividades da empresa, pese não constante da r. deliberação que o deferiu” (fl. 84).

Assim, o *Parquet* estadual teve acesso às comunicações efetuadas a partir de 2008 até novembro de 2015 e, com base nas provas colhidas, ofereceu denúncia contra o Recorrente e outros 21 (vinte e um) Corréus nos autos do Processo-Crime n. 1010685-69.2017.8.26.0320. Ao Acusado foi imputada a prática dos crimes previstos nos arts. 2º, § 3º, e 4º, inciso II, ambos da Lei n. 12.850/2013.

Consta da peça acusatória o seguinte:

As mensagens armazenadas na caixa eletrônica danielpalmeiradelima@hotmail.com revelaram a existência de uma organização criminosa composta por diversos empresários e funcionários combinados para fraudar licitações em todo território nacional, conforme relatório técnico 32-A-16.

A organização criminosa é dirigida pelo denunciado *Daniel Palmeira de Lima* responsável por contatar gestores de órgãos públicos e oferecer o produto Arquivo Deslizante/Módulo Organizacional/Armário de Segurança.

As fraudes detectadas durante a investigação datam do ano de 2009 e persistem até a presente data, de modo que os agentes criminosos não se intimidaram mesmo após conhecimento formal de que o GAECO de Piracicaba estava investigando.

Ao longo dos anos *Daniel Palmeira de Lima* utilizou como instrumento de fraude diversas empresas para manipular preço de mercado do produto e induzir uma pseudo concorrência.

[...]

Daniel Palmeira de Lima quando se fez necessário ou oportuno corrompeu servidores públicos ligados aos processos licitatórios prometendo ou entregando valores.

Daniel Palmeira de Lima com o fim de ludibriar investigações e fugir a responsabilidade civil e criminal passou a utilizar a partir do ano de 2015 a empresa *Maxwillian Ramos Cabral ME* sediada na cidade de Catanduva em imóvel da propriedade dele, conforme relatório técnico 61-A-17.

Em razão dessa estrutura criminosa promovida por *Daniel Palmeira e os demais denunciados* eles praticaram dezenas de crimes previstos no artigo 90

da Lei 8.666/19931, além de outros crimes graves previstos no Código Penal e na legislação especial.

Nos presentes autos será apurado apenas o crime de organização criminosa.

Os delitos de fraude à licitação, corrupção ativa, passiva e lavagem de dinheiro serão objetos de ações penais em outros processos, respeitada a competência territorial.

Os crimes de fraude à licitação e de corrupção adiante descritos têm o condão de demonstrar o *modus operandi* da organização criminosa.

Não prospera a alegação da Defesa no sentido de que “não há proporcionalidade no acesso do MP, eis que, *inegavelmente*, teve acesso a documentos que remontam a data não integrante dos fatos que se investiga” (fl. 113).

O Tribunal local ressaltou que a Acusação teve acesso às comunicações realizadas entre 2008 e 2015. Como se vê, o período de quebra do sigilo é muito semelhante àquele em que teriam ocorrido os fatos criminosos, já que a denúncia registra que “[a]s fraudes detectadas durante a investigação datam do ano de 2009 e persistem até a presente data”.

Ora, não se pode inviabilizar a atuação estatal, criando uma *delimitação no tempo* da medida coativa, se, no caso concreto, o que se vê são indícios de *habitualidade na prática criminosa*: a peça acusatória indica que desde 2009 a complexa organização criminosa comandada pelo Recorrente seria responsável por fraudes em diversos processos licitatórios em todo o território nacional.

Registro que a decisão impugnada também mencionou que a quebra do sigilo telemático seria o único meio necessário à apuração da infração, considerando, em especial, que havia fundada suspeita de que os Acusados estariam se utilizando de seus e-mails para combinar preços e propostas em licitação.

Nem mesmo eventual transcurso do prazo prescricional se verifica na hipótese, já que o crime imputado ao Acusado no processo n. 1010685-69.2017.8.26.0320 – integrar organização criminosa – prescreve, ao menos, em doze anos, considerando a pena em abstrato.

Assim, em razão da prática duradoura de crimes, que se prolongou por vários anos, não se mostra desproporcional a quebra do sigilo telemático pelo período de 2008 a 2015, pois contemporâneo às práticas delitivas.

Nesse sentido, cito o seguinte julgado da Suprema Corte:

Habeas corpus. Tráfico de drogas. Confisco de bem. Interceptação telefônica. Competência. Fundamentação. Prorrogações.

[...]

3. A interceptação telefônica é meio de investigação invasivo que deve ser utilizado com cautela. *Entretanto, pode ser necessária e justificada, circunstancialmente, a utilização prolongada de métodos de investigação invasivos, especialmente se a atividade criminal for igualmente duradoura, casos de crimes habituais, permanentes ou continuados.* A interceptação telefônica pode, portanto, ser prorrogada para além de trinta dias para a investigação de crimes cuja prática se prolonga no tempo e no espaço, muitas vezes desenvolvidos de forma empresarial ou profissional. Precedentes (Decisão de recebimento da denúncia no Inquérito 2.424/RJ – Rel. Min. Cezar Peluso – j. em 26.11.2008, DJe de 26.3.2010).

4. *Habeas corpus* conhecido em parte e, na parte conhecida, denegado. (HC 99.619, Relator Min. Marco Aurélio, Relatora p/ acórdão Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 14/02/2012, Acórdão Eletrônico DJe-059 divulg 21-03-2012 public 22-03-2012 RTJ, vol-00223-01, pp-00361; sem grifos no original.)

Desta Corte Superior, confirmam-se os seguintes precedentes, aplicáveis à hipótese destes autos, *mutatis mutandis*:

Processual Penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Fraudes em licitações, formação de quadrilha e falsidade ideológica. Operação Fratelli. *Notícia criminis* anônima. Interceptação telefônica. Determinação. Anterior colheita de provas. Existência. Procedimentos de investigação prévios à requisição de quebra do sigilo. Ocorrência. Medida constritiva deferida. Nulidade. Decisão primeva. Motivação concreta. Crimes punidos com reclusão. Prorrogações. Fundamentação idônea. Duração da medida constritiva. Prazo indispensável complexidade. Organização criminosa. Ilegalidade. Inexistência. Equívocos nas autorizações constritivas. Eivas. Não ocorrência. Recurso desprovido.

[...]

7. *É inegável a complexidade das operações delitivas desenvolvidas, cujos integrantes supostamente dispunham de um esmerado esquema criminoso, com ramificações em instituições estatais, mediante o apoio de funcionários públicos, necessitando o ente público de dispor do método constritivo dos direitos individuais, entendido como último recurso, em prol do Estado Democrático de Direito, pelo prazo indispensável para a consecução do arcabouço probatório na persecução penal.*

[...]

9. Recurso a que se nega provimento. (RHC 43.122/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 25/11/2014, DJe 24/06/2015; sem grifos no original.)

[...] Arts. 2º e 5º da Lei n. 9.296/96. Interceptação telefônica. Requisitos autorizadores presentes. Validade da prova dela derivada. Renovação das interceptações. Possibilidade.

[...]

4. O E. Supremo Tribunal Federal já proclamou que é “possível a prorrogação do prazo de autorização para a interceptação telefônica, mesmo que sucessiva, especialmente quando o fato é complexo, a exigir investigação diferenciada e contínua.” (HC n. 83.515/RS, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Nelson Jobim, DJ de 4/3/05).

[...]

Recursos especiais parcialmente providos para redimensionar as penas. (REsp 1.315.619/RJ, Rel. Ministro Campos Marques (Desembargador Convocado do TJ/PR), Quinta Turma, julgado em 15/08/2013, DJe 30/08/2013; sem grifos no original.)

Recurso especial. Crimes contra o sistema financeiro nacional. Inquérito policial. Quebra de sigilos de dados em CPU de computador. Necessidade da medida demonstrada. Recurso parcialmente conhecido e provido.

1. A apreciação de violação de dispositivos constitucionais é matéria estranha ao âmbito de cabimento do recurso especial (artigos 102, inciso III, e 105, inciso III, da Constituição Federal).

2. *A proteção do sigilo de dados, ainda quando armazenados em computador, não tem caráter absoluto. Precedentes do STJ e do STF.*

3. *Havendo indícios da existência de crime, tanto quanto a demonstração da necessidade da medida, deve ser autorizada a quebra do sigilo de dados armazenados em computador.*

4. Recurso parcialmente conhecido e provido. (REsp 625.214/SP, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, julgado em 08/03/2007, DJ 29/06/2007, p. 726; sem grifos no original.)

Entendo, portanto, que a decisão que deferiu a quebra do sigilo telemático está devidamente fundamentada, nos termos do que dispõe a Lei n. 9.296/96, e que a medida excepcional não é desproporcional, tendo em vista a suposta prática de diversos crimes graves – fraude em licitação, formação de cartel, corrupção ativa e organização criminosa –, em vários estados da federação, cometidos por organização criminosa supostamente comandada pelo Recorrente, a justificar a necessidade e adequação da medida, que se limitou ao período em que teriam ocorrido os fatos criminosos.

Ante o exposto, *nego provimento* ao recurso ordinário.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Nefi Cordeiro: Trata-se de recurso em *habeas corpus* interposto por *Daniel Palmeira de Lima* em face do acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado (fl. 73):

Habeas Corpus. Quebra do sigilo telemático. Os artigos 5º, incisos LIV e LV, 129, incisos III e VIII, e 144, inciso IV, § 4º, da Constituição Federal, não tornam a investigação criminal exclusividade da polícia, nem afastam os poderes de investigação do Ministério Público. Fixada, em repercussão geral, tese assim sumulada: O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade - sempre presente no Estado democrático de Direito do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição.

MM Juíza que despachou decretando quebra do sigilo telemático empregando, para tal mister, manifestações do Ministério Público. Possibilidade. A técnica da motivação *aliunde*, ou *per relationem*, por meio da qual se agregam ao ato decisório as razões apresentadas em outra peça processual, é tolerável como medida de economicidade, até porque, caso destes autos, ficou resguardado o pleno exercício do direito ao contraditório. Julgados do col. STF e do e. STJ.

Violação do marco civil da internet. Período apurado anterior à vigência da lei. Magistrada que, ainda tenha subscrito despacho e ofício com datas equivocadas, atendeu reclamo do Ministério Público, que atendeu os pressupostos legais.

Constrangimento ilegal não visível *ictu oculi*, conhecimento excepcional, mas denegando a ordem.

Consta dos autos que o Juízo de primeiro grau ordenou a quebra do sigilo telemático dos e-mails do paciente e dos outros corrêus, requerida pelo GAECO, para investigação do envolvimento dessas pessoas em fraude à licitação, formação de cartel, quadrilha ou bando, corrupção ativa e participação em organização criminoso, na data de 13/11/2015.

Nas informações de fls. 59-60 consta que “a documentação trazida aos autos pelo Ministério Público comprovando a presença de indícios suficientes

de materialidade e autoria dos crimes ali referidos, bem como não foram vislumbradas outras diligências prévias, senão as já realizadas, para obtenção de provas dos crimes investigados, o entendimento do Juízo à época foi pela suficiência do pedido de quebra/afastamento do sigilo das mensagens eletrônicas constantes das caixas de e-mails do paciente e dos corrêus, dos respectivos dados cadastrais dos e-mails, históricos dos IPs utilizados, e preservação das mensagens existentes nas caixas de e-mails, a partir da data de 02 de novembro de 2015”.

O recorrente argumenta que foi determinada quebra de sigilo telemático sem observância da proporcionalidade e sem a definição do período de tempo alcançado pela ordem judicial. Sustenta a falta de fundamentação da decisão judicial e que, por isso, é nula, visto que o juiz “deu carta branca para o Ministério Público devassar a vida inteira do Recorrente e dos outros investigados até 02/11/2015” (fl. 111).

A decisão que autorizou a quebra do sigilo telemático assim dispôs (fls. 24-25):

[...]

Trata-se de pedido de quebra de sigilo telemático, formulado pelo Ministério Público/Gaeco, alegando, em resumo, que se trata de investigação de fraudes em licitação, formação de cartel, corrupção ativa e organização criminosa, pelos motivos alegados na Petição Inicial e constantes dos documentos acostados.

Presentes os requisitos legais previstos na Lei 9.296/96, uma vez que a documentação trazida aos autos pelo Ministério Público comprova a presença de indícios suficientes de materialidade e autoria dos crimes ali referidos, bem como, não vislumbrando outras diligências prévias, senão as já realizadas, para obtenção de provas dos crimes investigados, entendo suficientemente embasado o pedido de quebra/afastamento do sigilo das mensagens eletrônicas constantes das caixas de e-mails dos investigados (enviadas, recebidas, lixeira, rascunhos e outras pastas criadas pelos usuários), dos respectivos dados cadastrais dos e-mails, históricos dos IPs utilizados, a preservação das mensagens existentes nas caixas de e-mails a partir da data referida, 2 de novembro de 2015, razão pela qual defiro o pedido de afastamento dos sigilos requeridos, pois somente através dessa providência será possível apurar eventuais delitos acima mencionado e a respectiva autoria dos mesmos.

Expeça-se o necessário, determinando às empresas referidas que providenciam a remessa dos dados solicitados diretamente ao Ministério Público/GAECO, nos endereços de e-mail informados pelos Senhores Promotores de Justiça quando do encaminhamento dos ofícios judiciais expedidos.

Como se vê, ainda que de forma sucinta, foram apontados indícios de autoria e materialidade delitiva para justificarem a determinação da quebra do sigilo telemático, pois consta na decisão que “a documentação trazida aos autos pelo Ministério Público comprova a presença de indícios suficientes de materialidade e autoria dos crimes ali referidos, bem como, não vislumbrando outras diligências prévias, senão as já realizadas, para obtenção de provas dos crimes investigados, entendo suficientemente embasado o pedido de quebra/afastamento do sigilo das mensagens eletrônicas constantes das caixas de e-mails dos investigados (enviadas, recebidas, lixeira, rascunhos e outras pastas criadas pelos usuários)”. Demonstrado assim, resta o *fumus commissi delicti* para a determinação da medida judicial.

No que se refere à adequação e à necessidade da medida e de sua limitação temporal, ainda que presente na decisão apenas “a preservação das mensagens existentes nas caixas de e-mails a partir da data referida, 2 de novembro de 2015”, essa decisão também fez referência ao pedido do Ministério Público, que assim dispôs (fls. 17-23):

[...]

Segundo investigações encetadas nos autos do Procedimento de Investigação Criminal - PIC n. 38.1093.0000017/2015-3 a empresa D. Palmeira Móveis EPP, de propriedade de Daniel Palmeira de Lima sagrou-se vencedora em diversos procedimentos licitatórios para fornecimento de módulos de arquivo deslizante para Câmaras Municipais no Estado de São Paulo.

Daniel Palmeira de Lima é Presidente da Câmara Municipal de Catanduva.

Foram identificados até o presente momento sete processos administrativos de aquisição de módulos de arquivos deslizantes para Câmaras Municipais (Iracemápolis, Itupeva, Louveira, Jaboticabal e Jacaré e Leme).

A empresa D. Palmeira venceu as licitações em Itupeva, Jaboticabal, Iracemápolis e Leme.

A empresa Arquivando venceu a licitação em Louveira.

Ocorre que a empresa Arquivando pertence a Edson Vando de Lima, sobrinho e ex-assessor do vereador Daniel Palmeira de Lima.

Agente do Ministério Público do Estado de São Paulo, fazendo-se passar por consumidor interessado no produto, entrou em contato, via e-mail, com a empresa Metalúrgica Ferraz registrada na junta comercial como Vitória Comércio de móveis para Escritório solicitando uma cotação de preços.

Na resposta encaminhada constatou-se que a mensagem foi replicada à empresa Daniel Palmeira de Lima-ME.

Por fim, notas fiscais de aquisição dos bens pela empresa Arquivando aponta diferença substancial entre o preço da aquisição de treze armários de segurança (R\$ 10.000,00 – dez mil reais) e o valor de revenda à Câmara Municipal de Louveira (R\$ 135.980,00 – cento e trinta e cinco mil novecentos e oitenta).

[...]

Diante dos documentos e declarações juntadas, nota-se que há verossimilhança de que algumas pessoas se associaram para praticar crimes apenados com reclusão, havendo indícios de que os suspeitos se utilizaram de empresas e pessoas físicas para lesar entes públicos terceiros e obter vantagem patrimonial ilícita. *Há latente suspeita de que as pessoas investigadas tenham se utilizado de seus próprios endereços eletrônicos para combinar preços e propostas em licitação, razão pela qual, com fundamento no art. 1º, parágrafo único, da Lei 9.296/1996, art. 3º, inciso V, da Lei n. 12.850/2012 e art. 22, da Lei 12.965/2014, requer-se de Vossa Excelência o deferimento de ordem judicial determinando as empresas de fornecimento de serviço de webmail o seguinte:*

1) O fornecimento de todas as mensagens eletrônicas existentes na caixa de mensagens (enviadas, recebidas, lixeira, rascunho e outras porventura criadas pelo usuário) até o dia 2 de novembro, arquivadas no servidor da empresa, devendo estas ser disponibilizado por meio eletrônico ou mídia diretamente ao Ministério Público do Estado de São Paulo - GAECOPIRACICABA).

2) O fornecimento dos dados cadastrais informados pelo usuário do correio eletrônico quando da criação da Conta de E-mail.

3) O fornecimento do histórico de IPS utilizados pelo usuário da Conta de e-mail.

4) *a preservação de todas as mensagens existentes na Conta de E-mail do usuário/cliente/pelos próximos 90 (noventa) dias a contar do dia 02 de novembro de 2015, para resguardar a prova para uso em futuro processo criminal!*

Nota-se que a medida cautelar de quebra de sigilo telemático dos e-mails do paciente, e de outros corrêus, foi provocada pelo GAECO, presentes no pedido o acesso a todas as mensagens eletrônicas existentes na caixa de mensagens (enviadas, recebidas, lixeira, rascunho e outras, porventura, criadas pelo usuário) até o dia 2 de novembro, arquivadas no servidor da empresa, devendo estas serem disponibilizadas por meio eletrônico ou mídia diretamente ao Ministério Público do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o Ministério Público postulou nova quebra do sigilo telemático, a partir dos endereços de correspondência eletrônica do paciente, agora no período compreendido “desde o dia 3 de novembro até a data da decisão judicial” (fl. 81-82).

O Ministério Público estadual emitiu parecer de fls. 63-66, segundo o qual, “o relatório 32/A/2016 indica que foram pedidas as caixas de e-mails desde 2008 até novembro de 2015 (fls. 172/174, dos autos da ação cautelar)”. Consta ainda que “o relatório 88/A/2017 (fls. 274/314, dos autos da ação cautelar) analisou exatamente os dados obtidos”.

Quanto à alegação de falta de limitação temporal, dita o acórdão do Tribunal *a quo* (fls. 81-84):

Cf. consta desse feito, a medida cautelar de quebra de sigilo telemático dos e-mails do paciente, e de outros corrêus, foi provocada pelo GAECO (vide fls. 1/8, dos autos da ação cautelar), ali constando o seguinte pedido, *verbis*:

(...) 1) O fornecimento de todas as mensagens eletrônicas existentes na caixa de mensagens (enviadas, recebidas, lixeira, rascunho e outras porventura criadas pelo usuário) até o dia 2 de novembro, arquivadas no servidor da empresa, devendo estas serem disponibilizadas por meio eletrônico ou mídia diretamente ao Ministério Público do Estado de São Paulo – GAECOPIRACICABA (...).

O pleito ministerial foi deferido e aquela deliberação foi proferida 19.11.2015, quando, então, ficou determinado que a quebra do sigilo das correspondências eletrônicas se daria “a partir da data referida, 2 de novembro de 2015” (*verbis*, fl. 100, dos autos da ação cautelar).

Do ofício subsequente, expedido para a requisição de tais dados (fls. 105/107, dos autos da ação cautelar), constou o envio dos e-mails existentes “até o dia 2 de novembro de 2015” (novamente, *in verbis*).

Observa-se mesmo alguma confusão, mas sem repercussões.

Na sequência, o Ministério Público postulou nova quebra do sigilo telemático, a partir dos endereços de correspondência eletrônica do paciente, agora no período compreendido “desde o dia 3 de novembro até a data da decisão judicial” (mais uma vez, *verbis*, fl. 171 dos autos da ação cautelar). Essa nova postulação igualmente foi deferida pela MM. Juíza, tendo, contudo, S. Exa., na ocasião, referido fl. diversa, pois apontou que o postulado estaria a fl. 168, enquanto que o pedido, cf. acima destacado, achava-se a fl. 171.

Consignou-se também que a ação deferida dizia respeito à quebra de sigilo bancário, quando a hipótese, mais uma vez, seria outra, de quebra do sigilo telemático do ora paciente.

E um último pedido de quebra de sigilo de correspondência foi formulado pelo Ministério Público (fls. 238/245 dos autos da ação cautelar). Este visando os e-mails de uma terceira empresa que, supostamente, seria de propriedade do ora paciente, inclusive, ao que mencionado, ele também era o proprietário do prédio em que

instalada a sede dessa nova pessoa jurídica. Para este pleito foi postulado o acesso ao conteúdo existente compreendido entre os dias 25.3.2015 até 24.5.2017.

Não obstante tais minudências, com pequenos equívocos aqui e ali, respeitosa e, elas não se mostraram suficientes para cogitar a invalidade do procedimento, na medida em que estritamente cumprido o quanto postulado pelo *Parquet*.

O relatório 32/A/2016, por ex., indica que foram pedidas as caixas de emails desde 2008 até novembro de 2015 (fls. 172/174, dos autos da ação cautelar). E o relatório 88/A/2017 (fls. 274/314, dos autos da ação cautelar) analisou exatamente os dados obtidos.

Verifico, pois, que os pedidos para quebra do sigilo telemático do paciente, com o consequente acesso às suas correspondências eletrônicas, disseram respeito apenas e tão somente aos dados atinentes aos respectivos procedimentos licitatórios.

Sem prejuízo, a data, acerca da qual se pretendia o acesso ao conteúdo informativo, tinha a ver com o início das atividades da empresa, pese não constante da r. deliberação que o deferiu”.

Assim, não se vislumbra ofensa ao princípio da privacidade, porque os pedidos para quebra do sigilo telemático do recorrente, com o consequente acesso às suas correspondências eletrônicas, tinham por objeto os fatos criminosos imputados.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao recurso em *habeas corpus*.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: Senhor Presidente, incomoda-me, neste caso, a autorização aberta concedida pelo Juiz à polícia – todas as mensagens de *e-mail* presentes nas caixas postais cujo sigilo foi quebrado até novembro de 2015 (fls. 21/25). Não houve aqui delimitação nem de tempo nem de objeto. Tal abrangência fica mais grave, a meu ver, quando se verifica que o Juiz da causa se limitou a se referir ao pedido encaminhado pelo Ministério Público. Em momento algum, há qualquer justificativa para tal amplitude – todas as mensagens são anteriores a novembro de 2015.

Importante destacar que nem no pedido apresentado pelo Ministério Público nem na decisão do Juiz do feito há qualquer referência a outra data que não novembro de 2015. A própria informação de que há relatório que indica uma análise dos *e-mails* posteriores a 2008 já demonstra a liberdade concedida

aos investigadores, já que não há esse limite temporal fixado na decisão. Ficou a critério dos investigadores examinar os *e-mails* a partir de 2008. Poderiam tê-lo feito a partir de 2005 ou a partir de 2010, já que inexistente na decisão qualquer termo fixado.

Em momento algum, apresentou-se justificativa para busca tão ampla, tanto em relação ao tempo quanto ao objeto. Há indícios, sim, que justificam a quebra do sigilo e, até porque eles existem, caberia ao Juiz indicar com precisão os limites da quebra, da busca. Nunca é demais lembrar que a quebra do sigilo telemático é uma exceção à regra que garante a privacidade do indivíduo e, justamente por isso, devemos agir com rigor extremo naquelas situações em que ela ocorre.

Como no feito que deu causa ao acórdão no HC n. 315.220/RS (Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 8/10/2015), na decisão constritiva – ou mesmo na representação do *Parquet* estadual – não se depurou qual o motivo para a devassa no correio eletrônico do recorrente pelo tempo que quisesse a autoridade policial, sendo que aqui existe ainda a agravante de que nem mesmo a justificativa pela qual a busca atingiria todas as mensagens existentes nas caixas devassadas anteriores a 2015 está presente, seja no pedido, seja na decisão que o acolheu. Parece-me, portanto, abusiva e desproporcional a quebra autorizada, o que, a meu ver, justifica a sua nulidade.

Aqui, pertinente trecho do voto apresentado pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura quando do julgamento do *habeas corpus* acima referido:

Não se descarta que uma denúncia pode reportar-se a fatos longevos, cujo arcabouço probatório somente se aperfeiçoou em data atual. Entretanto, no tocante à providência cautelar prévia, ao necessitar o Estado de dispor do método constritivo dos direitos individuais, deve-se ter em voga a razoabilidade do período de constrição, atribuindo-se racionalidade ao próprio Estado Democrático de Direito, ao albergar valores subjacentes da justiça, obstando-se, desse modo, o arbítrio descomedido.

E não se pode conceber que a determinação de interceptação telefônica já pressupunha a quebra do sigilo também do correio eletrônico, pois há a necessidade de se demonstrar a imprescindibilidade da extensão da constrição, inclusive para a modalidade de comunicação dada pelo *e-mail*, sempre delimitando período temporal sob o manto do brocardo da proporcionalidade, evocando a primazia do moderado, justo e racionalmente compreensivo, a expurgar excessos.

Nessa toada, na hipótese dos autos, cuidou que se decretou a quebra do sigilo das comunicações eletrônicas sem se delinear a pertinência com a pretensa conduta delitiva ou a exata motivação do prazo inaugural, de forma a legitimar a medida extrema.

É de ver, portanto, que a quebra violou o comando constitucional de motivação das decisões judiciais, conforme dispõe o art. 93, IX, da Constituição Federal. Antonio Magalhães Gomes Filho, ao tratar do direito à prova, assim leciona:

[...] é no pronunciamento judicial relativo à admissão das provas que se encontra o núcleo do direito aqui examinado: é a efetiva permissão para o ingresso dos elementos pretendidos pelos interessados que caracteriza a observância do direito à prova; por isso, somente através de uma disciplina legal das hipóteses de rejeição das provas, acompanhada da exigência de decisões expressas e motivadas, e adotadas após o debate contraditório, pode estar satisfeita a garantia. (*Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997, pág. 88).

Nesse panorama, entendo que se mostra, em verdade, equivocado o drástico afastamento do sigilo dos correios eletrônicos do recorrente para a apuração de supostos comportamentos contrários à lei.

Peço vênia para *dar provimento* ao recurso e entender nula a decisão impugnada.

RECURSO ESPECIAL N. 1.683.589-RO (2017/0169452-0)

Relator: Ministro Nefi Cordeiro

Recorrente: Ministério Público do Estado de Rondônia

Recorrido: Pedro Henrique Nogueira Lisboa

Advogado: Defensoria Pública do Estado de Rondônia

EMENTA

Recurso especial. Tentativa de furto. Atos executórios. Ingresso na residência. Início da subtração. Desnecessidade. Teoria mista. Adoção. Precedentes do STJ. Recurso provido.

1. Hipótese em que, surpreendido dentro da casa da vítima sem estar na posse de algum objeto, o réu foi absolvido, ao entendimento de que a ação constitui mero ato preparatório impunível.

2. Nos termos das teorias objetiva e subjetiva, o início dos atos executórios podem ser aferidos por outros elementos que antecedem a própria subtração da coisa, tais como, a pretensão do autor, a realização de atos tendentes à ação típica, ainda que periféricos, a idoneidade do ato para a realização da conduta típica e a probabilidade concreta de perigo ao bem jurídico tutelado, considerados os atos já realizados no momento da prisão do agente.

3. Embora a subtração não tenha sido efetivamente iniciada, o risco ao patrimônio de quem teve a casa já invadida, quando é o agente criminoso surpreendido, considerando-se a idoneidade da invasão para a realização da conduta típica, constituem relevantes atos periféricos indubitavelmente ligados ao tipo penal do delito de furto.

4. Os atos externados na conduta do agente, extraídos das premissas fáticas delineadas no acórdão, ultrapassaram meros atos de cogitação ou de preparação e, de fato, expuseram a perigo real o bem jurídico protegido pela norma penal.

5. Recurso especial provido para restabelecer a sentença condenatória.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de março de 2019 (data do julgamento).

Ministro Nefi Cordeiro, Presidente e Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nefi Cordeiro: Trata-se de recurso especial interposto pelo *Ministério Público do Estado de Rondônia* em face de acórdão assim ementado:

Tentativa de furto. Meros atos preparatórios. Atipicidade da conduta.

Impõe-se a absolvição do agente, ainda que surpreendido dentro do imóvel da vítima, se ele não praticou ato executório que venha a caracterizar a figura do furto tentado, sendo imperioso o reconhecimento da atipicidade dos atos praticados.

Nas razões recursais, com fundamento no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, o recorrente sustenta que o acórdão recorrido, ao dar provimento à apelação defensiva para absolver o réu da prática do crime de furto, na forma tentada, teria contrariado os arts. 155, *caput*, e 14, II, ambos do CP.

Pugna, assim, pelo provimento do recurso para condenar o réu pela prática do delito de furto tentado.

Contra-arrazoado e admitido na origem, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nefi Cordeiro (Relator): O recorrido foi condenado como incurso no art. 155, *caput*, *c/c* art. 14, II, ambos do CP à pena de 4 meses de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 10 dias-multa.

Interposta apelação defensiva, o recurso foi provido, por maioria, para absolver o acusado, com fundamento no art. 386, III, do CPP.

No recurso especial, o Ministério Público sustenta que as provas dos autos evidenciariam o início dos atos executórios do crime de furto, devendo ser restabelecida a condenação.

O Tribunal *a quo* utilizou os seguintes fundamentos para absolver o recorrido (fls. 185-187):

Narra o aditamento da denúncia (fl. 81) que no dia 5 de janeiro de 2014, por volta das 20 horas, na Av. Gonçalves Dias, 339, na comarca de Cacoal/RO, o apelante Pedro Henrique Nogueira Lisboa tentou subtrair para si coisas alheias móveis que guarneciam a residência da vítima Reinaldo Brandt.

Segundo apurado, o apelante foi a residência da vítima, escalou e pulou o muro até chegar ao quintal, arrombando a porta dos fundos e adentrando no imóvel.

Ocorre que em seguida, *a vítima retornou a residência e surpreendeu o apelante no local.*

A polícia foi acionada e o apelante não conseguiu subtrair nenhum objeto.

Encerrada a instrução processual e apresentadas as alegações finais, sobreveio a sentença, que condenou Pedro Henrique Nogueira Lisboa, pelo crime do art. 155, *caput*, c/c art. 14, II, do CP.

Pois bem. *A materialidade encontra-se comprovada pelas provas documentais e orais carreadas nos autos.*

No que diz respeito à autoria, o apelante negou a prática do crime, informando que viu duas pessoas entrando na casa da vítima, motivo que o levou ir até lá para ver o que estava acontecendo. Quando estava na frente da casa, o sobrinho da vítima chegou perguntando o que estava ocorrendo no local, tendo respondido que só estava ali porque tinha visto duas pessoas entrando na casa e resolveu ver o que era. O portão da residência estava entreaberto. Não pretendia furtar nenhum objeto da casa (fls. 13 e 101).

Por sua vez, *a vítima Reinaldo Brandt contou que foi a uma festa com sua esposa, não ficando ninguém em casa. Contudo, seu sobrinho que morava junto com o casal chegou à casa no momento dos fatos e se deparou com o apelante na sala do imóvel.* O apelante não chegou a furtar porque seu sobrinho o pegou de surpresa. Seu sobrinho contou que o apelante não estava na posse de nenhum objeto (fls. 15 e 102).

Pelos depoimentos dos autos é certo que o apelante foi surpreendido dentro da residência da vítima. No entanto, não se verificou o início do iter criminis por parte do apelante, permanecendo sua atuação em meros atos preparatórios, não puníveis.

Frise-se que o apelante não foi surpreendido na posse de nenhum objeto, mas somente dentro da sala imóvel.

Acerca do tema, Fernando Capez preleciona:

Preparação: prática dos atos imprescindíveis à execução do crime. Nessa fase ainda não se iniciou a agressão ao bem jurídico. O agente não começou a realizar o verbo constante da definição legal (o núcleo do tipo), logo o crime ainda não pode ser punido. [...]

Execução: o bem jurídico começa a ser atacado. Nessa fase o agente inicia a realização do núcleo do tipo, e o crime já se torna punível.

Fronteira entre o fim da preparação e o início da execução: é muito tênue a linha divisória entre o término da preparação e a realização do

primeiro ato executório. Torna-se assim, bastante difícil saber quando o agente esta preparando ou já está executando um crime. O melhor critério para tal distinção é o que entende que a execução se inicia com a prática do primeiro ato idôneo e inequívoco para a consumação do delito. Enquanto os atos realizados não forem aptos à consumação ou quando ainda estiverem inequivocadamente vinculados a ela, o crime permanece em sua fase de preparação. Desse modo, no momento em que o agente aguarda a passagem da vítima, escondido atrás de uma árvore, ainda não praticou nenhum ato idôneo para causar a morte daquela, nem se pode estabelecer indubitosa ligação entre esse fato e o homicídio a ser praticado. Da mesma forma, enquanto o ladrão estiver perambulando pela residência, sem começar a subtração do bem (iniciar a sua retirada da esfera de disponibilidade da vítima), a execução do furto ainda não principiou (Curso de Direito Penal - Parte Geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 264-265).

Nesse mesmo sentido ensina Cezar Roberto Bitencourt:

Preparação - constitui-se dos atos preparatórios, os quais são externos ao agente, que passa da cogitação à ação objetiva [...] Execução - dos atos preparatórios passa-se, naturalmente aos atos executórios. Atos de execução são aqueles que realizam efetivamente a conduta proibida (Código Penal comentado. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 37).

Ainda, Rogério Greco:

Se no caso concreto, depois de analisar detidamente a conduta do agente e uma vez aplicadas todas as teorias existentes que se prestam a tentar distinguir os atos de execução, que se configurarão em tentativa, dos atos meramente preparatórios, ainda assim persistir a dúvida, esta deverá ser resolvida em benefício do agente (Curso de Direito Penal. 12 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. v. 1. p. 242).

Destarte, verifica-se que o apelante não chegou a dar início aos atos executórios.

Muito embora tenha haja notícias nos autos de que o apelante teria arrombado a porta dos fundos para adentrar a residência, dando início ao crime de furto, não há nos autos nenhum laudo pericial para comprovar tal fato.

Logo, inexistindo prova de que efetivamente houve arrombamento ou, ao menos, dano da porta, bem como de que o apelante estava na posse de algum objeto pertencente a vítima, inviável a sua condenação.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso, para absolver Pedro Henrique Nogueira Lisboa, com fulcro no art. 386, III, do CPP.

Nos termos do art. 14, II, do CP, diz-se crime *tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente*. Não definindo o legislador o começo da execução, sobrevieram teorias com o propósito de interpretar a expressão legal, sendo as principais as teorias subjetiva, objetiva (objetiva-formal e objetiva-material) e objetivo-subjetiva (teoria objetiva individual).

Na hipótese, o Tribunal de origem, ao reformar a sentença, entendeu que não teria sido iniciado o *iter criminis*, ao ser surpreendido o agente dentro da casa sem estar na posse de algum objeto da vítima, constituindo a ação mero ato preparatório impunível, interpretação consentânea com a teoria objetivo formal.

A teoria adotada, entretanto, restringe demasiadamente o campo de incidência da tentativa, não abrangendo condutas que, apesar de não caracterizarem o início da ação típica (subtrair), são significativas, merecendo censura do direito penal (como o ingresso na residência da vítima sem que tenha sido iniciada a subtração da coisa), considerada, pelo critério objetivo-formal, mera fase de preparação e cogitação do delito, por não ter sido iniciada a conduta do núcleo subtrair.

Como pondera Cezar Roberto Bitencourt, *há entendimento de que a teoria objetivo formal necessita de complementação, pois, apesar de tê-la adotado e de o Código afirmar que o crime se diz tentado, quando iniciada a execução, não se consuma..., existem atos tão próximos e quase indissociáveis do início do tipo que merecem ser tipificados, como, por exemplo, alguém que é surpreendido dentro de um apartamento, mesmo antes de ter subtraído qualquer coisa* (fl. 525). Assim, *o plano do autor deverá ser entendido no sentido do dolo, como decisão de realizar determinada conduta típica, e demonstrado, na prática, através de indicadores externos, relacionados com o contexto em que a conduta se desenvolve, para que, finalmente, se defina como deve ser valorada a conduta* (fl. 525).

Desse modo, tem-se que o início dos atos executórios podem ser aferidos por outros elementos que antecedem a própria subtração da coisa, tais como a pretensão do autor, a realização de atos tendentes à ação típica, ainda que periféricos ao tipo, a idoneidade do ato para a realização da conduta típica e a probabilidade concreta de perigo ao bem jurídico tutelado, considerados os atos já realizados no momento da flagrância. Nesse sentido, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

Penal. Recurso especial. Quadrilha, tentativa de furto qualificado e lavagem de dinheiro. Art. 288 do CP. Elemento subjetivo do injusto. Fim específico de

cometer série indeterminada de crimes. Art. 1º, VII, da Lei n. 9.613/1998, antes do advento da Lei n. 12.850/2013. Inexistência de conceituação de organização criminosa no direito pátrio. Omissão não suprida pela Convenção de Palermo. Atipicidade da conduta. Extensão aos corréus condenados pelo mesmo delito. Crime impossível. Monitoramento policial. Aplicação das Súmulas n. 282 e 356 do STF. Dosimetria. Violação do art. 59 do CP quanto às vetoriais personalidade e motivos do crime. Compensação da confissão com a agravante do art. 62, I, do CP. Não indicação do dispositivo federal violado. Súmula n. 284 do STF. Atos executórios. Caracterização. Regime prisional e substituição da pena. Súmulas n. 282 e 356 do STF. Recurso especial do Ministério Público não provido. Recursos defensivos parcialmente conhecidos e, nessa extensão, parcialmente providos para alguns recorrentes e não providos para outros.

[...]

8. A distinção entre atos preparatórios e executórios é tormentosa e exige uma conjugação de critérios, tendo como ponto de partida a teoria objetivo-formal, de Beling, associada a outros parâmetros subjetivos e objetivos (como a complementação sob a concepção natural, proposta por Hans Frank), para que, consoante o tirocínio do julgador, seja possível definir se, no caso concreto, foram exteriorizados atos tão próximos do início do tipo que, conforme o plano do autor, colocaram em risco o bem jurídico tutelado.

9. Tal solução é necessária para se distinguir o começo da execução do crime, descrito no art. 14, II, do CP e o começo de execução da ação típica. *Quando o agente penetra no verbo nuclear, sem dúvida, pratica atos executórios. No entanto, comportamentos periféricos que, conforme o plano do autor, uma vez externados, evidenciam o risco relevante ao bem jurídico tutelado também caracterizam início da execução do crime.*

10. Não houve violação do art. 14, II, do CP, pois os atos externados ultrapassaram meros atos de cogitação ou de preparação e expuseram a perigo real o bem jurídico protegido pela norma penal, inclusive com a execução da qualificadora do furto. Os recorrentes, mediante complexa logística, escavaram por dois meses um túnel de 70,30 metros entre o prédio que adquiriram e o cofre da instituição bancária, cessando a empreitada, em decorrência de prisão em flagrante, quando estavam a 12,80 metros do ponto externo do banco, contexto que evidencia, de forma segura, a prática de atos executórios.

[...]

12. A iminência da consumação do crime justifica, a teor do art. 14, II, do CP, o percentual mínimo de redução de pena, na terceira etapa da dosimetria. Ademais, reanalisar o *iter criminis* percorrido ensejaria exame de fatos e provas, vedado no recurso especial, conforme Súmula n. 7 do STJ.

13. Recurso especial do Ministério Público não provido. Recurso especial de Jean Ricardo Galian parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido

para reconhecer a atipicidade da conduta constante no art. 1º, VII, da Lei n. 9.613/98, antes do advento da Lei n. 12.683/2012, e redimensionar a reprimenda do crime de furto tentado qualificado para 3 anos de reclusão e 60 dias-multa. Decisão que reconheceu a atipicidade do crime do art. 1º, VII, da Lei n. 9.613/1998 estendida, a teor do art. 580 do CPP, aos corréus *Raimundo de Souza Pereira, James Ximendes da Silva, Fabrísio Oliveira Santos e Djalma Lira de Jesus*, com fulcro no art. 580 do CPP. Recursos especiais de Fabrísio Oliveira Santos e Lucivaldo Laurindo parcialmente conhecidos e, nessa parte, providos para reconhecer a atipicidade da conduta constante no art. 1º, VII, da Lei n. 9.613/98, antes do advento da Lei n. 12.683/2012. Recursos especiais de Rodenilson Leite Alves, Cláudio Coberto Ferreira, Reginaldo Amaro Brasil, Ricardo Rodrigues de Oliveira, Ricardo Laurindo Costa, José Ronaldo Martins, Amarildo Dias Rocha, Maria Célia Pereira Moreira e Ricardo Pereira dos Santos parcialmente conhecidos e, nessa extensão, não providos. (REsp 1.252.770/RS, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 24/03/2015, DJe 26/03/2015).

Penal. Recurso especial. Tipicidade. Furto qualificado. Agentes que, depois de arrombada a porta de estabelecimento comercial, atingido o pátio e havida a apoderação dos bens cuja subtração pretendia-se, têm seu intento interrompido pela atividade policial. Tentativa configurada. Superação das fases de cogitação e preparação do delito. Parecer ministerial pelo provimento do recurso. Recurso provido, determinando-se o retorno dos autos à instância de origem para que dê continuidade ao exame da ação penal, superado o ponto aqui definido, com a fixação da pena.

1. Se, na cronografia do fato, a última fase alcançada ultrapassar meros atos de cogitação ou de preparação do delito, há de se dar relevo criminal ao fato e apenar seus agentes pelo crime, ao menos em sua forma tentada.

2. Na hipótese, arrombada a porta do estabelecimento comercial-vítima, *atingido o seu interior* e havida a apoderação do bem (embora não cessada a clandestinidade), a subtração - elementar do furto simples - não se concluiu, mas o arrombamento, componente do tipo derivado furto qualificado, sim e o crime só não foi finalizado porque obstado pela intervenção policial tempestiva.

3. Parecer ministerial pelo provimento do recurso.

4. Recurso provido, determinando o retorno dos autos à instância de origem para que dê continuidade ao exame da Ação Penal, superando o ponto aqui definido, com a fixação da pena. (REsp 1.178.317/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 26/10/2010, DJe 13/12/2010).

De fato, embora a subtração não tenha sido efetivamente iniciada, o risco ao patrimônio de quem teve a casa invadida, quando o agente criminoso é surpreendido, considerando-se a idoneidade da invasão para a realização da conduta típica, constituem relevantes atos periféricos indubitavelmente ligados

ao tipo penal do delito de furto. De modo que se inicia a tentativa com a atividade que materializa o plano delitivo do agente, aproximando-se da conduta típica. Assim, sendo flagrado dentro da residência na qual pretendia furtar, ainda que sem a subtração de nenhum objeto, caracterizada está a modalidade tentada de furto, e não mero ato preparatório.

Tem-se, assim, que os atos externados na conduta do agente, extraídos das premissas fáticas delineadas no acórdão, ultrapassaram meros atos de cogitação ou de preparação e, de fato, expuseram a perigo real o bem jurídico protegido pela norma penal. Dessa maneira, o ingresso do agente em residência alheia, sendo a empreitada interrompida apenas pela chegada de terceira pessoa ao local, não constitui mero atos preparatórios impuníveis.

Ante o exposto, voto por dar provimento ao recurso especial para restabelecer a sentença condenatória.

RECURSO ESPECIAL N. 1.688.163-RS (2017/0196629-4)

Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz

Recorrente: Ministério Público Federal

Recorrido: Irapuan Ubirai Linhares Welker

Advogado: Tito Livio Najar Porto - RS058930

EMENTA

Recurso especial. Crime de trânsito. Art. 309 da Lei n. 9.503/1997. Dirigir veículo automotor em via pública com a habilitação suspensa. Conduta delituosa. Não configuração. Princípio da legalidade. Atipicidade. Absolvição sumária mantida. Recurso especial não provido.

1. Com base no princípio da legalidade, considerando que o art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro tipifica como crime a conduta de “dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir,

gerando perigo de dano”, o fato narrado na denúncia, relativamente ao ponto em que afirma que o agente conduzia veículo automotor “com o direito de dirigir suspenso, causando perigo de dano”, não configura ilícito penal.

2. Nos termos dos precedentes desta Corte, o crime tipificado no art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro é de perigo concreto, sendo necessária a ocorrência de perigo real ou concreto, diante da exigência contida no próprio texto do dispositivo.

3. Absolvição sumária mantida, com alteração do fundamento do art. 395, III, para o do art. 397, III, ambos do Código de Processo Penal.

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, Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 11 de abril de 2019 (data do julgamento).

Ministro Rogerio Schietti Cruz, Relator

DJe 29.4.2019

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz: O *Ministério Público Federal* interpõe recurso especial, com fundamento no art. 105, III, “a”, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pela Oitava Turma Especializada do *Tribunal Regional Federal da 4ª Região* (Apelação Criminal n. 50420534020164047100/RS).

Consta dos autos que (fls. 388-394, grifei):

Irapuan Ubirai Linhares Welker foi denunciado como incurso nas sanções dos arts. 306 c/c 298, I, e 309, todos da Lei n. 9.503/1997, bem como dos arts.

129, 329 e 333, todos do Código Penal, vez que em, 15/12/2012, na condução do automóvel *Audi*, placas IRY5005, ao ser abordado por policiais rodoviários federais, ofereceu dinheiro para que o liberassem para ir para casa. Além disso, dirigia embriagado e com o direito de dirigir suspenso, bem como, para evitar o cumprimento da prisão já decretada, mediante violência, opôs-se à execução de ato legal do Policial Rodoviário Federal, causando-lhe lesões, consistentes em escoriações por instrumento contundente.

A denúncia foi recebida em relação a todos os delitos, com a ressalva entretanto, de que o acusado foi absolvido sumariamente dos crimes previstos nos arts. 306 e 309 da Lei n. 9.503/1997, com fundamento no art. 395, III, do Código de Processo Penal, em face da atipicidade das condutas, pois *Irapuan* estava com o direito de dirigir suspenso no momento do flagrante, ato que caracteriza infração administrativa disposta no art. 162 do Código de Trânsito Brasileiro e sujeita o infrator às penas de multa e apreensão do veículo, conforme decisão de fls. 80-88.

O Ministério Público Federal, às fls. 144-147, interpôs apelação tão somente quanto ao reconhecimento da atipicidade do delito descrito no art. 309 da Lei de Trânsito, e o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por maioria, negou provimento ao recurso, segundo o acórdão assim ementado (fls. 374-375, destaquei):

Penal. Processual Penal. Apelação criminal. Absolvição sumária. Dirigir com a habilitação suspensa. Artigo 309 do Código de Trânsito Brasileiro. Não configurado. Atipicidade. Absolvição sumária mantida. Desprovemento.

1. Com base no princípio da legalidade, considerando que o art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro tipifica como crime a conduta de 'dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano', o fato narrado na denúncia, relativamente ao ponto em que afirma que o agente conduzia veículo automotor 'com o direito de dirigir suspenso, causando perigo de dano' não configura ilícito penal.

2. Absolvição sumária mantida, com alteração do fundamento do art. 395, III, para o art. 397, III, ambos do Código de Processo Penal.

3. Desprovemento do apelo.

Dessarte, a necessidade da impugnação especial (fls. 388-394).

Nas razões do recurso especial, o ora recorrente aduz negativa de vigência ao art. 309 da Lei n. 9.503/1997.

Proferido juízo positivo de admissibilidade, à fl. 403, os autos vieram ao Superior Tribunal de Justiça.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não provimento do recurso especial (fls. 418-424).

VOTO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz (Relator):

I. Admissibilidade do recurso especial

O recurso especial merece ser conhecido, pois preenche os requisitos constitucionais, legais e regimentais para o seu processamento. Todavia, no mérito, deve ser desprovido.

II. Contextualização

Consta dos autos que (fls. 388-394):

Irapuan Ubirai Linhares Welker foi denunciado como incurso nas sanções dos arts. 306 c/c 298, I, e 309, todos da Lei n. 9.503/1997, bem como dos arts. 129, 329 e 333, todos do Código Penal, vez que em, 15/12/2012, na condução do automóvel *Audi*, placas IRY5005, ao ser abordado por policiais rodoviários federais, ofereceu dinheiro para que o liberassem para ir para casa. Além disso, dirigia embriagado e com o direito de dirigir suspenso, bem como, para evitar o cumprimento da prisão já decretada, mediante violência, opôs-se à execução de ato legal do Policial Rodoviário Federal, causando-lhe lesões, consistentes em escoriações por instrumento contundente.

A denúncia foi recebida em relação a todos os delitos, com a ressalva, entretanto, de que o acusado foi absolvido sumariamente dos crimes previstos nos arts. 306 e 309 da Lei n. 9.503/1997, com fundamento no art. 395, III, do Código de Processo Penal, em face da atipicidade das condutas, pois *Irapuan* estava com o direito de dirigir suspenso no momento do flagrante, ato que caracteriza infração administrativa descrita no art. 162 do Código de Trânsito Brasileiro e sujeita o infrator às penas de multa e apreensão do veículo.

Conforme a decisão de primeira instância (fls. 80-88, destaquei):

[...]

2. Da atipicidade da conduta prevista no art. 309 da Lei n. 9.503/1997.

Segundo a Defesa, a exordial acusatória imputa ao réu a prática do delito descrito no art. 309 da Lei n. 9.503/1997, tendo em vista que *Irapuan* “estaria dirigindo seu veículo com o direito de dirigir suspenso”, causando perigo de dano. *Todavia, referido dispositivo criminaliza a conduta de dirigir sem a devida permissão ou habilitação ou, ainda, se cassado esse direito.* Alega que se tratam de condutas distintas, sendo *tipificado penalmente apenas o ato de dirigir após a cassação do referido direito, fato que não se verifica no presente caso, de modo a conduta em tese praticada pelo réu é fato atípico.*

Conforme narrado na Denúncia, o acusado “*dirigia embriagado e com o direito de dirigir suspenso, causando perigo de dano, incidindo, deste modo, nas sanções do art. 309 da Lei n. 9.503/1997.*”

O crime previsto no art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro requer, para sua perfectibilização, que o agente, não possuindo habilitação para dirigir veículo automotor ou estando com a habilitação cassada, assim o faça, gerando perigo de dano à segurança viária:

“Art. 309. Dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano:

Penas - detenção, de 6 meses a 1 ano, ou multa.” No caso dos autos, verifica-se que o acusado estava com o direito de dirigir suspenso no período de 20/06/2012 a 11/09/2013, em decorrência de processo administrativo de suspensão de direito de dirigir por pontos, tendo sido liberado do impedimento por pena cumprida.

Deste modo, ao ser abordado pela Polícia Rodoviária Federal, em 15/12/2012, o réu dirigia seu veículo apesar de estar com o direito de dirigir suspenso, conduta que caracteriza infração administrativa prevista no art. 162 do Código de Trânsito Brasileiro, sujeitando o infrator às penas de multa e apreensão do veículo.

De todo o exposto, constata-se que a conduta em tese praticada pelo agente, qual seja, conduzir veículo automotor estando com o direito de dirigir suspenso, não se amolda ao tipo penal previsto no art. 309 da Lei n. 9.503/1997, constituindo, outrossim, infração administrativa.

*Sendo assim, acolho a preliminar defensiva e, com fulcro no art. 395, III, do Código de Processo Penal, **absolvo sumariamente Irapuan Ubirai Linhares Welker** da prática do delito previsto no art. 309 da Lei n. 9.503/1997, em face da atipicidade da conduta.*

O Ministério Público Federal interpôs apelação e transcreveu a decisão acima (fls. 144-147, grifei):

Em sua r. decisão ora recorrida o Juízo *a quo* assentou: [...]

Sendo assim, acolho a preliminar defensiva e, com fulcro no art. 395, III, do Código de Processo Penal, *absolvo sumariamente Irapuan Ubirai Linhares Welker* da prática do delito previsto no art. 309 da Lei n. 9.503/1997, em face da atipicidade da conduta.

Apenas em relação a este ponto o MPF não se conforma, já que há outros decididos na sentença, e recorre.

[..]

Entendo não ter havido leitura correta do art. 309 do Código de Trânsito.

A faculdade de dirigir no País está condicionada à obtenção de ato oficial habilitante: no que interessa ao caso, a habilitação para dirigir.

Mas este ato não é concedido perpetuamente ao condutor, ou seja, não existe um direito de dirigir que se incorpore ao patrimônio jurídico do condutor.

O ato habilitante é sempre condicionado a exames periódicos e a não ter havido o cometimento de infrações que gerem penalidades as quais afetem seja a existência seja a eficácia do dito ato.

Quando o ato habilitante existe, é válido e eficaz pode-se afirmar que o condutor dirige com a devida habilitação.

A norma do art. 309 considera conduta criminosa dirigir sem portar ato oficial habilitante para tal faculdade.

Este não portar pode ocorrer no plano da existência: o condutor não tem habilitação, ou porque nunca a obteve ou porque fora cassada.

Mas pode ocorrer o mesmo não portar no plano da eficácia: em virtude de penalidade administrativa o direito de dirigir está suspenso por certo período.

Ainda neste caso o condutor não portava a 'devida' habilitação.

Habilitação suspensão não é devida (=correta, hígida, completa).

É indubitoso, como referido na própria sentença recorrida que o apelado, quando flagrado, estava com seu direito de dirigir suspenso.

Ou seja, dirigia sem a 'devida' habilitação.

Entendo estar presente conduta típica a merecer condenação penal.

[...]

Requeiro a cassação da decisão recorrida quanto ao ponto e o recebimento da denúncia com o regular prosseguimento da instância criminal também em relação ao delito do art. 309 do Código de Trânsito.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por maioria, negou provimento ao recurso, conforme o acórdão (fls. 374-375, destaquei):

[...]

A denúncia descreveu os fatos, no ponto, da seguinte forma:

Em 15 de dezembro de 2012, por volta das 8h, na Rodovia BR 386, KM 424, no Posto da Polícia Rodoviária Federal de Montenegro, em Montenegro/RS, o denunciado, na condução do automóvel *Audi*, placas IRY5005, ao ser abordado pelos policiais rodoviários federais Anderson e Marcelo, ofereceu dinheiro aos policiais para que o liberassem para ir para casa.

(...) Isso porque os policiais constataram que *ele dirigia embriagado e com o direito de dirigir suspenso, causando perigo de dano.*

Cabe esclarecer que, no tocante à imputação de dirigir embriagado, houve também absolvição sumária, entretanto, sem recurso do Ministério Público Federal no ponto.

Consoante disciplina o Código de Trânsito Brasileiro, as penalidades administrativas de suspensão e de cassação do direito de dirigir são diversas, sendo esta reservada a casos mais graves, *in verbis*:

Art. 261. A penalidade de suspensão do direito de dirigir será aplicada, nos casos previstos neste Código, pelo prazo mínimo de um mês até o máximo de um ano e, no caso de reincidência no período de doze meses, pelo prazo mínimo de seis meses até o máximo de dois anos, segundo critérios estabelecidos pelo CONTRAN.

§ 1º. Além dos casos previstos em outros artigos deste Código e excetuados aqueles especificados no art. 263, a suspensão do direito de dirigir será aplicada quando o infrator atingir, no período de 12 meses, a contagem de 20 pontos, conforme pontuação indicada no art. 259.

§ 2º. Quando ocorrer a suspensão do direito de dirigir, a Carteira Nacional de Habilitação será devolvida a seu titular imediatamente após cumprida a penalidade e o curso de reciclagem.

§ 3º. A imposição da penalidade de suspensão do direito de dirigir elimina os 20 pontos computados para fins de contagem subsequente.

§ 4º. (*Vetado*).

§ 5º. O condutor que exerce atividade remunerada em veículo, habilitado na categoria C, D ou E, será convocado pelo órgão executivo de trânsito estadual a participar de curso preventivo de reciclagem sempre que, no período de um ano, atingir quatorze pontos, conforme regulamentação do Contran.

§ 6º. Concluído o curso de reciclagem previsto no § 5º, o condutor terá eliminados os pontos que lhe tiverem sido atribuídos, para fins de contagem subsequente.

§ 7º. Após o término do curso de reciclagem, na forma do § 5º, o condutor não poderá ser novamente convocado antes de transcorrido o período de um ano.

§ 8º. A pessoa jurídica concessionária ou permissionária de serviço público tem o direito de ser informada dos pontos atribuídos, na forma do art. 259, aos motoristas que integrem seu quadro funcional, exercendo atividade remunerada ao volante, na forma que dispuser o Contran.

[...]

Dessa forma, com base no princípio da legalidade, considerando que o art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro tipifica como crime a conduta de “dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação ou, ainda, s e cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano”, o fato narrado na denúncia, relativamente ao ponto em que afirma que o agente conduzia veículo automotor “com o direito de dirigir suspenso, causando perigo de dano” não configura ilícito penal.

Dessa forma, tenho por irretocável a decisão recorrida, prolatada nos seguintes termos

[...]

De todo o exposto, constata-se que a conduta em tese praticada pelo agente, qual seja, conduzir veículo automotor estando com o direito de dirigir suspenso, não se amolda ao tipo penal previsto no art. 309 da Lei n. 9.503/1997, constituindo, outrossim, infração administrativa.

Sendo assim, acolho a preliminar defensiva e, com fulcro no art. 395, III, do Código de Processo Penal, *absolvo sumariamente Irapuan Ubirai Linhares Welker* da prática do delito previsto no art. 309 da Lei n. 9.503/1997, em face da atipicidade da conduta.

*Assim, reputo, desde já, nesta fase de absolvição sumária, atípica a conduta praticada por **Irapuan** relativamente ao fato de dirigir veículo automotor com a habilitação suspensa, mantendo a sentença para absolvê-lo deste fato narrado na denúncia, com fundamento no art. 397, III, do Código de Processo Penal.*

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento à apelação.

III. Aduzida violação do art. 309 da Lei n. 9.503/1997

O recorrente alega que o acórdão negou vigência ao art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro pois considerou que o ato de dirigir com a habilitação suspensa não se amolda ao tipo penal em questão.

Dispõe o art. 309 da Lei n. 9.503/1997:

Art. 309. Dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano: Penas - detenção, de seis meses a um ano, ou multa”.

Da análise do tipo penal depreende-se, portanto, que a redação é taxativa ao descrever a conduta delituosa de quem dirige *sem habilitação*: “dirigir veículo automotor, em via pública, *sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação* ou, ainda, *se cassado o direito de dirigir*, gerando perigo de dano” (grifei).

Se o referido dispositivo legal, a exemplo de outros artigos espalhados pelo Código de Trânsito, pretendesse incluir o motorista habilitado, cujo direito de dirigir veículo automotor estivesse suspenso, o teria feito expressamente.

Conforme leciona Guilherme Nucci, em sua obra *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas* (11. ed., Rio de Janeiro: Forense, Rio de Janeiro, 2015, vol. 2, p. 1.123): “Suspende-se a permissão ou habilitação de quem já possui, proíbe-se de receber a permissão ou habilitação de quem ainda não tem. A permissão é a primeira habilitação de alguém [...]”.

Dessarte, quem teve o direito de dirigir suspenso não se enquadra nas situações acima mencionadas, porque continua habilitado a dirigir, razão pela qual o tipo penal descrito no art. 309 não abrange os motoristas nessa condição.

Ademais, o Código de Trânsito Brasileiro quis distinguir tais conceitos e o fez claramente, a exemplo do disposto nos arts. 162, 261, 263, 265, 307 e 309:

Art. 162. Dirigir veículo:

I - sem possuir Carteira Nacional de Habilitação, Permissão para Dirigir ou Autorização para Conduzir Ciclomotor: [...]

II - com Carteira Nacional de Habilitação, Permissão para Dirigir ou Autorização para Conduzir Ciclomotor cassada ou com suspensão do direito de dirigir:

[...]

Art. 261. A penalidade de suspensão do direito de dirigir será imposta nos seguintes casos:

[...]

Art. 263. A cassação do documento de habilitação dar-se-á:

I - quando, suspenso o direito de dirigir, o infrator conduzir qualquer veículo;

[...]

Art. 265. As penalidades de suspensão do direito de dirigir e de cassação do documento de habilitação serão aplicadas por decisão fundamentada da

autoridade de trânsito competente, em processo administrativo, assegurado ao infrator amplo direito de defesa.

[...]

Art. 307. Violar a suspensão ou a proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor imposta com fundamento neste Código:

[...]

Art. 309. Dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano: Penas - detenção, de seis meses a um ano, ou multa”.

Nesses termos, não assiste razão ao Ministério Público Federal ao interpretar, de forma diversa ao proposto pelo Código de Trânsito, o mencionado texto normativo (fl. 393, destaquei):

Quando a norma em comento estabelece que é crime dirigir veículo automotor em via pública sem a devida permissão para dirigir, está se referindo, também, à hipótese daquela pessoa que tem habilitação, mas que está com ela suspensa.

É exatamente esse o caso dos autos, pois o recorrido estava com o direito de dirigir suspenso por pontos no período entre 20/06/2012 a 11/09/2013, sendo que os fatos ocorreram em 15/12/2012.

[...]

Não é por demais dizer, que dirigir com a carteira de habilitação suspensa equivale a dirigir sem a devida permissão.

Conforme bem salientado no acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (fls. 374-375, grifei):

[...]

Dessa forma, com base no princípio da legalidade, considerando que o art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro tipifica como crime a conduta de ‘dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação ou, ainda, s e cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano’, o fato narrado na denúncia, relativamente ao ponto em que afirma que o agente conduzia veículo automotor ‘com o direito de dirigir suspenso, causando perigo de dano’ não configura ilícito penal.

Dessa forma, tenho por irretocável a decisão recorrida, prolatada nos seguintes termos

[...]

De todo o exposto, constata-se que a conduta em tese praticada pelo agente, qual seja, *conduzir veículo automotor estando com o direito de dirigir suspenso, não se amolda ao tipo penal previsto no art. 309 da Lei n. 9.503/1997, constituindo, outrossim, infração administrativa.*

Segundo a lição de Renato Marcão, em *Crimes de Trânsito – Anotações e interpretação jurisprudencial da Lei n. 9.503/1997 –*, 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2013, p. 213:

Para que exista correspondência típica é imprescindível que o agente se ponha a conduzir veículo motor, em via pública, sem a devida permissão ou habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir.

A habilitação para categoria diversa da que se enquadra o veículo conduzido nas condições do art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro também tipifica o crime.

Estando o direito de dirigir apenas suspenso, o crime é o do art. 307 do Código de Trânsito Brasileiro.

Mas não é só.

É preciso que da maneira de conduzir decorra perigo concreto, pois, do contrário, haverá apenas infração administrativa.

Dessarte, a interpretação mais razoável e adequada à espécie é aquela realizada pela Corte de origem, no sentido de afastar o entendimento pretendido pelo *Parquet* federal, que, se adotado, implicaria negativa de vigência ao princípio da legalidade.

Ademais, como ressaltado pelo Subprocurador-Geral da República Francisco Xavier Pinheiro Filho (fls. 421 e 424, grifei)

Como se vê, o art. 309, da Lei n. 9.503/1997, textualmente exige que, para restar caracterizado o crime de direção sem permissão ou habilitação, é necessária a ocorrência de perigo real ou concreto, ou seja, exige-se prova da probabilidade de efetivação do dano. O condutor deixa de cumprir uma determinação administrativa necessária à condução de veículo automotor, sendo punido quando houver perigo de dano, sendo este, portanto, um crime de perigo concreto.

12. Nesse sentido, é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Penal. Processual Penal. Agravo regimental. Art. 309 da Lei n. 9.503/1997. Crime de perigo concreto. Tipicidade material. Necessidade de reexame de provas. Súmula 7/STJ.

I - Nos termos dos precedentes desta Corte, o crime tipificado no art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro é de perigo concreto, sendo necessária a ocorrência de perigo real ou concreto, diante da exigência contida no próprio texto do dispositivo.

II - O pleito de reconhecimento de tipicidade material da conduta, isto é, da situação de perigo concreto no caso dos autos, esbarra no óbice consubstanciado na Súmula 7/STJ, pois o suposto perigo não foi reconhecido pelas instâncias ordinárias, soberanas na análise da prova.

Agravo regimental desprovido" (*AgRg no AREsp n. 1.027.420/SE*, Rel. Ministro Felix Fischer, 5ª T., DJe 22/3/2017).

[...]

No caso em apreço, não houve a demonstração do perigo concreto decorrente da conduta do ora recorrido em dirigir sem habilitação. O eventual perigo de dano teria decorrido da embriaguez ao volante, a qual configura crime distinto. No entanto, houve absolvição também quanto a este delito, não tendo havido recurso quanto ao tema (fls. 80/88 e-STJ).

IV. Dispositivo

À vista do exposto, com fulcro no art. 932, IV, "a" do CPC, c/c o art. 34, XVIII, "b", parte final, do RISTJ, *nego provimento ao recurso especial*.

RECURSO ESPECIAL N. 1.710.209-SP (2017/0297174-1)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Recorrente: Everson Henrique Vitor Germano

Advogado: Defensoria Pública do Estado de São Paulo

Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA

Recurso especial. Penal e Processual Penal. Tentativa de homicídio. Pronúncia. Excesso de linguagem. Conclusão peremptória acerca da intenção do agente. Matéria fática controvertida. Refutação

direta da tese da defesa. Invasão da competência do Tribunal do Júri. Recurso especial provido.

1. O art. 413, § 1º, do Código de Processo Penal determina que a decisão ou o acórdão de pronúncia devem limitar-se à indicação da materialidade do fato e à verificação dos indícios suficientes de autoria ou de participação. Portanto, é vedado ao Juízo processante ou ao Tribunal *a quo* apresentar conclusões peremptórias acerca da dinâmica dos fatos nesta fase processual, sob pena de usurpação da competência do Tribunal do Júri.

2. Ao declarar de maneira resoluta que o Agente “visava atingir órgão vital do corpo do ofendido”, a Corte estadual assentou verdadeira conclusão fática final acerca da intencionalidade do Acusado em sua conduta, emitindo juízo de mérito em matéria cuja cognição está reservada à análise soberana do Tribunal do Júri.

3. A assertiva contida no acórdão recorrido assume ainda maior relevância porque refuta de forma direta e conclusiva a versão defensiva sustentada pelo Recorrente, o qual afirmou em juízo que não pretendia atingir órgão vital da vítima, mas apenas golpear a sua mão, tratando-se, portanto, de um aspecto fático controvertido.

4. O acórdão recorrido encontra-se maculado por nulidade insanável, decorrente do excesso de linguagem, sendo necessária a anulação do referido ato judicial, a fim de que um novo acórdão seja proferido. Precedentes.

5. Recurso especial provido para anular o acórdão recorrido e determinar que outro seja proferido, com linguagem sóbria e comedida, nos termos do art. 413, § 1º, do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar 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), 19 de março de 2019 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJe 3.4.2019

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de recurso especial interposto por *Everson Henrique Vitor Germano*, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea *a*, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Recurso em Sentido Estrito n. 0005340-75.2014.8.26.0052).

Consta nos autos que o Juízo da 1ª Vara do Tribunal do Júri da Comarca de São Paulo/SP, ao final da primeira fase do procedimento especial aplicável aos crimes dolosos contra vida, desclassificou a conduta do Recorrente de tentativa de homicídio para lesões corporais, remetendo os autos ao juízo competente (fls. 122-125).

Irresignado, o Ministério Público estadual recorreu ao Tribunal *a quo*, que deu provimento ao recurso acusatório para “pronunciar Everson Henrique Vitor Germano como incurso nas sanções do o artigo 121, *caput*, c.c. o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, para que seja submetido a julgamento em Plenário” (fls. 201-202).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (fls. 221-224).

Nas razões do recurso especial, o Recorrente aponta ofensa ao art. 413, § 1º, do Código de Processo Penal, sob o argumento de que o acórdão recorrido incorreu em excesso de linguagem ao usar a frase “está evidenciado que o agente visava atingir órgão vital do corpo do ofendido” (fl. 247).

Nesse aspecto, o Recorrente obtempera que o Tribunal estadual avançou sobre o mérito das teses fáticas defensivas e promoveu uma “apreciação exaustiva do *thema decidendum* apto a influir na convicção dos jurados” (fl. 247).

Contrarrazões às fls. 254-260.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Dr. Moacir Mendes Sousa, opinou pelo desprovimento do recurso especial (fls. 289-296).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): Como se sabe, o art. 413, § 1º, do Código de Processo Penal determina que a decisão ou o acórdão de pronúncia e, por consequência, os pronunciamentos judiciais que os confirmem, devem limitar-se à indicação da materialidade do fato e à verificação dos indícios suficientes de autoria ou de participação. Portanto, é vedado ao Juízo processante ou ao Tribunal togado apresentar conclusões peremptórias acerca da dinâmica dos fatos nesta fase processual, sob pena de usurpação da competência do Tribunal do Júri.

Por essa razão, a jurisprudência desta Corte Superior orienta-se no sentido de que a pronúncia deve conter um pronunciamento judicial em linguagem sóbria e comedida, a fim de não influir de maneira direta no convencimento dos jurados, mas apenas certificar a existência do crime e dos indícios de autoria.

A esse respeito, confira-se:

Processo Penal. Agravo regimental no recurso especial. Homicídio. Decisão de pronúncia. Art. 413 do CPP. Excesso de linguagem. Não ocorrência.

1. A decisão de pronúncia não revela juízo de mérito, mas apenas de admissibilidade da acusação, direcionando o julgamento da causa para o Tribunal do Júri, órgão competente para julgar os crimes dolosos contra a vida. Para tanto, basta a demonstração da materialidade do fato e a existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, conforme disciplina o art. 413 do Código de Processo Penal. **Contudo, não se pode adentrar no mérito da causa, a ser apreciado exclusivamente pelo Tribunal do Júri, constitucionalmente competente para julgar os crimes dolosos contra a vida, evitando-se, assim, uma conotação de condenação antecipada, ou seja, um prejulgamento da acusação.**

2. Não prospera a alegação de excesso de linguagem por ocasião da sentença de pronúncia, uma vez que o julgador de primeiro grau, em momento algum, declinou um juízo de convicção a respeito da culpabilidade do recorrente, cuidando apenas de apresentar elementos de prova mínimos - e estritamente necessários - para reconhecer a prova da materialidade e indícios da autoria e participação de crime doloso contra a vida, a ser julgado pelo Tribunal do Júri, afastando inclusive a absolvição sumária por não haver demonstração de manifesta causa excludente.

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1.722.079/RO, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 05/04/2018, DJe de 13/04/2018; sem grifos no original.)

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Tentativa de homicídio duplamente qualificado. Nulidade. Pronúncia. Acórdão. Recurso em sentido

estrito. Excesso de linguagem. Violação do art. 413, § 1º, do CPP. Não ocorrência. Agravo regimental não provido.

1. O *judicium accusationis* constitui mero juízo de admissibilidade da acusação. Assim, muito embora a decisão de pronúncia, dada sua importância para o réu, deva ser bem fundamentada, sob pena de nulidade, nos termos do inciso IV do art. 93 da Carta Magna, **o magistrado deve utilizar linguagem sóbria e comedida, a fim de não exercer qualquer influência no ânimo dos jurados e ficar adstrito ao reconhecimento da existência do crime e de indícios de autoria**. Nesse contexto, não há que se falar em excesso de linguagem, se o *decisum* limitou-se a apontar as provas que dão suporte à acusação.

2. Não prospera a alegação de excesso de linguagem por ocasião da pronúncia, pois as instâncias de origem não emitiram juízo de valor acerca da certeza da autoria, mas, tão somente, demonstraram, no vasto acervo probatório, a prova da materialidade e a existência de indícios suficientes que apontam o recorrente como o autor dos fatos narrados na denúncia.

3. Agravo regimental não provido. (AglInt no AREsp 1.055.899/ES, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 26/09/2017, DJe de 09/10/2017; sem grifos no original.)

No caso, contudo, a Corte estadual, ao reformar a decisão de primeiro grau para pronunciar o Recorrente, afirmou de maneira categórica o seguinte, *in verbis*:

A natureza das lesões, em tais circunstâncias, não pode subtrair o Recorrido do julgamento perante o Júri Popular, porque **está evidenciado** que o **agente visava atingir órgão vital do corpo do ofendido**, conduta que pode se revestir de *animus necandi*. (fl. 201, sem grifos no original).

Com efeito, ao declarar de maneira resoluta que o Agente “visava atingir órgão vital do corpo do ofendido”, a Corte estadual assentou verdadeira conclusão fática final acerca da intencionalidade do Acusado em sua conduta, emitindo juízo de mérito em matéria cuja cognição está reservada à análise soberana do Tribunal do Júri.

Esta declaração do Tribunal de origem assume ainda maior relevância porque refuta de forma direta e conclusiva a versão defensiva sustentada pelo Recorrente, o qual afirmou em juízo que não pretendia atingir órgão vital da vítima, mas apenas golpear a sua mão (fls. 140-142). Desse modo, em se tratando de matéria fática controvertida de extrema relevância para a aferição do dolo do agente, não poderia a Corte estadual afirmar peremptoriamente que o Recorrente pretendia atingir esta ou aquela parte do corpo da vítima.

Ao revés, como já explanado, deveria o acórdão de pronúncia limitar-se a indicar a presença de indícios capazes de sustentar a versão acusatória, mas sem realizar nenhum juízo de definitivo acerca dos aspectos fáticos disputados entre a defesa e a acusação. Assim, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, o acórdão recorrido encontra-se maculado por nulidade insanável, decorrente do excesso de linguagem, sendo necessária a anulação do referido ato judicial a fim de que um novo acórdão seja proferido.

Nesse sentido:

Recurso especial. Tribunal do Júri. Pronúncia. Excesso de linguagem reconhecido pelo Tribunal de origem. Recurso exclusivo da defesa. Recurso especial provido.

1. Reconhecido pelo Tribunal *a quo* o excesso de linguagem na decisão de pronúncia, em observância ao recente entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que, em atenção ao art. 472 do CPP e à vedação aos pronunciamentos ocultos, *não é suficiente a determinação de que seja riscado do texto da pronúncia parágrafo considerado por aquela Corte abusivo na linguagem adotada. Deve, portanto, ser declarada a nulidade do decisum, a fim de outro ser prolatado sem o vício apontado.*

2. Recurso especial provido para anular a decisão de pronúncia e determinar o retorno dos autos ao Juízo de primeiro grau. (REsp 1.432.464/MT, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 08/11/2018, DJe de 26/11/2018; sem grifos no original.)

Recurso especial. Processo Penal. Violação do art. 413, § 1º, do CPP. Homicídio qualificado. Omissão imprópria atestada na sentença de pronúncia. Excesso de linguagem. Ocorrência. Anulação que se impõe. Entendimento que guarda correlação com a jurisprudência consolidada do STF.

1. Ao afirmar que a omissão imprópria é que gerou o resultado morte, a Magistrada pronunciante acabou por expressar sua convicção pessoal quanto à culpa da acusada, o que pode influenciar a deliberação do júri.

2. O acórdão que mantém a sentença de pronúncia não pode se exceder de modo a prejudicar o acusado. O excesso de linguagem é evidente se o Tribunal de origem conclui que a autoria é "absolutamente inquestionável", além de tecer outras considerações conclusivas sobre o mérito da causa. Deveria a Corte estadual limitar-se a verificar a existência de indícios suficientes de autoria, não lhe competindo concluir pela certeza de que o paciente seria o autor do delito (HC n. 310.941/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 16/3/2015).

3. Acolhe-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal (RHC n. 122.909/SE, Segunda Turma, DJe 12/12/2014; e HC n. 123.311/PR, Primeira Turma, DJe

27/10/2015) no sentido de que, **reconhecida a existência de excesso de linguagem na sentença pronúncia ou no acórdão confirmatório, a anulação da decisão é providência jurídica adequada.**

4. No caso dos autos, há evidente excesso de linguagem na sentença de pronúncia.

5. Recurso especial provido a fim de que, reconhecida a existência de excesso de linguagem na sentença de pronúncia, seja anulada a sentença, determinando-se que outra seja prolatada, sem o vício apontado. (REsp 1.647.372/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 23/05/2017, DJe de 30/05/2017, sem grifos no original.)

Ante o exposto, *dou provimento* ao recurso especial para anular o acórdão recorrido e determinar que outro seja proferido, com linguagem sóbria e comedida, nos termos do art. 413, § 1º, do Código de Processo Penal.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.762.043-SC (2018/0219130-8)

Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior

Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Recorrido: Maria Hilda de Oliveira Moreira

Advogado: Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina

EMENTA

Recurso especial. Direito Penal. Execução penal. Decreto n. 14.454/2017. Indulto especial do Dia das Mães. Art. 1º do Decreto. *Mulheres presas*: expressão que engloba as presas em regime aberto. Manutenção da decisão que concedeu o indulto.

1. O *caput* do art. 1º do Decreto n. 14.454/2017 se refere às mulheres presas, nacionais ou estrangeiras, sem acrescentar nenhuma restrição de qualquer ordem. Não se explicitou, no referido artigo, que apenas seriam agraciadas com o indulto as presas em cumprimento de pena no regime fechado ou semiaberto.

2. Como bem ressaltou o Tribunal de origem, seria ilógico conceder o benefício para presas do regime semiaberto e ao mesmo tempo criar óbices àquelas do regime aberto, tendo em vista que, pelo critério progressivo de cumprimento da pena, esta possui mais méritos para retornar ao convívio social do que aquela. Ademais, estar-se-ia infringindo a regra de que *quem pode o mais, pode o menos* (raciocínio *a maiori, ad minus*).

3. No mais, sabe-se que o regime aberto se constitui como uma forma de prisão, a mais branda delas, mas, ainda assim, uma forma de prisão. Por sua vez, se na prática, por absoluta ineficiência do Estado em proporcionar estabelecimentos prisionais adequados, o condenado vem a cumprir pena em prisão domiciliar, tais razões não afastam o fato de que se trata de réu condenado à pena privativa de liberdade em regime aberto.

4. Por fim, entendo que essa interpretação da norma também se alinha com o compromisso assumido internacionalmente pelo Brasil nas Regras de Bangkok – normativa mais recente da ONU, especialmente direcionada para o tratamento das mulheres presas, devendo ser mantida a decisão que concedeu o indulto à apenada que se encontrava em regime aberto.

5. Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 09 de abril de 2019 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior, Relator

DJe 25.4.2019

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: Trata-se de recurso especial interposto pelo *Ministério Público de Santa Catarina*, com fundamento na alínea

a do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça local.

Consta dos autos que a ré foi condenada pelo delito previsto no art. 99, § 2º, da Lei n. 10.741/2003, ao cumprimento da pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, e que, ao cumprir a sua pena, o Juízo da Vara Criminal da comarca de Curitiba/SC concedeu à ora recorrida o indulto especial do dia das mães, julgando extinta a sua pena.

A acusação interpôs agravo em execução penal, argumentando que não seria cabível a concessão de indulto no presente caso, pois o decreto de 12/4/2017 prevê a concessão do benefício apenas para as apenadas presas, não alcançando, assim, as reeducandas que estejam cumprindo pena em regime aberto.

O Tribunal de origem negou provimento ao recurso, nos termos da seguinte ementa (fl. 37):

Agravo em execução penal. Indulto especial de Dia das Mães. Decreto Presidencial 14.454/2017. Decisão que concede o benefício para presa do regime aberto. Insurgência do Ministério Público. Previsão expressa de que a benesse se estende apenas para apenadas presas que não prejudica o direito da agravada. Regime aberto que, essencialmente, é uma modalidade mais branda de prisão. - Seria ilógico conceder o benefício para presas do regime semiaberto e ao mesmo tempo criar óbices para presas do regime aberto, tendo em vista que pelo critério progressivo de cumprimento da pena, esta possui mais méritos para retornar ao convívio social do que aquela. Decisão acertada. Recurso conhecido e desprovido.

No presente recurso (fls. 53/64), o recorrente alega que houve violação do art. 1º, *caput*, do Decreto Presidencial n. 14.454/2017, ao fundamento de que as instâncias ordinárias não poderiam permitir a concessão de indulto à reeducanda que se encontrava cumprindo pena em regime aberto.

Defende que o Decreto n. 14.454/2017 apenas prevê a concessão de indulto às apenadas presas, sem qualquer ressalva quanto àquelas que se encontram em regime aberto e, tratando-se o indulto de instituto cujas condições são restritas, incabível interpretação extensiva para aferição de seus requisitos.

Aduz, ainda, que *a preocupação da Comissão idealizadora do Decreto foi justamente retirar a mulher do cárcere, por entender que a situação peculiar de mãe, de avó, de esposa, etc, não é compatível com o sistema degradante dos presídios no país, tais como atualmente se encontram* (fls. 60/61), razão pela qual se torna ilógico sua extensão às mulheres que já se encontram em regime aberto.

Sustenta que *seja em razão da análise puramente literal da norma (termo “mulheres presas”) ou pela interpretação teleológica, depreende-se que as condenadas cujo resgate da reprimenda se dá em regime aberto não fazem jus à concessão do indulto* (fl. 61).

Pleiteia a reforma do acórdão recorrido a fim de afastar a possibilidade de concessão de indulto à recorrida.

Oferecidas contrarrazões (fls. 78/82), o recurso foi admitido na origem (fls. 91/93).

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso (fl. 169):

Recurso especial. Execução da pena. Decreto presidencial de 12 de abril de 2017. Pleito pelo afastamento do indulto. Impossibilidade. Art. 1º do Decreto Presidencial que alcança as mulheres em regime aberto. Dispositivo invocado não violado. Desprovimento do recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Relator): Presentes os requisitos de admissibilidade, o recurso merece ser conhecido.

No caso, a recorrida foi condenada a cumprir pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto. Posteriormente, progrediu ao regime aberto. O Juiz singular concedeu o benefício do indulto especial do dia das mães, com base no Decreto Presidencial n. 14.454/2017, e o Tribunal de origem manteve a referida concessão.

Consta do Decreto Presidencial n. 14.454/2017, o seguinte artigo:

Art. 1º O indulto especial será concedido às mulheres presas, nacionais ou estrangeiras, que, até o dia 14 de maio de 2017, atendam, de forma cumulativa, aos seguintes requisitos:

I - não estejam respondendo ou tenham sido condenadas pela prática de outro crime cometido mediante violência ou grave ameaça;

II - não tenham sido punidas com a prática de falta grave; e

III - se enquadrem, no mínimo, em uma das seguintes hipóteses:

a) mães condenadas à pena privativa de liberdade por crimes cometidos sem violência ou grave ameaça, que possuam filhos, nascidos ou não dentro do

sistema penitenciário brasileiro, de até doze anos de idade ou de qualquer idade se pessoa com deficiência, nos termos da Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015 - Estatuto da Pessoa com Deficiência, que comprovadamente necessite de seus cuidados, desde que cumprido um sexto da pena;

b) avós condenadas à pena privativa de liberdade por crimes cometidos sem violência ou grave ameaça, que possuam netos de até doze anos de idade ou de qualquer idade se pessoa com deficiência que comprovadamente necessite de seus cuidados e esteja sob a sua responsabilidade, desde que cumprido um sexto da pena;

c) mulheres condenadas à pena privativa de liberdade por crimes cometidos sem violência ou grave ameaça, que tenham completado sessenta anos de idade ou que não tenham vinte e um anos completos, desde que cumprido um sexto da pena;

d) mulheres condenadas por crime praticado sem violência ou grave ameaça, que sejam consideradas pessoa com deficiência, nos termos do art. 2º do Estatuto da Pessoa com Deficiência;

e) gestantes cuja gravidez seja considerada de alto risco, condenadas à pena privativa de liberdade, desde que comprovada a condição por laudo médico emitido por profissional designado pelo juízo competente;

f) mulheres condenadas à pena privativa de liberdade não superior a oito anos, pela prática do crime previsto no art. 33, da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, e a sentença houver reconhecido a primariedade da agente, os seus bons antecedentes, a não dedicação às atividades criminosas e a não integração de organização criminosa, tendo sido aplicado, em consequência, o redutor previsto no § 4º do referido artigo, desde que cumprido um sexto da pena;

g) mulheres condenadas à pena privativa de liberdade não superior a oito anos por crime praticado sem violência ou grave ameaça, desde que cumprido um quarto da pena, se não reincidentes; ou

h) mulheres condenadas à pena privativa de liberdade não superior a oito anos por crime praticado sem violência ou grave ameaça, desde que cumprido um terço da pena, se reincidentes.

Em suma, discute-se, no presente recurso, se o benefício do indulto especial por ocasião do dia das mães, previsto no art. 1º do Decreto Presidencial n. 14.454/2017, pressupõe que a mulher esteja em regime fechado ou semiaberto, ou se alcança também as mulheres que se encontram cumprindo pena em meio aberto.

De acordo com o *Parquet* estadual, a literalidade do artigo em questão revela que o legislador se referiu apenas às mulheres que se encontram presas, ou seja, àquelas que se encontram em regime fechado ou semiaberto.

Contudo, entendo que não seja essa a *mens legis*, uma vez que não houve restrição explícita às reeducandas do regime aberto.

Ora, o *caput* se refere apenas às mulheres presas, nacionais ou estrangeiras, sem acrescentar nenhuma restrição de qualquer ordem. Não se explicitou, no referido artigo, que apenas seriam agraciadas com o indulto as presas em cumprimento de pena no regime fechado ou semiaberto.

Em verdade, a intenção do legislador no *caput* foi abarcar todas as mulheres presas no Brasil, impondo requisitos para aferição do benefício apenas nos seus parágrafos.

Por seu turno, na quase totalidade dos parágrafos do art. 1º, vê-se que se referiu às mulheres condenadas a penas privativas de liberdade. Portanto, no momento em que o legislador optou por restringir o sentido da norma, ele o fez expressamente.

No mais, como bem ressaltou o Tribunal de origem, *seria ilógico conceder o benefício para presas do regime semiaberto e ao mesmo tempo criar óbices para presas do regime aberto, tendo em vista que pelo critério progressivo de cumprimento da pena, esta possui mais méritos para retornar ao convívio social do que aquela* (fl. 40).

E, nessa linha de raciocínio, ao conceder um benefício para as presas do regime fechado ou semiaberto e não conceder para as presas do regime aberto, estar-se-ia infringindo a regra de que *quem pode o mais, pode o menos* (raciocínio *a maiori, ad minus*).

Ademais, o regime aberto constitui-se como uma forma de prisão, a mais branda delas, mas, ainda assim, uma forma de prisão.

De acordo com o Código Penal, o preso em regime aberto deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido em casa de albergado ou estabelecimento adequado durante o período noturno e nos dias de folga.

Por sua vez, se na prática, como bem asseverado pela Corte *a quo*, por absoluta ineficiência do Estado em proporcionar estabelecimentos prisionais adequados, o condenado vem a cumprir pena em prisão domiciliar, tais razões não afastam o fato de que se trata de réu condenado à pena privativa de liberdade em regime aberto (ou seja, réu preso).

Sendo assim, não há falar que os condenados em regime aberto não são presos.

Por fim, entendo que essa interpretação da norma também se alinha com o compromisso assumido internacionalmente pelo Brasil nas Regras de Bangkok – normativa mais recente da ONU, especialmente direcionada para o tratamento das mulheres presas.

Segundo o Ministro Ricardo Lewandowski no *Habeas Corpus* n. 143.641/SP:

Essas Regras propõem olhar diferenciado para as especificidades de gênero no encarceramento feminino, tanto no campo da execução penal, como também na priorização de medidas não privativas de liberdade, ou seja, que evitem a entrada de mulheres no sistema carcerário.

Apesar de o Governo Brasileiro ter participado ativamente das negociações para a elaboração das Regras de Bangkok e a sua aprovação na Assembleia Geral das Nações Unidas, até o momento elas não foram plasmadas em políticas públicas consistentes, em nosso país, sinalizando, ainda, o quanto carece de fomento a implementação e a internalização eficaz pelo Brasil das normas de direito internacional dos direitos humanos.

E cumprir esta regra é um compromisso internacional assumido pelo Brasil.

Embora se reconheça a necessidade de impulsionar a criação de políticas públicas de alternativas à aplicação de penas de prisão às mulheres, é estratégico abordar o problema primeiramente sob o viés da redução do encarceramento feminino provisório. De acordo com as Regras de Bangkok, deve ser priorizada solução judicial que facilite a utilização de alternativas penais ao encarceramento, principalmente para as hipóteses em que ainda não haja decisão condenatória transitada em julgado

Dessa forma, em atenção à necessidade de se encontrar formas alternativas ao cárcere em decorrência da situação especial da mulher (regras de Bangkok), a possibilidade mais adequada se demonstra na concessão de indulto às presas mulheres que estejam cumprindo pena em regime aberto.

Sobre o caso em questão, o Tribunal *a quo* deixa claro que a reeducanda cumpriu os demais requisitos para concessão do indulto (fl. 41):

Outrossim, verifica-se que na época do Decreto inexistia notícia sobre a prática de falta grave, do mesmo modo que não se vislumbrou a existência de antecedentes criminas. Além disso, a apenada possui mais de 60 anos de idade e, como visto alhures, cumpriu mais de um sexto da pena, tudo a evidenciar o atendimento aos requisitos legais para a concessão do indulto.

Sendo assim, o acórdão recorrido não merece reforma, visto que realmente é devida a concessão do benefício de indulto à condenada.

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

RECURSO ESPECIAL N. 1.795.341-RS (2018/0251111-5)

Relator: Ministro Nefi Cordeiro

Recorrente: Dalvani Albarello

Recorrente: Luis Fabiano Leaes Nery

Recorrente: Sergio Arino de Souza

Advogados: Ana Lúcia Santos da Motta - RS060338

Jairo Luis Cutinski e outro(s) - RS076915

Recorrente: Jeferson Wbatuba Mota

Advogado: Jader da Silveira Marques - RS039144

Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

EMENTA

Recurso especial. Art. 305 do CPM. Nulidade. Interceptação telefônica. Prova emprestada. Quebra da cadeia de custódia da prova. Falta de acesso à integralidade das conversas. Evidenciado pelo Tribunal de origem a existência de áudios descontinuados, sem ordenação, sequencial lógica e com omissão de trechos da gravação. Filtragem estabelecida sem a presença do defensor. Nulidade reconhecida. Prescrição configurada. Recursos providos. Decretada a extinção da punibilidade.

1. *A quebra da cadeia de custódia tem como objetivo garantir a todos os acusados o devido processo legal e os recursos a ele inerentes, como a ampla defesa, o contraditório e principalmente o direito à prova lícita. O instituto abrange todo o caminho que deve ser percorrido pela prova até sua análise pelo magistrado, sendo certo que qualquer interferência durante o trâmite processual pode resultar na sua imprestabilidade* (RHC 77.836/PA, Rel.

Ministro *Ribeiro Dantas*, *Quinta Turma*, julgado em 05/02/2019, DJe 12/02/2019).

2. É dever o Estado a disponibilização da integralidade das conversas advindas nos autos de forma emprestada, sendo inadmissível a seleção pelas autoridades de persecução de partes dos áudios interceptados.

3. A apresentação de parcela do produto extraído dos áudios, cuja filtragem foi estabelecida sem a presença do defensor, acarreta ofensa ao princípio da paridade de armas e ao direito à prova, porquanto a pertinência do acervo probatório não pode ser realizado apenas pela acusação, na medida em que gera vantagem desarrazoada em detrimento da defesa.

4. Reconhecida a nulidade, inegável a superveniência da prescrição, com fundamento no art. 61 do CPP.

5. Recursos especiais providos para declarar a nulidade da interceptação telefônica e das provas dela decorrentes, reconhecendo, por consequência, a superveniência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, de ofício.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento aos recursos especiais, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schiatti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro.

Dr(a). Jader da Silveira Marques, pela parte recorrente: Jeferson Wbatuba Mota

Brasília (DF), 07 de maio de 2019 (data do julgamento).

Ministro Nefi Cordeiro, Presidente e Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nefi Cordeiro: Trata-se de recurso especial interposto em face de acórdão assim ementado:

Apelação criminal militar. Crime de concussão - Art. 305, "caput", CPM. Preliminar. Juntada de documentos em segunda instância. Impossibilidade. Destranhamento. 1. Embora possível, como regra, a juntada de documentos em qualquer fase do processo, aqueles imprescindíveis devem ser providenciados no curso da instrução criminal, sob pena de incorrer na violação aos princípios do duplo grau de jurisdição, da lealdade processual, do contraditório e da ampla defesa, torna-se, ilegítima e intempestiva a juntada de documentos aos autos nesta fase processual, em especial, quando restarem conclusos para julgamento. *Preliminar. Serendipidade. Interceptação telefônica. Licitude da prova.* 2. Caso em que o Ministério Público, mediante prévia autorização judicial, realizou as escutas telefônicas de suspeitos envolvidos com o tráfico de drogas e que, durante o curso das interceptações e, fortuitamente, obteve êxito ao identificar a prática do crime ora investigado. Havendo autorização judicial para a quebra do sigilo telefônico em investigação criminal, os outros crimes eventualmente descobertos durante a interceptação também podem ser objeto de persecução penal. *Preliminar. Cerceamento de defesa. Juntada de excerto do conteúdo das interceptações telefônicas.* 3. Inexiste a nulidade levantada, uma vez que o agente, como se sabe, defende-se apenas quanto ao conteúdo das gravações utilizadas em seu desfavor e não da integralidade das interceptações. A Lei n. 9.296/96 não exige a transcrição de todas as escutas telefônicas, sendo suficiente a degravação dos conteúdos relevantes para fundamentar a tese acusatória. *Ausência de violação ao sistema acusatório.* 4. Inexiste a alegada inversão dos papéis atribuídos ao Ministério Público e ao Juiz no caso em concreto, pois não há qualquer previsão quanto à obrigatoriedade de aceitar, como sendo prova absoluta, o documento unilateralmente produzido e não impugnado pela outra parte. *Mérito. Conjunto probatório. Manutenção da condenação.* 5. A prova dos autos é inequívoca quanto à ocorrência do crime de concussão, restando demonstrado que os acusados exigiram a vantagem indevida em proveito próprio, o que evidencia a prática delituosa. *Recurso ministerial. Apenamento.* 6. Circunstâncias judiciais do caso não excedem a espécie normativa do delito de concussão. Elementos presentes nos autos não revelam nenhuma situação que mereça maior reprovação que justifique o apenamento acima do mínimo legal, uma vez que a pena se mostrou necessária e suficiente à reprovação do crime perpetrado.

Nas razões do recurso especial de *Dalvani, Luis Fabiano e Sergio* apontam violação do art. 1º da Lei 9.296/96 e arts. 378, 379 e 541 do CPPM.

Sustentam os agravantes a nulidade do processo, tendo em vista que a sentença foi *embasada em fornecimento parcial das escutas telefônicas e sem a demonstração da devida autorização de compartilhamento da prova* (fl. 1.364).

Apontam cerceamento de defesa e ainda ofensa ao princípio do *reformatio in pejus*, porquanto, em recurso exclusivo da defesa, o Ministério Público procedeu à juntada de petição acompanhada de documento, sem a posterior manifestação dos recorrentes, a qual foi acolhida pelo Tribunal de origem.

Requerem, assim, o provimento do recurso especial, a fim de que seja declarada a nulidade do processo.

No recurso especial de *Jeferson*, sustenta contrariedade aos arts. 295 do CPPM e 157 do CPP e arts. 1º, 5º, 6º, § 3º e 8º, todos da Lei 9.296/96.

Alega a nulidade da prova emprestada em razão da falta de juntada da integralidade da interceptação telefônica e da inexistência de autorização judicial.

Busca o provimento do recurso especial no sentido de decretar a nulidade do processo.

Apresentada a contraminuta, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo improvimento do agravo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nefi Cordeiro (Relator): Os recorrentes foram condenados às penas de 2 anos de reclusão, no regime aberto, como incurso no art. 305 c/c 53, ambos do CPM. Interpostos recursos de apelação, o Tribunal de origem, à unanimidade, determinou o desentranhamento dos documentos apresentados pelo *parquet* e, por maioria, negou provimento aos apelos. Opostos embargos de declaração e infringentes, ambos foram rejeitados pela Corte local.

No tocante à interceptação telefônica, consta do acórdão recorrido a seguinte fundamentação (fls. 1.117-1.120):

3ª Preliminar - Aventam, também, nulidade por cerceamento de defesa, ocasionada pela ausência de juntada integral das escutas telefônicas.

Da leitura dos autos depreende-se que as gravações das interceptações telefônicas foram juntadas aos autos, permitindo ao apelante o exercício da ampla defesa.

O agente, como se sabe, defende-se do conteúdo das gravações e não do "CD" contendo todas as interceptações, que representa mero instrumento utilizado para o registro. Nulidade haveria se não tivessem sido juntadas aos autos as transcrições do conteúdo pertinente ao caso.

De mais a mais, as interceptações foram efetuadas mediante autorização judicial, nos termos do artigo 1º do parágrafo único da Lei n. 9.296/96. *E, no curso da ação penal, os réus obtiveram acesso às transcrições, ficando, pois, afastada a alegação de nulidade do processo, a esse título.*

Outrossim, *houve degravação dos principais trechos das conversas onde se vislumbra o diálogo entre "Dão" e o réu Dalvani Albarello, de modo que a defesa teve acesso, embora não integral, ao conteúdo das interceptações.*

De outra banda, *tal argumentação defensiva de nulidade pela ausência de juntada integral das escutas telefônicas não se sustenta ante o entendimento consagrado pelo Superior Tribunal de Justiça:*

[...]

E, ainda que se admitisse, *ad argumentandum tantum*, a nulidade alegada, não poderia ela ser reconhecida, por falta de demonstração do prejuízo.

Neste sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal:

[...]

Assim, igualmente merece rejeição a preliminar.

Por oportuno, trago os excertos do voto vencido (fls. 1.142-1.144):

Até mesmo as degravações e as mídias, produzidas e insertas em autos apartados, não vieram aos autos senão através de excertos extraídos e editados de um todo maior.

[...]

A regra é esta: todo o material objeto das interceptações telefônicas, para servirem *como prova em processo penal, deve ser disponibilizado integralmente às partes, em especial, aos acusados, para que lhes seja possível exercer ampla defesa. Não há ampla defesa possível diante de áudios descontinuados, sem ordenação, seqüencial lógica e com omissão de trechos da degravação, como ocorre nestes autos, em que os excertos colacionados destas interceptações constituem prova que interessa apenas ao Ministério Público. Diante disto, ao meu sentir, padece de nulidade absoluta a prova produzida em Primeiro Grau, emprestada, de forma equivocada, de processo estranho à justiça castrense, sem que às partes tenha sido assegurado o conhecimento amplo e completo da prova que serviu de base à condenação criminal que lhes foi imposta. Assinalo, ainda, que ao exame da sentença combatida, percebe-se que os fundamentos da decisão condenatória estão embasados nas escutas telefônicas e em prova oral. Esta, porém, a prova testemunhal, foi cotejada com a prova emprestada, o que significa dizer que a censura penal decorre do entrelaçamento de ambas as provas que compõem o arcabouço probatório. Então, vê-se que a reprimenda penal se assenta em prova nula que contamina a prova que poderia ser eficaz. Sem dúvida, as autorizações*

judiciais de interceptações telefônicas e de seu compartilhamento com a Justiça Militar, *assim como o conhecimento integral das - mídias e gravações, constituíam documentos e provas indispensáveis ao atendimento do devido processo legal constitucional.*

No caso, conforme consignado no Tribunal de origem, *a defesa teve acesso, embora não integral, ao conteúdo das interceptações* (fl. 1.117), o qual foi trazida aos presentes autos de forma emprestada, sendo que [...] *as gravações e as mídias, produzidas e inseridas em autos apartados, não vieram aos autos senão através de excertos extraídos e editados de um todo maior* (fls. 1.142-1.143).

Importante frisar que, de acordo com a jurisprudência desta Corte, de que *não é obrigatória a transcrição integral do conteúdo das interceptações telefônicas, uma vez o art. 9º da Lei n. 9.296/96 não faz qualquer exigência nesse sentido e determina que provas que não interessarem ao processo serão inutilizadas*” (RHC 80.986/AM, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe de 23/11/2017).

Contudo, a presente irresignação mostra-se diversa, refere-se ao acesso à integralidade do monitoramento telefônico. Cabe ressaltar que todo produto decorrente dos áudios obtidos deve ser destinado ao Juízo competente, sendo que a extração do que não for relevante ao processo deve ser realizada em conjunto com acusação e defesa, na forma disciplinada no art. 9º, parágrafo único, da Lei 9.296/96. A propósito:

Art. 9º A gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada.

Parágrafo único. O incidente de inutilização será assistido pelo Ministério Público, sendo facultada a presença do acusado ou de seu representante legal”.

Sendo assim, a questão deve ser analisada a partir da quebra da cadeia de custódia da prova, sendo que esta Corte já decidiu que *tem como objetivo garantir a todos os acusados o devido processo legal e os recursos a ele inerentes, como a ampla defesa, o contraditório e principalmente o direito à prova lícita. O instituto abrange todo o caminho que deve ser percorrido pela prova até sua análise pelo magistrado, sendo certo que qualquer interferência durante o trâmite processual pode resultar na sua imprestabilidade* (RHC 77.836/PA, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 05/02/2019, DJe 12/02/2019).

Desse modo, deve ser facultado à defesa a integralidade das conversas advindas nos autos de forma emprestada, sendo inadmissível a seleção pelas

autoridades de persecução acerca das partes a serem extraídas, mormente quando atestado no Tribunal de origem a existência de **áudios descontinuados, sem ordenação, seqüencial lógica e com omissão de trechos da degravação, como ocorre nestes autos**, em que os excertos colacionados destas interceptações constituem prova que interessa apenas ao Ministério Público (fl. 1.143). Nesse sentido, confira precedente da Suprema Corte:

Habeas corpus. Nulidades: (1) inépcia da denúncia; (2) ilicitude da prova produzida durante o inquérito policial; violação de registros telefônicos do corréu, executor do crime, sem autorização judicial; (3) ilicitude da prova das interceptações telefônicas de conversas dos acusados com advogados, porquanto essas gravações ofenderiam o disposto no art. 7º, II, da Lei 8.906/96, que garante o sigilo dessas conversas. Vícios não caracterizados. Ordem denegada. 1. Inépcia da denúncia. Improcedência. Preenchimento dos requisitos do art. 41 do CPP. A denúncia narra, de forma pormenorizada, os fatos e as circunstâncias. Pretensas omissões – nomes completos de outras vítimas, relacionadas a fatos que não constituem objeto da imputação – não importam em prejuízo à defesa. 2. Ilicitude da prova produzida durante o inquérito policial - violação de registros telefônicos de corréu, executor do crime, sem autorização judicial. 2.1 Suposta ilegalidade decorrente do fato de os policiais, após a prisão em flagrante do corréu, terem realizado a análise dos últimos registros telefônicos dos dois aparelhos celulares apreendidos. Não ocorrência. 2.2 Não se confundem comunicação telefônica e registros telefônicos, que recebem, inclusive, proteção jurídica distinta. Não se pode interpretar a cláusula do artigo 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados. 2.3 Art. 6º do CPP: dever da autoridade policial de proceder à coleta do material comprobatório da prática da infração penal. Ao proceder à pesquisa na agenda eletrônica dos aparelhos devidamente apreendidos, meio material indireto de prova, a autoridade policial, cumprindo o seu mister, buscou, unicamente, colher elementos de informação hábeis a esclarecer a autoria e a materialidade do delito (dessa análise logrou encontrar ligações entre o executor do homicídio e o ora paciente). Verificação que permitiu a orientação inicial da linha investigatória a ser adotada, bem como possibilitou concluir que os aparelhos seriam relevantes para a investigação. 2.4 À guisa de mera argumentação, mesmo que se pudesse reputar a prova produzida como ilícita e as demais, ilícitas por derivação, nos termos da teoria dos frutos da árvore venenosa (*fruit of the poisonous tree*), é certo que, ainda assim, melhor sorte não assistiria à defesa. É que, na hipótese, não há que se falar em prova ilícita por derivação. Nos termos da teoria da descoberta inevitável, construída pela Suprema Corte norte-americana no caso *Nix x Williams* (1984), o curso normal das investigações conduziria a elementos informativos que vinculariam os pacientes ao fato investigado. Bases desse entendimento que parecem ter encontrado guarida no ordenamento jurídico pátrio com o advento da Lei 11.690/2008, que

deu nova redação ao art. 157 do CPP, em especial o seu § 2º. 3. Ilícitude da prova das interceptações telefônicas de conversas dos acusados com advogados, ao argumento de que essas gravações ofenderiam o disposto no art. 7º, II, da Lei n. 8.906/96, que garante o sigilo dessas conversas. 3.1 Nos termos do art. 7º, II, da Lei 8.906/94, o Estatuto da Advocacia garante ao advogado a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia. 3.2 Na hipótese, o magistrado de primeiro grau, por reputar necessária a realização da prova, determinou, de forma fundamentada, a interceptação telefônica direcionada às pessoas investigadas, não tendo, em momento algum, ordenado a devassa das linhas telefônicas dos advogados dos pacientes. Mitigação que pode, eventualmente, burlar a proteção jurídica. 3.3 Sucede que, no curso da execução da medida, os diálogos travados entre o paciente e o advogado do corréu acabaram, de maneira automática, interceptados, aliás, como qualquer outra conversa direcionada ao ramal do paciente. Inexistência, no caso, de relação jurídica cliente-advogado. 3.4 *Não cabe aos policiais executores da medida proceder a uma espécie de filtragem das escutas interceptadas. A impossibilidade desse filtro atua, inclusive, como verdadeira garantia ao cidadão, porquanto retira da esfera de arbítrio da polícia escolher o que é ou não conveniente ser interceptado e gravado. Valoração, e eventual exclusão, que cabe ao magistrado a quem a prova é dirigida.* 4. Ordem denegada.

(HC 91.867, Relator(a): Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 24/04/2012, Acórdão Eletrônico DJe-185 divulg 19-09-2012 public 20-09-2012).

Dessa forma, tratando-se a presente hipótese de falta de acesso à integralidade da interceptação telefônica e não da falta de transcrição ou de gravação integral das conversas obtidas, patente a nulidade. De fato, a apresentação de parcela do produto extraído dos áudios, cuja filtragem foi estabelecida sem a presença do defensor, acarreta ofensa ao princípio da paridade de armas e ao direito à prova, porquanto a pertinência do acervo probatório não pode ser realizado apenas pela acusação, na medida em que gera vantagem desarrazoada em detrimento da defesa. A esse respeito:

Penal e Processual Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Utilização do remédio constitucional como sucedâneo de recurso. Não conhecimento do *writ*. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Quebra de sigilo telefônico e telemático autorizada judicialmente. Supressão de instância com relação a um dos pacientes. Presença de indícios razoáveis da prática delituosa. Indispensabilidade do monitoramento demonstrada pelo *modus operandi* dos delitos. Crimes punidos com reclusão. Atendimento dos pressupostos do art. 2º, I a III, da Lei 9.296/96. Legalidade da medida. Ausência de preservação da integralidade da prova produzida na

interceptação telefônica e telemática. Violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa e da paridade de armas. Constrangimento ilegal evidenciado. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício.

[...]

V. Hipótese em que os pacientes foram alvo de Operação deflagrada pela Polícia Federal, denominada “Negócio da China”, dirigida ao Grupo *Casa & Vídeo*, que resultou na denúncia de 14 envolvidos, como incursos nos crimes dos arts. 288 e 334 do Código Penal e art. 1º, V e VII, da Lei 9.613/98, em que se apura a ocorrência de negociações fictícias, com o objetivo de dissimular a natureza de valores provenientes da prática do delito de descaminho, mediante a ilusão parcial do tributo devido na importação de produtos, pela sociedade empresária.

VI. Se as pretensões deduzidas neste *writ*, com relação a um dos pacientes, não foram formuladas perante o Tribunal de origem, no acórdão ora impugnado, inviável seu conhecimento pelo STJ, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes.

VII. A intimidade e a privacidade das pessoas não constituem direitos absolutos, podendo sofrer restrições, quando presentes os requisitos exigidos pela Constituição (art. 5º, XII) e pela Lei 9.296/96: a existência de indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal, a impossibilidade de produção da prova por outros meios disponíveis e constituir o fato investigado infração penal punida com pena de reclusão, nos termos do art. 2º, I a III, da Lei 9.296/96, havendo sempre que se constatar a proporcionalidade entre o direito à intimidade e o interesse público.

VIII. O Superior Tribunal de Justiça tem decidido no sentido de “ser legal, *ex vi* do art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 9.296/96, a interceptação do fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática, se for realizada em feito criminal e mediante autorização judicial, não havendo qualquer afronta ao art. 5º, XII, da CF” (STJ, RHC 25.268/DF, Rel. Ministro *Vasco Della Giustina* (Desembargador Convocado do TJ/RS), *Sexta Turma*, DJe de 11/04/2012).

IX. A decisão que determinou a quebra de sigilo telefônico dos envolvidos na prática criminosa - cujos fundamentos foram incorporados à decisão de quebra de sigilo telemático - encontra-se devidamente fundamentada, à luz do art. 2º, I a III, da Lei 9.296/96, revelando a necessidade da medida cautelar, ante as provas até então coligidas, em face de indícios razoáveis de autoria ou de participação dos acusados em infração penal (art. 2º, I, da Lei 9.296/96), para a apuração dos delitos de sonegação fiscal, lavagem de dinheiro, crime contra a ordem tributária e formação de quadrilha, punidos com reclusão (art. 2º, III, da Lei 9.296/96), demonstrando que a prova cabal do envolvimento dos investigados na alegada trama criminosa, para complementar as provas até então recolhidas, não poderia ser obtida por outros meios que não a interceptação telefônica, especialmente a prova do liame subjetivo entre os investigados, para identificação, com precisão, da atividade desenvolvida pelos alvos principais, o *modus operandi* utilizado e as

peçoas a eles associadas, em intrincado e simulado grupo de empresas nacionais e estrangeiras, destinado a ocultar seu verdadeiro controlador, cujas negociações revestiam-se de clandestinidade, valendo lembrar que, em casos análogos, é conhecida a dificuldade enfrentada pela Polícia Federal para desempenhar suas investigações, uma vez que se trata de suposto grupo organizado, com atuação internacional e dotado de poder econômico (art. 2º, II, da Lei 9.296/96).

X. Apesar de ter sido franqueado o acesso aos autos, parte das provas obtidas a partir da interceptação telemática foi extraviada, ainda na Polícia, e o conteúdo dos áudios telefônicos não foi disponibilizado da forma como captado, havendo descontinuidade nas conversas e na sua ordem, com omissão de alguns áudios.

XI. A prova produzida durante a interceptação não pode servir apenas aos interesses do órgão acusador, sendo imprescindível a preservação da sua integralidade, sem a qual se mostra inviabilizado o exercício da ampla defesa, tendo em vista a impossibilidade da efetiva refutação da tese acusatória, dada a perda da unidade da prova.

XII. Mostra-se lesiva ao direito à prova, corolário da ampla defesa e do contraditório - constitucionalmente garantidos -, a ausência da salvaguarda da integralidade do material colhido na investigação, repercutindo no próprio dever de garantia da paridade de armas das partes adversas.

XIII. É certo que todo o material obtido por meio da interceptação telefônica deve ser dirigido à autoridade judiciária, a qual, juntamente com a acusação e a defesa, deve selecionar tudo o que interesse à prova, descartando-se, mediante o procedimento previsto no art. 9º, parágrafo único, da Lei 9.296/96, o que se mostrar impertinente ao objeto da interceptação, pelo que constitui constrangimento ilegal a seleção do material produzido nas interceptações autorizadas, realizada pela Polícia Judiciária, tal como ocorreu, subtraindo-se, do Juízo e das partes, o exame da pertinência das provas colhidas. Precedente do STF.

XIV. Decorre da garantia da ampla defesa o direito do acusado à disponibilização da integralidade de mídia, contendo o inteiro teor dos áudios e diálogos interceptados.

XV. *Habeas corpus* não conhecido, quanto à paciente *Rebeca Daylac*, por não integrar o *writ* originário.

XVI. *Habeas corpus* não conhecido, por substitutivo de Recurso Ordinário.

XVII. Ordem concedida, de ofício, para anular as provas produzidas nas interceptações telefônica e telemática, determinando, ao Juízo de 1º Grau, o desentranhamento integral do material colhido, bem como o exame da existência de prova ilícita por derivação, nos termos do art. 157, §§ 1º e 2º, do CPP, procedendo-se ao seu desentranhamento da Ação Penal 2006.51.01.523722-9.

(HC 160.662/RJ, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Sexta Turma, julgado em 18/02/2014, DJe 17/03/2014.)

Ressalte-se que, de acordo com o voto vencido, *os fundamentos da decisão condenatória estão embasados nas escutas telefônicas e em prova oral. Esta, porém, a prova testemunhal, foi cotejada com a prova emprestada, o que significa dizer que a censura penal decorre do entrelaçamento de ambas as provas que compõem o arcabouço probatório* (fl. 1.144).

Evidencia-se que o emprego de trechos da interceptação pode ensejar a extração de conversas descontextualizadas, de modo que sem o acesso ao interior teor das mídias obsta que a defesa possa impugnar no momento oportuno, notadamente quando consignado no voto vencido que a condenação se fundamentou na prova combatida.

Sendo assim, uma vez lastreada a condenação fortemente nas provas obtidas durante o monitoramento telefônico, tendo sido impugnado ainda na origem, constata-se flagrante prejuízo à defesa, em razão de que não foi facultado o amplo acesso à integralidade da prova, motivo pelo qual deve ser reconhecida a nulidade.

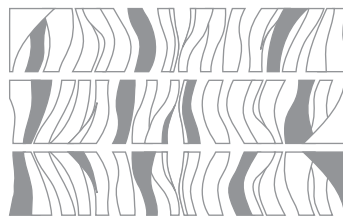
Dessa forma, declarada a nulidade da interceptação telefônica e das provas consequentes, devem retornar os autos para que o Juízo singular profira nova sentença, com base nas provas remanescentes. Na hipótese, entretanto, reconhecida a nulidade, inegável a superveniência da prescrição, que declaro, com fundamento no art. 61 do CPP.

Tratando-se de condenação transitada para a acusação, cujas penas foram fixadas em 2 anos de reclusão, o prazo prescricional é de 4 anos, nos termos do art. 109, V, do CP.

Assim, transcorrido lapso temporal superior a 4 anos desde o recebimento da denúncia, em 12/9/2013 (fl. 895), último marco interruptivo da prescrição, e não existindo sentença condenatória válida até a presente data, configura-se a perda da pretensão punitiva estatal.

Considerando a nulidade e a prescrição, ora reconhecidas, ficam prejudicados os demais pleitos recursais.

Ante o exposto, voto por dar provimento aos recursos especiais para declarar a nulidade da interceptação telefônica e das provas dela decorrentes, reconhecendo, por consequência, a superveniência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, de ofício.



Súmulas

SÚMULA N. 632

Nos contratos de seguro regidos pelo Código Civil, a correção monetária sobre a indenização securitária incide a partir da contratação até o efetivo pagamento.

Precedentes:

REsp	702.998-PB	(3ª T, 10.11.2005 – DJ 06.02.2006)
REsp	1.447.262-SC	(3ª T, 04.09.2014 – DJe 11.09.2014)
REsp	1.673.368-MG	(3ª T, 15.08.2017 – DJe 22.08.2017)
REsp	61.061-SP	(4ª T, 25.08.1997 – DJ 29.09.1997)
REsp	247.685-AC	(4ª T, 25.04.2000 – DJ 05.06.2000)
REsp	176.618-PR	(4ª T, 18.05.2000 – DJ 14.08.2000)
REsp	479.687-RS	(4ª T, 1º.04.2003 – DJ 04.08.2003)
EDcl no REsp	1.012.490-PR	(4ª T, 17.06.2008 – DJe 18.08.2008)
EDcl no REsp	765.471-RS	(4ª T, 28.05.2013 – DJe 06.06.2013)
EDcl nos EDcl no REsp	1.076.138-RJ	(4ª T, 06.08.2013 – DJe 16.08.2013)

Segunda Seção, em 8.5.2019

DJe 13.5.2019

SÚMULA N. 633

A Lei n. 9.784/1999, especialmente no que diz respeito ao prazo decadencial para a revisão de atos administrativos no âmbito da Administração Pública federal, pode ser aplicada, de forma subsidiária, aos estados e municípios, se inexistente norma local e específica que regule a matéria.

Referência:

Lei n. 9.784/1999.

Precedentes:

MS	18.338-DF	(1ª S, 14.06.2017 – DJe 21.06.2017)
AgRg no AREsp	201.084-SP	(1ª T, 13.08.2013 – DJe 21.08.2013)
AgRg no AREsp	393.378-DF	(1ª T, 06.02.2014 – DJe 18.02.2014)
AgRg no REsp	1.083.566-RJ	(1ª T, 14.06.2016 – DJe 24.06.2016)
REsp	1.251.769-SC	(2ª T, 06.09.2011 – DJe 14.09.2011)
AgRg no AREsp	263.635-RS	(2ª T, 16.05.2013 – DJe 22.05.2013)
AgRg no REsp	1.378.247-SP	(2ª T, 17.03.2015 – DJe 25.03.2015)
RMS	46.160-PR	(2ª T, 08.09.2015 – DJe 18.09.2015)
AgRg no AREsp	345.831-PR	(2ª T, 09.06.2016 – DJe 21.06.2016)
REsp	1.666.687-SP	(2ª T, 06.06.2017 – DJe 19.06.2017)

Primeira Seção, em 12.6.2019

DJe 17.6.2019

SÚMULA N. 634

Ao particular aplica-se o mesmo regime prescricional previsto na Lei de Improbidade Administrativa para o agente público.

Referência:

Lei n. 8.429/1992, arts. 3º e 23, I e II.

Precedentes:

REsp	773.227-PR	(1ª T, 09.12.2008 – DJe 11.02.2009)
AgRg no Ag	1.300.240-RS	(1ª T, 21.06.2012 – DJe 27.06.2012)
REsp	1.405.346-SP	(1ª T, 15.05.2014 – DJe 19.08.2014)
AgRg no REsp	1.510.589-SE	(1ª T, 26.05.2015 – DJe 10.06.2015)
AgInt no REsp	1.536.133-CE	(1ª T, 07.08.2018 – DJe 14.08.2018)
EDcl no AgRg no REsp	1.066.838-SC	(2ª T, 07.04.2011 – DJe 26.04.2011)
REsp	1.156.519-RO	(2ª T, 18.06.2013 – DJe 28.06.2013)
AgRg no REsp	1.159.035-MG	(2ª T, 21.11.2013 – DJe 29.11.2013)
REsp	1.433.552-SP	(2ª T, 25.11.2014 – DJe 05.12.2014)
AgRg no REsp	1.541.598-RJ	(2ª T, 05.11.2015 – DJe 13.11.2015)
AgRg no AREsp	161.126-SP	(2ª T, 02.06.2016 – DJe 13.06.2016)
AgInt no REsp	1.453.044-SP	(2ª T, 07.02.2017 – DJe 06.03.2017)
REsp	1.374.373-MG	(2ª T, 03.10.2017 – DJe 11.10.2017)
AgInt no REsp	1.528.837-SP	(2ª T, 24.10.2017 – DJe 31.10.2017)

Primeira Seção, em 12.6.2019

DJe 17.6.2019

SÚMULA N. 635

Os prazos prescricionais previstos no art. 142 da Lei n. 8.112/1990 iniciam-se na data em que a autoridade competente para a abertura do procedimento administrativo toma conhecimento do fato, interrompem-se com o primeiro ato de instauração válido – sindicância de caráter punitivo ou processo disciplinar – e voltam a fluir por inteiro, após decorridos 140 dias desde a interrupção.

Referência:

Lei n. 8.112/1990, arts. 142, 143, 152 e 167.

Precedentes:

MS	20.942-DF	(1ª S, 24.06.2015 – DJe 1º.07.2015)
MS	20.553-BA	(1ª S, 14.09.2016 – DJe 27.09.2016)
MS	22.028-DF	(1ª S, 28.09.2016 – DJe 19.12.2016)
MS	21.682-DF	(1ª S, 14.06.2017 – DJe 21.06.2017)
MS	21.669-DF	(1ª S, 23.08.2017 – DJe 09.10.2017)
AgInt no AREsp	374.344-MG	(1ª T, 20.02.2018 – DJe 05.03.2018)
AgRg no AgRg no REsp	1.535.918-RS	(2ª T, 26.04.2016 – DJe 27.05.2016)
REsp	1.675.064-RJ	(2ª T, 17.08.2017 – DJe 13.09.2017)
AgInt no REsp	1.571.622-RS	(2ª T, 04.09.2018 – DJe 12.09.2018)

Primeira Seção, em 12.6.2019

DJe 17.6.2019

SÚMULA N. 636

A folha de antecedentes criminais é documento suficiente a comprovar os maus antecedentes e a reincidência.

Referência:

CP, arts. 59, 61, I, e 63.

Precedentes:

REsp	285.750-DF	(5ª T, 07.10.2003 – DJ 08.03.2004)
AgRg no REsp	1.417.107-SP	(5ª T, 06.05.2014 – DJe 13.05.2014)
HC	315.449-SP	(5ª T, 15.12.2016 – DJe 1º.02.2017)
HC	396.780-SP	(5ª T, 03.08.2017 – DJe 10.08.2017)
HC	456.211-SP	(5ª T, 11.09.2018 – DJe 20.09.2018)
HC	211.072-MS	(6ª T, 26.11.2013 – DJe 13.12.2013)
HC	272.899-SP	(6ª T, 18.09.2014 – DJe 02.10.2014)
HC	212.789-SP	(6ª T, 07.10.2014 – DJe 21.10.2014)
AgRg no REsp	1.716.998-RN	(6ª T, 08.05.2018 – DJe 16.05.2018)

Terceira Seção, em 26.6.2019

DJe 27.6.2019



Índice Analítico

A

- Pn Absolvição sumária - Conduta delituosa - Não configuração - **Crime de trânsito** - Dirigir veículo automotor em via pública com habilitação suspensa - Lei n. 9.503/1997, art. 309. REsp n. 1.688.163 - RS. RSTJ 254/1490.
- PrCv Ação de despejo com cobrança de aluguéis residenciais - CPC/2015, art. 833, § 2º - **Cumprimento de sentença** - Penhora sobre percentual da remuneração do devedor - Possibilidade. AgInt no AREsp n. 1.336.881 - DF. RSTJ 254/769.
- Cv Ação de exigir contas - Despesas cobradas do locatário - Lei n. 8.245/1991, art. 54, § 2º - **Locação** - *Shopping center*. REsp n. 1.746.337 - RS. RSTJ 254/709.
- Cv **Ação de Força Velha** - Direito de habitação - Lei n. 166/1840 - Lei n. 1.904/1870 - Obrigação do Estado vinculada à Monarquia - Residência da Família Imperial - Natureza de Próprio Nacional. REsp n. 1.149.487 - RJ. RSTJ 254/814.
- PrCv **Ação de improbidade administrativa** - Competência - Local do dano - Aferição. AgInt no AREsp n. 758.361 - TO. RSTJ 254/343.
- Adm **Ação disciplinar** - Servidor público federal - Lei n. 8.112/1990, art. 142 - Prazos prescricionais. Súmula n. 635-STJ. RSTJ 254/1530.
- Cv Ação indenizatória - Improcedência - **Contrato de distribuição de mercadorias** - Resolução - Culpa exclusiva das Distribuidoras - Inadimplemento. REsp n. 1.581.075 - PA. RSTJ 254/597.
- PrPn Ação penal - Justa causa - Acesso de mensagens de texto via *WhatsApp* - Autorização judicial - Ausência - **Crime de tráfico de entorpecente** - Prisão em flagrante. HC n. 491.895 - GO. RSTJ 254/1382.

- PrPn Ação penal - Trancamento - **Crime contra as relações de consumo** - Lei n. 8.137/1990, art. 7º, parágrafo único, IX - Perícia técnica - Ausência. RHC n. 97.335 - SC. RSTJ 254/1414.
- PrPn Ação penal - Trancamento - Decreto-Lei n. 3.688/1941, art. 47 - **Exercício ilegal da profissão** - Corretor de imóveis - Justa causa - Ausência. RHC n. 93.689 - DF. RSTJ 254/1392.
- PrCv **Ação rescisória** - Improcedência - Erro de fato - Não ocorrência - Paciente - Falecimento - Responsabilidade - Hospital. AR n. 3.751 - PR. RSTJ 254/523.
- PrPn Acesso de mensagens de texto via *WhatsApp* - Ação penal - Justa causa - Autorização judicial - Ausência - **Crime de tráfico de entorpecente** - Prisão em flagrante. HC n. 491.895 - GO. RSTJ 254/1382.
- PrPn Acórdão - Nulidade insanável - CPP, art. 413, § 1º - **Crime de homicídio** - Tentativa - Pronúncia - Excesso de linguagem. REsp n. 1.710.209 - SP. RSTJ 254/1501.
- PrCv Advogado - Terceiro interessado - Ato judicial - Flagrante ilegalidade - **Mandado de segurança** - Impetração - Excepcional cabimento - Súmula n. 202-STJ. RMS n. 59.322 - MG. RSTJ 254/807.
- PrCv **Apelação** - Julgamento da parte considerada prejudicada - Autos - Tribunal de origem - Retorno. AREsp n. 1.021.394 - PR. RSTJ 254/323.
- PrPn Apelação - Ministério Público - **Crime de homicídio qualificado** - Novo julgamento - Fundamentação suficiente - Princípio da soberania do veredicto popular - Ofensa - Não ocorrência - Tribunal do Júri - Absolvição. HC n. 348.327 - MT. RSTJ 254/1297.
- Adm **Ato administrativo** - Lei n. 9.784/1999 - Aplicação subsidiária aos Estados e Municípios - Possibilidade - Norma local e específica - Inexistência - Revisão - Prazo decadencial. Súmula n. 633-STJ. RSTJ 254/1528.
- Adm **Ato de improbidade administrativa** - Configuração - Dolo genérico - Lei n. 8.429/1992, art. 11. REsp n. 1.536.573 - RS. RSTJ 254/365.
- PrPn **Ato infracional** - Crime de estupro - Equiparação - Justa causa - Ocorrência - Tipicidade da conduta. RHC n. 93.906 - PA. RSTJ 254/1401.
- PrPn **Ato infracional** - Crime de estupro de vulnerável - Equiparação - Constrangimento ilegal - Não ocorrência - Medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade. HC n. 465.313 - SC. RSTJ 254/1425.
- PrCv Ato judicial - Advogado - Terceiro interessado - Flagrante ilegalidade - **Mandado de segurança** - Impetração - Excepcional cabimento - Súmula n. 202-STJ. RMS n. 59.322 - MG. RSTJ 254/807.

- Pn Atos executórios - Início - **Crime de furto** - Tentativa. REsp n. 1.683.589 - RO. RSTJ 254/1482.
- PrPn Audiência de colheita antecipada de provas - CPP, art. 366 - **Crime de homicídio qualificado** - Nomeação de defensor - Ausência - Nulidade absoluta - Configuração. HC n. 488.129 - PR. RSTJ 254/1445.
- Adm Auto de infração - Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio) - Autorização - **Plantio de organismos geneticamente modificados (OGM's)** - Termo de embargo. REsp n. 1.672.100 - PR. RSTJ 254/501.
- PrCv **Auto de infração** - Anulação - Dano ambiental - Responsabilidade administrativa ambiental - Natureza subjetiva. EREsp n. 1.318.051 - RJ. RSTJ 254/168.
- PrPn Autorização judicial - Ausência - Ação penal - Justa causa - Acesso de mensagens de texto via *WhatsApp* - **Crime de tráfico de entorpecente** - Prisão em flagrante. HC n. 491.895 - GO. RSTJ 254/1382.
- Adm Autorização judicial - Necessidade - Improbidade administrativa - **Quebra de sigilo bancário** - Requisição direta do Ministério Público à instituição bancária - Não cabimento. REsp n. 1.638.420 - CE. RSTJ 254/384.
- PrCv Autos - Tribunal de origem - Retorno - **Apelação** - Julgamento da parte considerada prejudicada. AREsp n. 1.021.394 - PR. RSTJ 254/323.

B

- Trbt Base de cálculo - **Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta (CPRB)** - Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) - Inclusão - Impossibilidade - Lei n. 12.546/2011. REsp n. 1.624.297 - RS. RSTJ 254/299.
- Trbt Bem imóvel - Alienação - Nulidade - **Fraude à execução fiscal** - Presunção absoluta. AgInt nos EDcl no REsp n. 1.420.488 - SC. RSTJ 254/431.
- Cv Busca e apreensão de menor - Cuidados especiais - Necessidade - Filha de mãe soropositiva - **Medida protetiva de acolhimento institucional**. HC n. 487.143 - SP. RSTJ 254/778.

C

- PrCv Cadastro restritivo de crédito - Inclusão do nome do executado - Possibilidade - CPC/2015, art. 782, § 3º - **Execução fiscal**. REsp n. 1.799.572 - SC. RSTJ 254/513.
- PrCv Carta precatória - Citação da parte executada - **Competência** - Justiça Estadual. CC n. 154.894 - SC. RSTJ 254/146.

- PrCv CC/1916, art. 1.531 - CC/2002, art. 940 - Cobrança de quantia já paga - **Embargos à monitória**. EREsp n. 1.106.999 - SC. RSTJ 254/575.
- PrCv CC/2002, art. 940 - CC/1916, art. 1.531 - Cobrança de quantia já paga - **Embargos à monitória**. EREsp n. 1.106.999 - SC. RSTJ 254/575.
- Cv CC/2002, art. 1.848 - Cláusula de inalienabilidade - Cancelamento - Possibilidade - **Doação** - Doadores - Falecimento - Herdeiros necessários - Legítima - Antecipação. REsp n. 1.631.278 - PR. RSTJ 254/625.
- PrCv Cessão de crédito - Validade - **Homologação de decisão estrangeira** - Deferimento. HDE n. 1.808 - EX. RSTJ 254/83.
- Cv Cessão dos direitos de autor - Autorização expressa do titular da obra - **Fotografia** - Obra intelectual protegida - Lei n. 9.610/1998, art. 49, VI. AgInt no AgInt no AREsp n. 775.401 - DF. RSTJ 254/757.
- PrCv Citação da parte executada - Carta precatória - **Competência** - Justiça Estadual. CC n. 154.894 - SC. RSTJ 254/146.
- Cv Cláusula de inalienabilidade - Cancelamento - Possibilidade - CC/2002, art. 1.848 - **Doação** - Doadores - Falecimento - Herdeiros necessários - Legítima - Antecipação. REsp n. 1.631.278 - PR. RSTJ 254/625.
- Cv Cláusula penal compensatória - **Contrato de agenciamento de viagem** - Desistência do consumidor - Perda gradativa de valores pagos. REsp n. 1.314.884 - SP. RSTJ 254/886.
- PrCv Cobrança de quantia já paga - CC/1916, art. 1.531 - CC/2002, art. 940 - **Embargos à monitória**. EREsp n. 1.106.999 - SC. RSTJ 254/575.
- Adm Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio) - Autorização - Auto de infração - **Plantio de organismos geneticamente modificados (OGM's)** - Termo de embargo. REsp n. 1.672.100 - PR. RSTJ 254/501.
- PrCv Competência - **Ação de improbidade administrativa** - Local do dano - Aferição. AgInt no AREsp n. 758.361 - TO. RSTJ 254/343.
- PrCv **Competência** - Carta precatória - Citação da parte executada - Justiça Estadual. CC n. 154.894 - SC. RSTJ 254/146.
- PrCv **Competência** - Franquia mínima de bagagem - Justiça Federal do Estado do Ceará. CC n. 151.550 - CE. RSTJ 254/103.
- Adm **Concurso público** - Decreto n. 3.298/1999 - Lei n. 8.112/1990 - Reserva de vagas - Portadores de deficiência física. REsp n. 1.483.800 - RS. RSTJ 254/357.
- Pn Conduta delituosa - Não configuração - Absolvição sumária - **Crime de trânsito** - Dirigir veículo automotor em via pública com habilitação suspensa - Lei n. 9.503/1997, art. 309. REsp n. 1.688.163 - RS. RSTJ 254/1490.

- PrCv **Conflito de competência** - Inexistência - Juízo Estadual - Juízo Federal - Divergência - Ausência. AgInt no CC n. 152.093 - RS. RSTJ 254/97.
- PrPn Constrangimento ilegal - Não ocorrência - **Ato infracional** - Crime de estupro de vulnerável - Equiparação - Medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade. HC n. 465.313 - SC. RSTJ 254/1425.
- PrPn Constrangimento ilegal - Não ocorrência - **Crime de extorsão** - Desídia do juízo - Ausência - Excesso de prazo no encerramento do feito - Monitoramento eletrônico - Necessidade - Reavaliação. HC n. 401.284 - MT. RSTJ 254/1311.
- Cv **Contrato de agenciamento de viagem** - Cláusula penal compensatória - Desistência do consumidor - Perda gradativa de valores pagos. REsp n. 1.314.884 - SP. RSTJ 254/886.
- Cv **Contrato de distribuição de mercadorias** - Resolução - Ação indenizatória - Improcedência - Culpa exclusiva das Distribuidoras - Inadimplemento. REsp n. 1.581.075 - PA. RSTJ 254/597.
- Cv **Contrato de seguro** - Código Civil - Correção monetária - Termo inicial - Indenização securitária. Súmula n. 632-STJ. RSTJ 254/1527.
- Trbt **Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta (CPRB)** - Base de cálculo - Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) - Inclusão - Impossibilidade - Lei n. 12.546/2011. REsp n. 1.624.297 - RS. RSTJ 254/299.
- Cv Correção monetária - Termo inicial - **Contrato de seguro** - Código Civil - Indenização securitária. Súmula n. 632-STJ. RSTJ 254/1527.
- Pn CP, arts. 59, 61, I, e 63 - **Folha de antecedentes criminais** - Maus antecedentes - Reincidência - Comprovação. Súmula n. 636-STJ. RSTJ 254/1531.
- PrCv CPC/2015, art. 139, IV - **Cumprimento de sentença** - Medidas executivas atípicas - Cabimento - Obrigação de pagar quantia certa. REsp n. 1.782.418 - RJ. RSTJ 254/745.
- PrCv CPC/2015, art. 485, VI, § 3º - Extinção do processo sem resolução do mérito - Ilegitimidade passiva *ad causam* - Secretário de Estado da Fazenda - **Mandado de segurança**. RMS n. 51.486 - MG. RSTJ 254/442.
- PrCv CPC/2015, art. 489, §§ 1º e 2º - **Decisão judicial** - Fundamentação - Vícios - Inexistência - Técnica de ponderação de princípios. REsp n. 1.765.579 - SP. RSTJ 254/725.
- PrCv CPC/2015, art. 782, § 3º - Cadastro restritivo de crédito - Inclusão do nome do executado - Possibilidade - **Execução fiscal**. REsp n. 1.799.572 - SC. RSTJ 254/513.

- PrCv CPC/2015, art. 833, § 2º - Ação de despejo com cobrança de aluguéis residenciais - **Cumprimento de sentença** - Penhora sobre percentual da remuneração do devedor - Possibilidade. AgInt no AREsp n. 1.336.881 - DF. RSTJ 254/769.
- PrPn CPP, art. 318-A - **Crime de tráfico de entorpecente** - Prisão domiciliar - Cabimento - Prisão preventiva - Substituição. HC n. 470.549 - TO. RSTJ 254/1362.
- PrPn CPP, art. 366 - Audiência de colheita antecipada de provas - **Crime de homicídio qualificado** - Nomeação de defensor - Ausência - Nulidade absoluta - Configuração. HC n. 488.129 - PR. RSTJ 254/1445.
- PrPn CPP, art. 413, § 1º - Acórdão - Nulidade insanável - **Crime de homicídio** - Tentativa - Pronúncia - Excesso de linguagem. REsp n. 1.710.209 - SP. RSTJ 254/1501.
- Cv Crédito trabalhista - Tratamento preferencial - Limite de valor - Honorários advocatícios - Crédito trabalhista por equiparação - **Plano de Recuperação Judicial** - Sociedade de advogados. REsp n. 1.649.774 - SP. RSTJ 254/644.
- Cv Criação de subclasses de credores dentro de uma mesma classe - Lei n. 11.101/2005, art. 58, § 2º - Violação - Não ocorrência - **Plano de Recuperação Judicial**. REsp n. 1.634.844 - SP. RSTJ 254/633.
- PrPn **Crime contra as relações de consumo** - Ação penal - Trancamento - Lei n. 8.137/1990, art. 7º, parágrafo único, IX - Perícia técnica - Ausência. RHC n. 97.335 - SC. RSTJ 254/1414.
- PrPn **Crime de extorsão** - Constrangimento ilegal - Não ocorrência - Desídia do juízo - Ausência - Excesso de prazo no encerramento do feito - Monitoramento eletrônico - Necessidade - Reavaliação. HC n. 401.284 - MT. RSTJ 254/1311.
- Pn **Crime de furto** - Tentativa - Atos executórios - Início. REsp n. 1.683.589 - RO. RSTJ 254/1482.
- PrPn **Crime de homicídio** - Tentativa - Acórdão - Nulidade insanável - CPP, art. 413, § 1º - Pronúncia - Excesso de linguagem. REsp n. 1.710.209 - SP. RSTJ 254/1501.
- PrPn **Crime de homicídio qualificado** - Apelação - Ministério Público - Novo julgamento - Fundamentação suficiente - Princípio da soberania do veredicto popular - Ofensa - Não ocorrência - Tribunal do Júri - Absolvição. HC n. 348.327 - MT. RSTJ 254/1297.
- PrPn **Crime de homicídio qualificado** - Audiência de colheita antecipada de provas - CPP, art. 366 - Nomeação de defensor - Ausência - Nulidade absoluta - Configuração. HC n. 488.129 - PR. RSTJ 254/1445.

- Pn **Crime de homicídio qualificado** - Pena - Redução. HC n. 450.201 - SP. RSTJ 254/1353.
- PrPn **Crime de lavagem de dinheiro** - Dias-multa - Adequação - Dosimetria da pena - Circunstâncias judiciais - Circunstâncias legais - Pena - Remodulação. AgRg no REsp n. 1.765.139 - PR. RSTJ 254/994.
- PrPn **Crime de lavagem de dinheiro** - Regime de pena - Progressão condicionada ao recolhimento da multa - Viabilidade. AgRg no HC n. 488.320 - PR. RSTJ 254/975.
- Pn Crime de posse irregular de arma de fogo de uso permitido - Lei n. 10.826/2003, art. 12 - **Posse ilegal de munição** - Tipicidade formal e material. HC n. 493.192 - SC. RSTJ 254/1453.
- PrPn **Crime de tráfico de entorpecente** - Ação penal - Justa causa - Acesso de mensagens de texto via *WhatsApp* - Autorização judicial - Ausência - Prisão em flagrante. HC n. 491.895 - GO. RSTJ 254/1382.
- PrPn **Crime de tráfico de entorpecente** - CPP, art. 318-A - Prisão domiciliar - Cabimento - Prisão preventiva - Substituição. HC n. 470.549 - TO. RSTJ 254/1362.
- Pn **Crime de trânsito** - Absolvição sumária - Conduta delituosa - Não configuração - Dirigir veículo automotor em via pública com habilitação suspensa - Lei n. 9.503/1997, art. 309. REsp n. 1.688.163 - RS. RSTJ 254/1490.
- PrPn **Crime licitatório** - Lei n. 9.296/1996 - Organização criminosa - Quebra de sigilo telemático - Legalidade. RHC n. 100.709 - SP. RSTJ 254/1458.
- PrPn **Crime militar** - Extinção da punibilidade - Interceptação telefônica - Nulidade - Prescrição da pretensão punitiva - Configuração. REsp n. 1.795.341 - RS. RSTJ 254/1514.
- Cv **Criogenia** - Razoabilidade - Observância - Situação fático-jurídica - Consolidação no tempo. REsp n. 1.693.718 - RJ. RSTJ 254/669.
- Cv Cuidados especiais - Necessidade - Busca e apreensão de menor - Filha de mãe soropositiva - **Medida protetiva de acolhimento institucional**. HC n. 487.143 - SP. RSTJ 254/778.
- Cv Culpa exclusiva das Distribuidoras - Inadimplemento - Ação indenizatória - Improcedência - **Contrato de distribuição de mercadorias** - Resolução. REsp n. 1.581.075 - PA. RSTJ 254/597.
- PrCv **Cumprimento de sentença** - Ação de despejo com cobrança de aluguéis residenciais - CPC/2015, art. 833, § 2º - Penhora sobre percentual da remuneração do devedor - Possibilidade. AgInt no AREsp n. 1.336.881 - DF. RSTJ 254/769.

PrCv **Cumprimento de sentença** - CPC/2015, art. 139, IV - Medidas executivas atípicas - Cabimento - Obrigação de pagar quantia certa. REsp n. 1.782.418 - RJ. RSTJ 254/745.

D

PrCv Dano ambiental - **Auto de infração** - Anulação - Responsabilidade administrativa ambiental - Natureza subjetiva. EREsp n. 1.318.051 - RJ. RSTJ 254/168.

PrCv **Decisão judicial** - Fundamentação - Vícios - Inexistência - CPC/2015, art. 489, §§ 1º e 2º - Técnica de ponderação de princípios. REsp n. 1.765.579 - SP. RSTJ 254/725.

Adm Decreto n. 3.298/1999 - **Concurso público** - Lei n. 8.112/1990 - Reserva de vagas - Portadores de deficiência física. REsp n. 1.483.800 - RS. RSTJ 254/357.

Cv Decreto n. 7.381/2010, art. 25 - Horário de *check-in* - Horário de *check-out* - Lei n. 11.771/2008, art. 23 - Período da diária - 24 horas - **Serviço de hotelaria**. REsp n. 1.717.111 - SP. RSTJ 254/699.

PrPn Decreto n. 14.454/2017, art. 1º - **Execução penal** - Indulto especial - Dia das Mães - Presas - Regime prisional aberto - Inclusão. REsp n. 1.762.043 - SC. RSTJ 254/1507.

Trbt Decreto-Lei n. 1.025/1969, art. 1º - Encargo legal inscrito em dívida ativa da União - **Falência** - Classificação dos créditos - Lei n. 6.830/1980, art. 4º, § 4º - Lei n. 11.101/2005, art. 83, III - Natureza jurídica - Crédito não tributário - Preferência conferida aos créditos tributários - Extensão. REsp n. 1.521.999 - SP. RSTJ 254/228.

PrPn Decreto-Lei n. 3.688/1941, art. 47 - Ação penal - Trancamento - **Exercício ilegal da profissão** - Corretor de imóveis - Justa causa - Ausência. RHC n. 93.689 - DF. RSTJ 254/1392.

PrPn Desídia do juízo - Ausência - Constrangimento ilegal - Não ocorrência - **Crime de extorsão** - Excesso de prazo no encerramento do feito - Monitoramento eletrônico - Necessidade - Reavaliação. HC n. 401.284 - MT. RSTJ 254/1311.

Cv Desistência do consumidor - Cláusula penal compensatória - **Contrato de agenciamento de viagem** - Perda gradativa de valores pagos. REsp n. 1.314.884 - SP. RSTJ 254/886.

Cv Despesas cobradas do locatário - Ação de exigir contas - Lei n. 8.245/1991, art. 54, § 2º - **Locação** - *Shopping center*. REsp n. 1.746.337 - RS. RSTJ 254/709.

- PrPn Dias-multa - Adequação - **Crime de lavagem de dinheiro** - Dosimetria da pena - Circunstâncias judiciais - Circunstâncias legais - Pena - Remodulação. AgRg no REsp n. 1.765.139 - PR. RSTJ 254/994.
- Adm Dilação probatória - Necessidade - **Mandado de segurança** - Terras indígenas - Processo de demarcação - Reabertura. MS n. 20.013 - DF. RSTJ 254/186.
- Cv Direito de habitação - **Ação de Força Velha** - Lei n. 166/1840 - Lei n. 1.904/1870 - Obrigação do Estado vinculada à Monarquia - Residência da Família Imperial - Natureza de Próprio Nacional. REsp n. 1.149.487 - RJ. RSTJ 254/814.
- Pn Dirigir veículo automotor em via pública com habilitação suspensa - Absolvição sumária - Conduta delituosa - Não configuração - **Crime de trânsito** - Lei n. 9.503/1997, art. 309. REsp n. 1.688.163 - RS. RSTJ 254/1490.
- Cv **Doação** - CC/2002, art. 1.848 - Cláusula de inalienabilidade - Cancelamento - Possibilidade - Doadores - Falecimento - Herdeiros necessários - Legítima - Antecipação. REsp n. 1.631.278 - PR. RSTJ 254/625.
- Cv Doadores - Falecimento - CC/2002, art. 1.848 - Cláusula de inalienabilidade - Cancelamento - Possibilidade - **Doação** - Herdeiros necessários - Legítima - Antecipação. REsp n. 1.631.278 - PR. RSTJ 254/625.
- Adm Dolo genérico - **Ato de improbidade administrativa** - Configuração - Lei n. 8.429/1992, art. 11. REsp n. 1.536.573 - RS. RSTJ 254/365.
- PrPn Dosimetria da pena - Circunstâncias judiciais - Circunstâncias legais - **Crime de lavagem de dinheiro** - Dias-multa - Adequação - Pena - Remodulação. AgRg no REsp n. 1.765.139 - PR. RSTJ 254/994.

E

- PrCv **Embargos à monitoria** - CC/1916, art. 1.531 - CC/2002, art. 940 - Cobrança de quantia já paga. EREsp n. 1.106.999 - SC. RSTJ 254/575.
- Trbt Encargo legal inscrito em dívida ativa da União - Decreto-Lei n. 1.025/1969, art. 1º - **Falência** - Classificação dos créditos - Lei n. 6.830/1980, art. 4º, § 4º - Lei n. 11.101/2005, art. 83, III - Natureza jurídica - Crédito não tributário - Preferência conferida aos créditos tributários - Extensão. REsp n. 1.521.999 - SP. RSTJ 254/228.
- PrCv Erro de fato - Não ocorrência - **Ação rescisória** - Improcedência - Paciente - Falecimento - Responsabilidade - Hospital. AR n. 3.751 - PR. RSTJ 254/523.

- PrPn Excesso de prazo - Ineficiência do Estado - Caracterização - **Inquérito policial** - Trancamento. HC n. 480.079 - SP. RSTJ 254/1433.
- PrPn Excesso de prazo no encerramento do feito - Constrangimento ilegal - Não ocorrência - **Crime de extorsão** - Desídia do juízo - Ausência - Monitoramento eletrônico - Necessidade - Reavaliação. HC n. 401.284 - MT. RSTJ 254/1311.
- PrCv **Execução** - Prescrição intercorrente - Ausência de localização de bens - Verba honorária - Fixação em favor do executado - Não cabimento. REsp n. 1.769.201 - SP. RSTJ 254/951.
- PrCv **Execução fiscal** - Cadastro restritivo de crédito - Inclusão do nome do executado - Possibilidade - CPC/2015, art. 782, § 3º. REsp n. 1.799.572 - SC. RSTJ 254/513.
- PrPn **Execução penal** - Decreto n. 14.454/2017, art. 1º - Indulto especial - Dia das Mães - Presas - Regime prisional aberto - Inclusão. REsp n. 1.762.043 - SC. RSTJ 254/1507.
- PrPn **Execução penal** - Mutirão carcerário - Projeto Cidadania dos Presídios - Princípio do juiz natural - Ofensa - Não ocorrência. HC n. 449.361 - PR. RSTJ 254/1331.
- PrPn **Exercício ilegal da profissão** - Corretor de imóveis - Ação penal - Trancamento - Decreto-Lei n. 3.688/1941, art. 47 - Justa causa - Ausência. RHC n. 93.689 - DF. RSTJ 254/1392.
- PrPn Extinção da punibilidade - **Crime militar** - Interceptação telefônica - Nulidade - Prescrição da pretensão punitiva - Configuração. REsp n. 1.795.341 - RS. RSTJ 254/1514.
- PrCv Extinção do processo sem resolução do mérito - CPC/2015, art. 485, VI, § 3º - Ilegitimidade passiva *ad causam* - Secretário de Estado da Fazenda - **Mandado de segurança**. RMS n. 51.486 - MG. RSTJ 254/442.

F

- Trbt **Falência** - Classificação dos créditos - Decreto-Lei n. 1.025/1969, art. 1º - Encargo legal inscrito em dívida ativa da União - Lei n. 6.830/1980, art. 4º, § 4º - Lei n. 11.101/2005, art. 83, III - Natureza jurídica - Crédito não tributário - Preferência conferida aos créditos tributários - Extensão. REsp n. 1.521.999 - SP. RSTJ 254/228.
- Cv **Fila de banco** - Tempo de espera - Limite estabelecido por lei local - Obrigação de indenizar - Constatação de dano - Necessidade. REsp n. 1.647.452 - RO. RSTJ 254/925.

- Cv Filha de mãe soropositiva - Busca e apreensão de menor - Cuidados especiais - Necessidade - **Medida protetiva de acolhimento institucional**. HC n. 487.143 - SP. RSTJ 254/778.
- PrCv Flagrante ilegalidade - Advogado - Terceiro interessado - Ato judicial - **Mandado de segurança** - Impetração - Excepcional cabimento - Súmula n. 202-STJ. RMS n. 59.322 - MG. RSTJ 254/807.
- Pn **Folha de antecedentes criminais** - CP, arts. 59, 61, I, e 63 - Maus antecedentes - Reincidência - Comprovação. Súmula n. 636-STJ. RSTJ 254/1531.
- Cv **Fotografia** - Obra intelectual protegida - Cessão dos direitos de autor - Autorização expressa do titular da obra - Lei n. 9.610/1998, art. 49, VI. AgInt no AgInt no AREsp n. 775.401 - DF. RSTJ 254/757.
- PrCv Franquia mínima de bagagem - **Competência** - Justiça Federal do Estado do Ceará. CC n. 151.550 - CE. RSTJ 254/103.
- Trbt **Fraude à execução fiscal** - Presunção absoluta - Bem imóvel - Alienação - Nulidade. AgInt nos EDcl no REsp n. 1.420.488 - SC. RSTJ 254/431.

H

- Cv Herdeiros necessários - CC/2002, art. 1.848 - Cláusula de inalienabilidade - Cancelamento - Possibilidade - **Doação** - Doadores - Falecimento - Legítima - Antecipação. REsp n. 1.631.278 - PR. RSTJ 254/625.
- PrCv **Homologação de decisão estrangeira** - Deferimento - Cessão de crédito - Validade. HDE n. 1.808 - EX. RSTJ 254/83.
- Cv Honorários advocatícios - Crédito trabalhista por equiparação - Crédito trabalhista - Tratamento preferencial - Limite de valor - **Plano de Recuperação Judicial** - Sociedade de advogados. REsp n. 1.649.774 - SP. RSTJ 254/644.
- PrCv **Honorários advocatícios de sucumbência** - Sentença - Marco temporal para incidência do CPC/2015. EAREsp n. 1.255.986 - PR. RSTJ 254/25.
- Cv Horário de *check-in* - Horário de *check-out* - Decreto n. 7.381/2010, art. 25 - Lei n. 11.771/2008, art. 23 - Período da diária - 24 horas - **Serviço de hotelaria**. REsp n. 1.717.111 - SP. RSTJ 254/699.

I

- PrCv Ilegitimidade passiva *ad causam* - Secretário de Estado da Fazenda - CPC/2015, art. 485, VI, § 3º - Extinção do processo sem resolução do mérito - **Mandado de segurança**. RMS n. 51.486 - MG. RSTJ 254/442.

- Trbt Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) - Inclusão - Impossibilidade - Base de cálculo - **Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta (CPRB)** - Lei n. 12.546/2011. REsp n. 1.624.297 - RS. RSTJ 254/299.
- Adm Improbidade administrativa - Autorização judicial - Necessidade - **Quebra de sigilo bancário** - Requisição direta do Ministério Público à instituição bancária - Não cabimento. REsp n. 1.638.420 - CE. RSTJ 254/384.
- Adm **Improbidade administrativa** - Indisponibilidade de bens - Pagamento de indenização por danos morais coletivos. REsp n. 1.728.658 - MS. RSTJ 254/394.
- Cv Indenização securitária - **Contrato de seguro** - Código Civil - Correção monetária - Termo inicial. Súmula n. 632-STJ. RSTJ 254/1527.
- Adm Indisponibilidade de bens - **Improbidade administrativa** - Pagamento de indenização por danos morais coletivos. REsp n. 1.728.658 - MS. RSTJ 254/394.
- PrPn Indulto especial - Dia das Mães - Decreto n. 14.454/2017, art. 1º - **Execução penal** - Presas - Regime prisional aberto - Inclusão. REsp n. 1.762.043 - SC. RSTJ 254/1507.
- PrPn Ineficiência do Estado - Caracterização - Excesso de prazo - **Inquérito policial** - Trancamento. HC n. 480.079 - SP. RSTJ 254/1433.
- PrPn **Inquérito policial** - Trancamento - Excesso de prazo - Ineficiência do Estado - Caracterização. HC n. 480.079 - SP. RSTJ 254/1433.
- PrPn Interceptação telefônica - Nulidade - **Crime militar** - Extinção da punibilidade - Prescrição da pretensão punitiva - Configuração. REsp n. 1.795.341 - RS. RSTJ 254/1514.

J

- PrCv Juízo Estadual - Juízo Federal - Divergência - Ausência - **Conflito de competência** - Inexistência. AgInt no CC n. 152.093 - RS. RSTJ 254/97.
- PrPn Justa causa - Ausência - Ação penal - Trancamento - Decreto-Lei n. 3.688/1941, art. 47 - **Exercício ilegal da profissão** - Corretor de imóveis. RHC n. 93.689 - DF. RSTJ 254/1392.
- PrPn Justa causa - Ocorrência - **Ato infracional** - Crime de estupro - Equiparação - Tipicidade da conduta. RHC n. 93.906 - PA. RSTJ 254/1401.
- PrCv Justiça Estadual - Carta precatória - Citação da parte executada - **Competência**. CC n. 154.894 - SC. RSTJ 254/146.

PrCv Justiça Federal do Estado do Ceará - **Competência** - Franquia mínima de bagagem. CC n. 151.550 - CE. RSTJ 254/103.

L

Cv Legítima - Antecipação - CC/2002, art. 1.848 - Cláusula de inalienabilidade - Cancelamento - Possibilidade - **Doação** - Doadores - Falecimento - Herdeiros necessários. REsp n. 1.631.278 - PR. RSTJ 254/625.

Adm **Lei de Improbidade Administrativa** - Lei n. 8.429/1992, arts. 3º e 23, I e II - Regime prescricional - Particular. Súmula n. 634-STJ. RSTJ 254/1529.

Cv Lei n. 166/1840 - **Ação de Força Velha** - Direito de habitação - Lei n. 1.904/1870 - Obrigação do Estado vinculada à Monarquia - Residência da Família Imperial - Natureza de Próprio Nacional. REsp n. 1.149.487 - RJ. RSTJ 254/814.

Cv Lei n. 1.904/1870 - **Ação de Força Velha** - Direito de habitação - Lei n. 166/1840 - Obrigação do Estado vinculada à Monarquia - Residência da Família Imperial - Natureza de Próprio Nacional. REsp n. 1.149.487 - RJ. RSTJ 254/814.

Trbt Lei n. 6.830/1980, art. 4º, § 4º - Decreto-Lei n. 1.025/1969, art. 1º - Encargo legal inscrito em dívida ativa da União - **Falência** - Classificação dos créditos - Lei n. 11.101/2005, art. 83, III - Natureza jurídica - Crédito não tributário - Preferência conferida aos créditos tributários - Extensão. REsp n. 1.521.999 - SP. RSTJ 254/228.

Adm Lei n. 8.112/1990 - **Concurso público** - Decreto n. 3.298/1999 - Reserva de vagas - Portadores de deficiência física. REsp n. 1.483.800 - RS. RSTJ 254/357.

Adm Lei n. 8.112/1990, art. 142 - **Ação disciplinar** - Servidor público federal - Prazos prescricionais. Súmula n. 635-STJ. RSTJ 254/1530.

PrPn Lei n. 8.137/1990, art. 7º, parágrafo único, IX - Ação penal - Trancamento - **Crime contra as relações de consumo** - Perícia técnica - Ausência. RHC n. 97.335 - SC. RSTJ 254/1414.

Cv Lei n. 8.245/1991, art. 54, § 2º - Ação de exigir contas - Despesas cobradas do locatário - **Locação** - *Shopping center*. REsp n. 1.746.337 - RS. RSTJ 254/709.

Adm Lei n. 8.429/1992, arts. 3º e 23, I e II - **Lei de Improbidade Administrativa** - Regime prescricional - Particular. Súmula n. 634-STJ. RSTJ 254/1529.

Adm Lei n. 8.429/1992, art. 11 - **Ato de improbidade administrativa** - Configuração - Dolo genérico. REsp n. 1.536.573 - RS. RSTJ 254/365.

- PrPn Lei n. 9.296/1996 - **Crime licitatório** - Organização criminosa - Quebra de sigilo telemático - Legalidade. RHC n. 100.709 - SP. RSTJ 254/1458.
- Pn Lei n. 9.503/1997, art. 309 - Absolvição sumária - Conduta delituosa - Não configuração - **Crime de trânsito** - Dirigir veículo automotor em via pública com habilitação suspensa. REsp n. 1.688.163 - RS. RSTJ 254/1490.
- Cv Lei n. 9.610/1998, art. 49, VI - Cessão dos direitos de autor - Autorização expressa do titular da obra - **Fotografia** - Obra intelectual protegida. AgInt no AgInt no AREsp n. 775.401 - DF. RSTJ 254/757.
- Adm Lei n. 9.784/1999 - Aplicação subsidiária aos Estados e Municípios - Possibilidade - **Ato administrativo** - Norma local e específica - Inexistência - Revisão - Prazo decadencial. Súmula n. 633-STJ. RSTJ 254/1528.
- Pn Lei n. 10.826/2003, art. 12 - Crime de posse irregular de arma de fogo de uso permitido - **Posse ilegal de munição** - Tipicidade formal e material. HC n. 493.192 - SC. RSTJ 254/1453.
- Cv Lei n. 11.101/2005, art. 58, § 2º - Violação - Não ocorrência - Criação de subclasses de credores dentro de uma mesma classe - **Plano de Recuperação Judicial**. REsp n. 1.634.844 - SP. RSTJ 254/633.
- Trbt Lei n. 11.101/2005, art. 83, III - Decreto-Lei n. 1.025/1969, art. 1º - Encargo legal inscrito em dívida ativa da União - **Falência** - Classificação dos créditos - Lei n. 6.830/1980, art. 4º, § 4º - Natureza jurídica - Crédito não tributário - Preferência conferida aos créditos tributários - Extensão. REsp n. 1.521.999 - SP. RSTJ 254/228.
- Cv Lei n. 11.771/2008, art. 23 - Decreto n. 7.381/2010, art. 25 - Horário de *check-in* - Horário de *check-out* - Período da diária - 24 horas - **Serviço de hotelaria**. REsp n. 1.717.111 - SP. RSTJ 254/699.
- Trbt Lei n. 12.546/2011 - Base de cálculo - **Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta (CPRB)** - Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) - Inclusão - Impossibilidade. REsp n. 1.624.297 - RS. RSTJ 254/299.
- Cv **Locação** - *Shopping center* - Ação de exigir contas - Despesas cobradas do locatário - Lei n. 8.245/1991, art. 54, § 2º. REsp n. 1.746.337 - RS. RSTJ 254/709.
- PrCv Local do dano - Aferição - **Ação de improbidade administrativa** - Competência. AgInt no AREsp n. 758.361 - TO. RSTJ 254/343.

M

- PrCv **Mandado de segurança** - CPC/2015, art. 485, VI, § 3º - Extinção do processo sem resolução do mérito - Ilegitimidade passiva *ad causam* - Secretário de Estado da Fazenda. RMS n. 51.486 - MG. RSTJ 254/442.

- Adm **Mandado de segurança** - Dilação probatória - Necessidade - Terras indígenas - Processo de demarcação - Reabertura. MS n. 20.013 - DF. RSTJ 254/186.
- PrCv **Mandado de segurança** - Impetração - Excepcional cabimento - Advogado - Terceiro interessado - Ato judicial - Flagrante ilegalidade - Súmula n. 202-STJ. RMS n. 59.322 - MG. RSTJ 254/807.
- Pn Maus antecedentes - Reincidência - Comprovação - CP, arts. 59, 61, I, e 63 - **Folha de antecedentes criminais**. Súmula n. 636-STJ. RSTJ 254/1531.
- Cv **Medida protetiva de acolhimento institucional** - Busca e apreensão de menor - Cuidados especiais - Necessidade - Filha de mãe soropositiva. HC n. 487.143 - SP. RSTJ 254/778.
- PrPn Medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade - **Ato infracional** - Crime de estupro de vulnerável - Equiparação - Constrangimento ilegal - Não ocorrência. HC n. 465.313 - SC. RSTJ 254/1425.
- PrCv Medidas executivas atípicas - Cabimento - CPC/2015, art. 139, IV - **Cumprimento de sentença** - Obrigação de pagar quantia certa. REsp n. 1.782.418 - RJ. RSTJ 254/745.
- PrPn Monitoramento eletrônico - Necessidade - Reavaliação - Constrangimento ilegal - Não ocorrência - **Crime de extorsão** - Desídia do juízo - Ausência - Excesso de prazo no encerramento do feito. HC n. 401.284 - MT. RSTJ 254/1311.
- PrPn Mutirão carcerário - Projeto Cidadania dos Presídios - **Execução penal** - Princípio do juiz natural - Ofensa - Não ocorrência. HC n. 449.361 - PR. RSTJ 254/1331.

N

- Trbt Natureza jurídica - Crédito não tributário - Decreto-Lei n. 1.025/1969, art. 1º - Encargo legal inscrito em dívida ativa da União - **Falência** - Classificação dos créditos - Lei n. 6.830/1980, art. 4º, § 4º - Lei n. 11.101/2005, art. 83, III - Preferência conferida aos créditos tributários - Extensão. REsp n. 1.521.999 - SP. RSTJ 254/228.
- PrPn Nomeação de defensor - Ausência - Audiência de colheita antecipada de provas - CPP, art. 366 - **Crime de homicídio qualificado** - Nulidade absoluta - Configuração. HC n. 488.129 - PR. RSTJ 254/1445.
- Adm Norma local e específica - Inexistência - **Ato administrativo** - Lei n. 9.784/1999 - Aplicação subsidiária aos Estados e Municípios - Possibilidade - Revisão - Prazo decadencial. Súmula n. 633-STJ. RSTJ 254/1528.

- PrPn Novo julgamento - Fundamentação suficiente - Apelação - Ministério Público - **Crime de homicídio qualificado** - Princípio da soberania do veredicto popular - Ofensa - Não ocorrência - Tribunal do Júri - Absolvição. HC n. 348.327 - MT. RSTJ 254/1297.
- PrPn Nulidade absoluta - Configuração - Audiência de colheita antecipada de provas - CPP, art. 366 - **Crime de homicídio qualificado** - Nomeação de defensor - Ausência. HC n. 488.129 - PR. RSTJ 254/1445.

O

- Cv Obrigação de indenizar - Constatação de dano - Necessidade - **Fila de banco** - Tempo de espera - Limite estabelecido por lei local. REsp n. 1.647.452 - RO. RSTJ 254/925.
- PrCv Obrigação de pagar quantia certa - CPC/2015, art. 139, IV - **Cumprimento de sentença** - Medidas executivas atípicas - Cabimento. REsp n. 1.782.418 - RJ. RSTJ 254/745.
- Cv Obrigação do Estado vinculada à Monarquia - **Ação de Força Velha** - Direito de habitação - Lei n. 166/1840 - Lei n. 1.904/1870 - Residência da Família Imperial - Natureza de Próprio Nacional. REsp n. 1.149.487 - RJ. RSTJ 254/814.
- PrPn Organização criminosa - **Crime licitatório** - Lei n. 9.296/1996 - Quebra de sigilo telemático - Legalidade. RHC n. 100.709 - SP. RSTJ 254/1458.

P

- PrCv Paciente - Falecimento - **Ação rescisória** - Improcedência - Erro de fato - Não ocorrência - Responsabilidade - Hospital. AR n. 3.751 - PR. RSTJ 254/523.
- Adm Pagamento de indenização por danos morais coletivos - **Improbidade administrativa** - Indisponibilidade de bens. REsp n. 1.728.658 - MS. RSTJ 254/394.
- Pn Pena - Redução - **Crime de homicídio qualificado**. HC n. 450.201 - SP. RSTJ 254/1353.
- PrPn Pena - Remodulação - **Crime de lavagem de dinheiro** - Dias-multa - Adequação - Dosimetria da pena - Circunstâncias judiciais - Circunstâncias legais. AgRg no REsp n. 1.765.139 - PR. RSTJ 254/994.
- PrCv Penhora sobre percentual da remuneração do devedor - Possibilidade - Ação de despejo com cobrança de aluguéis residenciais - CPC/2015, art. 833, § 2º - **Cumprimento de sentença**. AgInt no AREsp n. 1.336.881 - DF. RSTJ 254/769.

- Cv Perda gradativa de valores pagos - Cláusula penal compensatória - **Contrato de agenciamento de viagem** - Desistência do consumidor. REsp n. 1.314.884 - SP. RSTJ 254/886.
- PrPn Perícia técnica - Ausência - Ação penal - Trancamento - **Crime contra as relações de consumo** - Lei n. 8.137/1990, art. 7º, parágrafo único, IX. RHC n. 97.335 - SC. RSTJ 254/1414.
- Cv Período da diária - 24 horas - Decreto n. 7.381/2010, art. 25 - Horário de *check-in* - Horário de *check-out* - Lei n. 11.771/2008, art. 23 - **Serviço de hotelaria**. REsp n. 1.717.111 - SP. RSTJ 254/699.
- Cv **Plano de Recuperação Judicial** - Crédito trabalhista - Tratamento preferencial - Limite de valor - Honorários advocatícios - Crédito trabalhista por equiparação - Sociedade de advogados. REsp n. 1.649.774 - SP. RSTJ 254/644.
- Cv **Plano de Recuperação Judicial** - Criação de subclasses de credores dentro de uma mesma classe - Lei n. 11.101/2005, art. 58, § 2º - Violação - Não ocorrência. REsp n. 1.634.844 - SP. RSTJ 254/633.
- Adm **Plantio de organismos geneticamente modificados (OGM's)** - Auto de infração - Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio) - Autorização - Termo de embargo. REsp n. 1.672.100 - PR. RSTJ 254/501.
- Pn **Posse ilegal de munição** - Crime de posse irregular de arma de fogo de uso permitido - Lei n. 10.826/2003, art. 12 - Tipicidade formal e material. HC n. 493.192 - SC. RSTJ 254/1453.
- Adm Prazos prescricionais - **Ação disciplinar** - Servidor público federal - Lei n. 8.112/1990, art. 142. Súmula n. 635-STJ. RSTJ 254/1530.
- Trbt Preferência conferida aos créditos tributários - Extensão - Decreto-Lei n. 1.025/1969, art. 1º - Encargo legal inscrito em dívida ativa da União - **Falência** - Classificação dos créditos - Lei n. 6.830/1980, art. 4º, § 4º - Lei n. 11.101/2005, art. 83, III - Natureza jurídica - Crédito não tributário. REsp n. 1.521.999 - SP. RSTJ 254/228.
- PrCv Prequestionamento - Necessidade - **Questão de ordem pública**. EREsp n. 991.176 - DF. RSTJ 254/59.
- PrPn Presas - Regime prisional aberto - Inclusão - Decreto n. 14.454/2017, art. 1º - **Execução penal** - Indulto especial - Dia das Mães. REsp n. 1.762.043 - SC. RSTJ 254/1507.
- PrPn Prescrição da pretensão punitiva - Configuração - **Crime militar** - Extinção da punibilidade - Interceptação telefônica - Nulidade. REsp n. 1.795.341 - RS. RSTJ 254/1514.

- PrCv Prescrição intercorrente - Ausência de localização de bens - **Execução** - Verba honorária - Fixação em favor do executado - Não cabimento. REsp n. 1.769.201 - SP. RSTJ 254/951.
- PrPn Princípio da soberania do veredicto popular - Ofensa - Não ocorrência - Apelação - Ministério Público - **Crime de homicídio qualificado** - Novo julgamento - Fundamentação suficiente - Tribunal do Júri - Absolvição. HC n. 348.327 - MT. RSTJ 254/1297.
- PrPn Princípio do juiz natural - Ofensa - Não ocorrência - **Execução penal** - Mutirão carcerário - Projeto Cidadania dos Presídios. HC n. 449.361 - PR. RSTJ 254/1331.
- PrPn Prisão domiciliar - Cabimento - CPP, art. 318-A - **Crime de tráfico de entorpecente** - Prisão preventiva - Substituição. HC n. 470.549 - TO. RSTJ 254/1362.
- PrPn Prisão em flagrante - Ação penal - Justa causa - Acesso de mensagens de texto via *WhatsApp* - Autorização judicial - Ausência - **Crime de tráfico de entorpecente**. HC n. 491.895 - GO. RSTJ 254/1382.
- PrPn Prisão preventiva - Substituição - CPP, art. 318-A - **Crime de tráfico de entorpecente** - Prisão domiciliar - Cabimento. HC n. 470.549 - TO. RSTJ 254/1362.
- PrPn Pronúncia - Excesso de linguagem - Acórdão - Nulidade insanável - CPP, art. 413, § 1º - **Crime de homicídio** - Tentativa. REsp n. 1.710.209 - SP. RSTJ 254/1501.

Q

- Adm **Quebra de sigilo bancário** - Autorização judicial - Necessidade - Improbidade administrativa - Requisição direta do Ministério Público à instituição bancária - Não cabimento. REsp n. 1.638.420 - CE. RSTJ 254/384.
- PrPn Quebra de sigilo telemático - Legalidade - **Crime licitatório** - Lei n. 9.296/1996 - Organização criminosa. RHC n. 100.709 - SP. RSTJ 254/1458.
- PrCv **Questão de ordem pública** - Prequestionamento - Necessidade. EREsp n. 991.176 - DF. RSTJ 254/59.

R

- Cv Razoabilidade - Observância - **Criogenia** - Situação fático-jurídica - Consolidação no tempo. REsp n. 1.693.718 - RJ. RSTJ 254/669.

- PrPn Regime de pena - Progressão condicionada ao recolhimento da multa - Viabilidade - **Crime de lavagem de dinheiro**. AgRg no HC n. 488.320 - PR. RSTJ 254/975.
- Adm Regime prescricional - Particular - **Lei de Improbidade Administrativa** - Lei n. 8.429/1992, arts. 3º e 23, I e II. Súmula n. 634-STJ. RSTJ 254/1529.
- Adm Requisição direta do Ministério Público à instituição bancária - Não cabimento - Autorização judicial - Necessidade - Improbidade administrativa - **Quebra de sigilo bancário**. REsp n. 1.638.420 - CE. RSTJ 254/384.
- Adm Reserva de vagas - Portadores de deficiência física - **Concurso público** - Decreto n. 3.298/1999 - Lei n. 8.112/1990. REsp n. 1.483.800 - RS. RSTJ 254/357.
- Cv Residência da Família Imperial - Natureza de Próprio Nacional - **Ação de Força Velha** - Direito de habitação - Lei n. 166/1840 - Lei n. 1.904/1870 - Obrigação do Estado vinculada à Monarquia. REsp n. 1.149.487 - RJ. RSTJ 254/814.
- PrCv Responsabilidade - Hospital - **Ação rescisória** - Improcedência - Erro de fato - Não ocorrência - Paciente - Falecimento. AR n. 3.751 - PR. RSTJ 254/523.
- PrCv Responsabilidade administrativa ambiental - Natureza subjetiva - **Auto de infração** - Anulação - Dano ambiental. EREsp n. 1.318.051 - RJ. RSTJ 254/168.
- Adm Revisão - Prazo decadencial - **Ato administrativo** - Lei n. 9.784/1999 - Aplicação subsidiária aos Estados e Municípios - Possibilidade - Norma local e específica - Inexistência. Súmula n. 633-STJ. RSTJ 254/1528.
- Adm Rodovia estadual - Proibição de tráfego de caminhões - **Transporte de minério**. AREsp n. 1.290.543 - MG. RSTJ 254/419.

S

- PrCv Sentença - Marco temporal para incidência do CPC/2015 - **Honorários advocatícios de sucumbência**. EAREsp n. 1.255.986 - PR. RSTJ 254/25.
- Cv **Serviço de hotelaria** - Decreto n. 7.381/2010, art. 25 - Horário de *check-in* - Horário de *check-out* - Lei n. 11.771/2008, art. 23 - Período da diária - 24 horas. REsp n. 1.717.111 - SP. RSTJ 254/699.
- Cv Situação fático-jurídica - Consolidação no tempo - **Criogenia** - Razoabilidade - Observância. REsp n. 1.693.718 - RJ. RSTJ 254/669.

- Cv Sociedade de advogados - Crédito trabalhista - Tratamento preferencial - Limite de valor - Honorários advocatícios - Crédito trabalhista por equiparação - **Plano de Recuperação Judicial**. REsp n. 1.649.774 - SP. RSTJ 254/644.
- PrCv Súmula n. 202-STJ - Advogado - Terceiro interessado - Ato judicial - Flagrante ilegalidade - **Mandado de segurança** - Impetração - Excepcional cabimento. RMS n. 59.322 - MG. RSTJ 254/807.
- Cv Súmula n. 632-STJ - **Contrato de seguro** - Código Civil - Correção monetária - Termo inicial - Indenização securitária. RSTJ 254/1527.
- Adm Súmula n. 633-STJ - **Ato administrativo** - Lei n. 9.784/1999 - Aplicação subsidiária aos Estados e Municípios - Possibilidade - Norma local e específica - Inexistência - Revisão - Prazo decadencial. RSTJ 254/1528.
- Adm Súmula n. 634-STJ - **Lei de Improbidade Administrativa** - Lei n. 8.429/1992, arts. 3º e 23, I e II - Regime prescricional - Particular. RSTJ 254/1529.
- Adm Súmula n. 635-STJ - **Ação disciplinar** - Servidor público federal - Lei n. 8.112/1990, art. 142 - Prazos prescricionais. RSTJ 254/1530.
- Pn Súmula n. 636-STJ - CP, arts. 59, 61, I, e 63 - **Folha de antecedentes criminais** - Maus antecedentes - Reincidência - Comprovação. RSTJ 254/1531.

T

- PrCv Técnica de ponderação de princípios - CPC/2015, art. 489, §§ 1º e 2º - **Decisão judicial** - Fundamentação - Vícios - Inexistência. REsp n. 1.765.579 - SP. RSTJ 254/725.
- Adm Termo de embargo - Auto de infração - Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio) - Autorização - **Plantio de organismos geneticamente modificados (OGM's)**. REsp n. 1.672.100 - PR. RSTJ 254/501.
- Adm Terras indígenas - Processo de demarcação - Reabertura - Dilação probatória - Necessidade - **Mandado de segurança**. MS n. 20.013 - DF. RSTJ 254/186.
- PrPn Tipicidade da conduta - **Ato infracional** - Crime de estupro - Equiparação - Justa causa - Ocorrência. RHC n. 93.906 - PA. RSTJ 254/1401.
- Pn Tipicidade formal e material - Crime de posse irregular de arma de fogo de uso permitido - Lei n. 10.826/2003, art. 12 - **Posse ilegal de munição**. HC n. 493.192 - SC. RSTJ 254/1453.

- Adm **Transporte de minério** - Rodovia estadual - Proibição de tráfego de caminhões. AREsp n. 1.290.543 - MG. RSTJ 254/419.
- PrPn Tribunal do Júri - Absolvição - Apelação - Ministério Público - **Crime de homicídio qualificado** - Novo julgamento - Fundamentação suficiente - Princípio da soberania do veredicto popular - Ofensa - Não ocorrência. HC n. 348.327 - MT. RSTJ 254/1297.

V

- PrCv Verba honorária - Fixação em favor do executado - Não cabimento - **Execução** - Prescrição intercorrente - Ausência de localização de bens. REsp n. 1.769.201 - SP. RSTJ 254/951.



Índice Sistemático

AÇÃO RESCISÓRIA - AR

3.751-PR..... Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva RSTJ 254/523.

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AREsp

1.021.394-PR..... Rel. Min. Benedito Gonçalves RSTJ 254/323.

1.290.543-MG Rel. Min. Francisco Falcão RSTJ 254/419.

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AgInt no AREsp

758.361-TO..... Rel. Min. Benedito Gonçalves RSTJ 254/343.

1.336.881-DF..... Rel. Min. Raul Araújo..... RSTJ 254/769.

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AgInt no AgInt no AREsp

775.401-DF..... Rel. Min. Raul Araújo..... RSTJ 254/757.

AGRAVO INTERNO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA - AgInt no CC

152.093-RS Rel. Min. Sérgio Kukina RSTJ 254/97.

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL - AgInt nos EDcl no REsp

1.420.488-SC Rel. Min. Og Fernandes..... RSTJ 254/431.

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS - AgRg no HC

488.320-PR..... Rel. Min. Felix Fischer..... RSTJ 254/975.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - AgRg no REsp

1.765.139-PR..... Rel. Min. Felix Fischer..... RSTJ 254/994.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA - CC

151.550-CE Rel. Min. Assusete Magalhães RSTJ 254/103.

154.894-SC Rel. Min. Og Fernandes..... RSTJ 254/146.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - EAREsp

1.255.986-PR..... Rel. Min. Luis Felipe Salomão..... RSTJ 254/25.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL - EREsp

991.176-DF..... Rel. Min. Humberto Martins..... RSTJ 254/59.

1.106.999-SC Rel. Min. Moura Ribeiro..... RSTJ 254/575.

1.318.051-RJ Rel. Min. Mauro Campbell Marques RSTJ 254/168.

HABEAS CORPUS - HC

348.327-MT..... Rel. Min. Jorge Mussi RSTJ 254/1297.

401.284-MT..... Rel. Min. Joel Ilan Paciornik..... RSTJ 254/1311.

449.361-PR..... Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca..... RSTJ 254/1331.

450.201-SP..... Rel. Min. Jorge Mussi RSTJ 254/1353.

465.313-SC Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro RSTJ 254/1425.

470.549-TO..... Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca..... RSTJ 254/1362.

480.079-SP..... Rel. Min. Sebastião Reis Júnior..... RSTJ 254/1433.

487.143-SP..... Rel. Min. Luis Felipe Salomão..... RSTJ 254/778.

488.129-PR..... Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro RSTJ 254/1445.

491.895-GO..... Rel. Min. Ribeiro Dantas RSTJ 254/1382.

493.192-SC Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz RSTJ 254/1453.

HOMOLOGAÇÃO DE DECISÃO ESTRANGEIRA - HDE

1.808-EX..... Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura..... RSTJ 254/83.

MANDADO DE SEGURANÇA - MS

20.013-DF..... Rel. Min. Gurgel de Faria RSTJ 254/186.

RECURSO EM HABEAS CORPUS - RHC

93.689-DF..... Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca..... RSTJ 254/1392.

93.906-PA Rel. Min. Ribeiro Dantas RSTJ 254/1401.

97.335-SC Rel. Min. Joel Ilan Paciornik..... RSTJ 254/1414.

100.709-SP..... Rel. Min. Laurita Vaz..... RSTJ 254/1458.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA - RMS

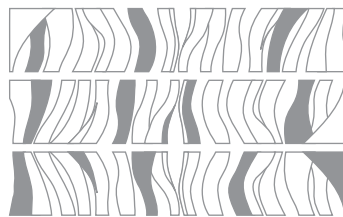
51.486-MG Rel. Min. Assusete Magalhães RSTJ 254/442.
 59.322-MG Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira RSTJ 254/807.

RECURSO ESPECIAL - REsp

1.149.487-RJ Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira RSTJ 254/814.
 1.314.884-SP Rel. Min. Maria Isabel Gallotti RSTJ 254/886.
 1.483.800-RS Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho RSTJ 254/357.
 1.521.999-SP Rel. Min. Gurgel de Faria RSTJ 254/228.
 1.536.573-RS Rel. Min. Sérgio Kukina RSTJ 254/365.
 1.581.075-PA Rel. Min. Moura Ribeiro RSTJ 254/597.
 1.624.297-RS Rel. Min. Regina Helena Costa RSTJ 254/299.
 1.631.278-PR Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino RSTJ 254/625.
 1.634.844-SP Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva RSTJ 254/633.
 1.638.420-CE Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho RSTJ 254/384.
 1.647.452-RO Rel. Min. Luis Felipe Salomão RSTJ 254/925.
 1.649.774-SP Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze RSTJ 254/644.
 1.672.100-PR Rel. Min. Mauro Campbell Marques RSTJ 254/501.
 1.683.589-RO Rel. Min. Nefi Cordeiro RSTJ 254/1482.
 1.688.163-RS Rel. Min. Rogerio Schiatti Cruz RSTJ 254/1490.
 1.693.718-RJ Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze RSTJ 254/669.
 1.710.209-SP Rel. Min. Laurita Vaz RSTJ 254/1501.
 1.717.111-SP Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino RSTJ 254/699.
 1.728.658-MS Rel. Min. Regina Helena Costa RSTJ 254/394.
 1.746.337-RS Rel. Min. Nancy Andrichi RSTJ 254/709.
 1.762.043-SC Rel. Min. Sebastião Reis Júnior RSTJ 254/1507.
 1.765.579-SP Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva RSTJ 254/725.
 1.769.201-SP Rel. Min. Maria Isabel Gallotti RSTJ 254/951.
 1.782.418-RJ Rel. Min. Nancy Andrichi RSTJ 254/745.
 1.795.341-RS Rel. Min. Nefi Cordeiro RSTJ 254/1514.
 1.799.572-SC Rel. Min. Francisco Falcão RSTJ 254/513.

SÚMULAS

632 RSTJ 254/1527.
 633 RSTJ 254/1528.
 634 RSTJ 254/1529.
 635 RSTJ 254/1530.
 636 RSTJ 254/1531.



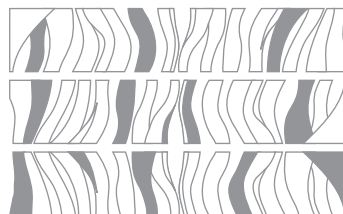
Siglas e Abreviaturas

AC	Apelação Cível
Adm	Administrativo
Ag	Agravo de Instrumento
AgInt	Agravo Interno
AgRg	Agravo Regimental
AI	Argüição de Inconstitucionalidade
ANA	Agência Nacional de Águas
Anatel	Agência Nacional de Telecomunicações
Aneel	Agência Nacional de Energia Elétrica
APn	Ação Penal
AR	Ação Rescisória
CAt	Conflito de Atribuições
CC	Código Civil
CC	Conflito de Competência
CCm	Código Comercial
Cm	Comercial
CNE	Conselho Nacional de Educação
Com	Comunicação
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CDC	Código de Proteção e Defesa do Consumidor
CPP	Código de Processo Penal
CR	Carta Rogatória
CRI	Carta Rogatória Impugnada
Ct	Constitucional
CTB	Código de Trânsito Brasileiro
CTN	Código Tributário Nacional
Cv	Civil
D	Decreto

DL	Decreto-Lei
DNAEE	Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica
E	Ementário da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça
EAC	Embargos Infringentes em Apelação Cível
EAR	Embargos Infringentes em Ação Rescisória
EAg	Embargos de Divergência no Agravo
EC	Emenda Constitucional
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
EDcl	Embargos de Declaração
EJSTJ	Ementário da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça
EI	Eleitoral
EREsp	Embargos de Divergência em Recurso Especial
ERMS	Embargos Infringentes no Recurso em Mandado de Segurança
ExImp	Exceção de Impedimento
ExSusp	Exceção de Suspeição
ExVerd	Exceção da Verdade
ExecAR	Execução em Ação Rescisória
ExecMC	Execução em Medida Cautelar
ExecMS	Execução em Mandado de Segurança
HC	<i>Habeas Corpus</i>
HD	<i>Habeas Data</i>
HSE	Homologação de Sentença Estrangeira
IDC	Incidente de Deslocamento de Competência
IExec	Incidente de Execução
IF	Intervenção Federal
IJ	Interpelação Judicial
Inq	Inquérito

IPVA	Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores
IUJ	Incidente de Uniformização de Jurisprudência
LC	Lei Complementar
LCP	Lei das Contravenções Penais
Loman	Lei Orgânica da Magistratura
LONMP	Lei Orgânica Nacional do Ministério Público
MC	Medida Cautelar
MC	Ministério das Comunicações
MI	Mandado de Injunção
MS	Mandado de Segurança
NC	Notícia-Crime
PA	Processo Administrativo
Pet	Petição
PExt	Pedido de Extensão
Pn	Penal
Prc	Precatório
PrCv	Processual Civil
PrPn	Processual Penal
Pv	Previdenciário
QO	Questão de Ordem
R	Revista do Superior Tribunal de Justiça
Rcl	Reclamação
RD	Reconsideração de Despacho
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
RHC	Recurso em <i>Habeas Corpus</i>
RHD	Recurso em <i>Habeas Data</i>
RMI	Recurso em Mandado de Injunção
RMS	Recurso em Mandado de Segurança

RO	Recurso Ordinário
Rp	Representação
RSTJ	Revista do Superior Tribunal de Justiça
RvCr	Revisão Criminal
S	Súmula
SAF	Secretaria de Administração Federal
Sd	Sindicância
SEC	Sentença Estrangeira Contestada
SF	Senado Federal
SL	Suspensão de Liminar
SLS	Suspensão de Liminar e de Sentença
SS	Suspensão de Segurança
STA	Suspensão de Tutela Antecipada
Tr	Trabalho
Trbt	Tributário



**Repositórios Autorizados e Credenciados pelo
Superior Tribunal de Justiça**

REPOSITÓRIOS AUTORIZADOS E CREDENCIADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

01. Lex - Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - editada pela Lex Editora S.A. - Portaria n. 1 de 19.08.1985 - DJ 21.08.1985 - **Registro revalidado** - Edital de 20.10.1989 - DJ 24.10.1989 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 11.12.2012 - DJe 13.12.2012.

02. Revista de Direito Administrativo - editada pela Editora Renovar Ltda. - Portaria n. 2 de 19.08.1985 - DJ 21.08.1985 - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 05.09.2007 - DJ 19.09.2007.

03. Revista LTr - Legislação do Trabalho - editada pela LTr Editora Ltda. - Portaria n. 5 de 26.08.1985 - DJ 28.08.1985 - **Registro revalidado** - Edital de 20.10.1989 - DJ 24.10.1989 - **Registro alterado** - Portaria n. 5 de 22.11.2011 - DJe de 23.11.2011.

04. Jurisprudência Brasileira Cível e Comércio - editada pela Juruá Editora Ltda. - Portaria n. 6 de 09.09.1985 - DJ 12.09.1985 - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 09.02.2006 - DJ 15.02.2006.

05. Julgados dos Tribunais Superiores - editada pela Editora Jurid Vellenich Ltda. - Portaria n. 7 de 06.11.1987 - DJ 10.11.1987 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 06.03.2001 - DJ 09.03.2001.

06. Revista de Doutrina e Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios - Portaria n. 1 de 29.11.1989 - DJ 1º.12.1989 - **Registro alterado/retificado** - Portaria n. 3 de 19.06.2002 - DJ de 25.06.2002.

07. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - Portaria n. 1 de 08.02.1990 - DJ 12.02.1990 - **Registro alterado** - Portaria n. 3 de 19.03.2010 - DJe 22.03.2010.

08. Revista Jurídica Mineira - Portaria n. 3 de 02.04.1990 - DJ 04.04.1990 - **Registro cancelado** - Portaria n. 4 de 13.05.1999 - DJ 04.06.1999.

09. Revista Jurídica - de responsabilidade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. (anteriormente editada pela Notadez Informações Ltda.) - Portaria n. 4 de 02.04.1990 - DJ 04.04.1990.

10. Julgados do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul - Portaria n. 5 de 02.05.1990 - DJ 09.05.1990 - **Registro cancelado** - Portaria n. 8 de 16.11.2000 - DJ 24.11.2000.

11. Revista de Processo - editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda. - Portaria n. 6 de 31.05.1990 - DJ 06.06.1990.

12. Revista de Direito Civil - editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda. - Portaria n. 7 de 31.05.1990 - DJ 06.06.1990 - **Registro cancelado** - Portaria n. 4 de 06.06.2000 - DJ 09.06.2000.

13. Revista dos Tribunais - editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda. - Portaria n. 8 de 31.05.1990 - DJ 06.06.1990.

14. Revista de Direito Público - editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda. - Portaria n. 9 de 31.05.1990 - DJ 06.06.1990 - **Registro cancelado** - Portaria n. 5 de 11.06.2001 - DJ 19.06.2001.

15. Revista Ciência Jurídica - editada pela Editora Ciência Jurídica Ltda. - Portaria n. 10 de 21.08.1990 - DJ 24.08.1990 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 04.07.2003 - DJ 14.07.2003.

16. Revista Jurisprudência Mineira - editada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - Portaria n. 12 de 10.09.1990 - DJ 12.09.1990 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 12.04.2018 - DJe 13.04.2018.

17. Revista de Julgados do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais - Portaria n. 13 de 17.12.1990 - DJ 19.12.1990 - **Registro cancelado** - Portaria n. 10 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.

18. Jurisprudência Catarinense - editada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina - Portaria n. 1 de 22.05.1991 - DJ 27.05.1991.

19. Revista SÍNTESE Trabalhista e Previdenciária - editada pela IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 3 de 16.09.1991 - DJ 20.09.1991 - **Registro retificado** - Portaria n. 9 de 22.11.2006 - DJ 11.12.2006 - **Registro retificado e ratificado** - Portaria n. 8 de 25.10.2010 - DJe 28.10.2010.

20. Lex - Jurisprudência dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo - editada pela Lex Editora S.A. - Portaria n. 1 de 10.03.1992 - DJ 13.03.1992 - **Registro cancelado** - Portaria n. 6 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.

21. Jurisprudência do Tribunal de Justiça - editada pela Lex Editora S.A. - Portaria n. 2 de 10.03.1992 - DJ 13.03.1992 - **Registro retificado** - Portaria n. 9 de 16.11.2000 - DJ 24.11.2000 - **Registro cancelado** - Portaria n. 4 de 29.10.2013 - DJe de 05.11.2013.

22. Lex - Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - editada pela Lex Editora S.A. - Portaria n. 3 de 10.03.1992 - DJ 13.03.1992 - **Registro cancelado** - Portaria n. 3 de 11.12.2012 - DJe 13.12.2012.

23. Revista de Previdência Social - editada pela LTr Editora Ltda. - Portaria n. 4 de 20.04.1992 - DJ 24.04.1992.

24. Revista Forense - editada pela Editora Forense - Portaria n. 5 de 22.06.1992 - DJ 06.07.1992 - **Registro cancelado** - Portaria n. 8 de 22.11.2011 - DJe de 23.11.2011.
25. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados - editada pela Editora Juríd Vellenich Ltda. - Portaria n. 6 de 06.11.1992 - DJ 10.11.1992 - **Registro cancelado** - Portaria n. 3 de 04.07.2003 - DJ 14.07.2003.
26. Série - Jurisprudência ADCOAS - editada pela Editora Esplanada Ltda. - Portaria n. 1 de 18.02.1993 - DJ 25.02.1993 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 23.08.2004 - DJ 26.08.2004.
27. Revista Ata - Arquivos dos Tribunais de Alçada do Estado do Rio de Janeiro - Portaria n. 2 de 11.02.1994 - DJ 18.02.1994 - **Registro cancelado** - Portaria n. 3 de 04.05.1999 - DJ 18.05.1999.
28. Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região - editada pela Livraria do Advogado Ltda. - Portaria n. 3 de 02.03.1994 - DJ 07.03.1994.
29. Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - Portaria n. 4 de 15.06.1994 - DJ 17.06.1994.
30. Genesis - Revista de Direito do Trabalho - editada pela Genesis Editora - Portaria n. 5 de 14.09.1994 - DJ 16.09.1994 - **Registro cancelado** - Portaria n. 4 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.
31. Decisório Trabalhista - editada pela Editora Decisório Trabalhista Ltda. - Portaria n. 6 de 02.12.1994 - DJ 06.12.1994 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 28.06.2013 - DJe 1º.07.2013.
32. Revista de Julgados e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo - Portaria n. 1 de 18.12.1995 - DJ 20.12.1995 - **Registro cancelado** - Portaria n. 5 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.
33. Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região - editada pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região - Portaria n. 1 de 11.04.1996 - DJ 22.04.1996 - **Registro cancelado** - Portaria n. 6 de 18.06.2010 - DJe 22.06.2010.
34. Lex - Jurisprudência do Tribunal Federal de Recursos - editada pela Lex Editora S.A. - Portaria n. 2 de 29.04.1996 - DJ 02.05.1996 - **Registro cancelado** - Portaria n. 11 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.
35. Revista de Direito Renovar - editada pela Editora Renovar Ltda. - Portaria n. 3 de 12.08.1996 - DJ 15.08.1996 - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 1º.06.2017 - DJe 07.06.2017.
36. Revista Dialética de Direito Tributário - editada pela Editora Oliveira Rocha Comércio e Serviços Ltda. - Portaria n. 1 de 16.06.1997 - DJ 23.06.1997 - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 20.04.2016 - DJe 03.05.2016.

37. Revista do Ministério Público - Portaria n. 1 de 26.10.1998 - DJ 05.11.1998 - **Registro retificado** - Portaria n. 9 de 14.06.1999 - DJ 22.06.1999.
38. Revista Jurídica Consulex - editada pela Editora Consulex Ltda. - Portaria n. 1 de 04.02.1999 - DJ 23.02.1999 - Republicada em 25.02.1999 - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 06.03.2001 - DJ 09.03.2001.
39. Genesis - Revista de Direito Processual Civil - editada pela Genesis Editora - Portaria n. 2 de 12.04.1999 - DJ 15.04.1999 - **Registro cancelado** - Portaria n. 3 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.
40. Jurisprudência Brasileira Criminal - editada pela Juruá Editora Ltda. - Portaria n. 6 de 14.06.1999 - DJ 22.06.1999 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 09.02.2006 - DJ 15.02.2006.
41. Jurisprudência Brasileira Trabalhista - editada pela Juruá Editora Ltda. - Portaria n. 7 de 14.06.1999 - DJ 22.06.1999 - **Registro cancelado** - Portaria n. 3 de 09.02.2006 - DJ 15.02.2006.
42. Revista de Estudos Tributários - editada pela marca SÍNTESE, de responsabilidade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 8 de 14.06.1999 - DJ 22.06.1999.
43. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - editada pela Editora Brasília Jurídica Ltda. - Portaria n. 10 de 29.06.1999 - DJ 05.07.1999 - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 23.08.2004 - DJ 26.08.2004.
44. Revista Interesse Público - editada pela Editora Fórum Ltda. - Portaria n. 1 de 14.03.2000 - DJ 21.03.2000.
45. Revista SÍNTESE Direito Civil e Processual Civil - editada pela IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 2 de 14.03.2000 - DJ 21.03.2000 - **Registro retificado** - Portaria n. 9 de 22.11.2006 - DJ 11.12.2006 - **Registro retificado e ratificado** - Portaria n. 8 de 25.10.2010 - DJe 28.10.2010.
46. Revista SÍNTESE Direito de Família - editada pela IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 3 de 29.03.2000 - DJ 03.04.2000 - **Registro retificado** - Portaria n. 2 de 14.09.2009 - DJe 15.09.2009 - **Registro retificado e ratificado** - Portaria n. 8 de 25.10.2010 - DJe 28.10.2010.
47. Revista ADCOAS Previdenciária - editada pela Editora Esplanada Ltda. - ADCOAS - Portaria n. 5 de 21.06.2000 - DJ 27.06.2000 - **Registro cancelado** - Portaria n. 8 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.
48. Revista ADCOAS Trabalhista - editada pela Editora Esplanada Ltda. - ADCOAS - Portaria n. 6 de 21.06.2000 - DJ 27.06.2000 - **Registro cancelado** - Portaria n. 7 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.

49. Revista de Jurisprudência ADCOAS - editada pela Editora Esplanada Ltda. - ADCOAS - Portaria n. 7 de 21.06.2000 - DJ 27.06.2000 - **Registro cancelado** - Portaria n. 9 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.
50. Revista SÍNTESE Direito Penal e Processual Penal - editada pela IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 4 de 06.03.2001 - DJ 09.03.2001 - **Registro retificado** - Portaria n. 9 de 22.11.2006 - DJ 11.12.2006 - **Registro retificado e ratificado** - Portaria n. 8 de 25.10.2010 - DJe 28.10.2010.
51. Revista Tributária e de Finanças Públicas - editada pela Editora Revista dos Tribunais - Portaria n. 6 de 11.06.2001 - DJ 19.06.2001 - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 21.03.2018 - DJe 22.03.2018.
52. Revista Nacional de Direito e Jurisprudência - editada pela Nacional de Direito Livraria Editora Ltda. - Portaria n. 1 de 08.04.2002 - DJ 02.05.2002 - Republicada em 19.04.2002 - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 31.07.2009 - DJe 05.08.2009.
53. Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região - editada pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região - Portaria n. 2 de 23.04.2002 - DJ 02.05.2002 - **Registro cancelado** - Portaria n. 5 de 09.04.2010 - DJe 18.04.2010.
54. Revista Dialética de Direito Processual - editada pela Editora Oliveira Rocha Comércio e Serviços Ltda. - Portaria n. 1 de 30.06.2003 - DJ 07.07.2003 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 20.04.2016 - DJe 03.05.2016.
55. Revista Juris Plenum - editada pela Editora Plenum Ltda. - Portaria n. 1 de 23.05.2005 - DJ 30.05.2005 - **Registro alterado** - Portaria n. 5 de 28.11.2013 - DJe 29.11.2013.
56. Revista Bonijuris - versão impressa - co-editada pelo Instituto de Pesquisas Jurídicas Bonijuris, Associação dos Magistrados do Paraná (Amapar), Associação dos Magistrados Catarinense (AMC) e Associação dos Magistrados do Trabalho IX e XII (Amatra) - Portaria n. 2 de 18.10.2005 - DJ 27.10.2005.
57. Revista Juris Plenum Trabalhista e Previdenciária - editada pela Editora Plenum Ltda. - Portaria n. 3 de 16.12.2005 - DJ 08.02.2006 - **Registro cancelado** - Portaria n. 9 de 12.12.2011 - DJe 14.12.2011.
58. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal - editada pela Editora Magister Ltda. - Portaria n. 4 de 02.08.2006 - DJ 09.08.2006.
59. CD-ROM - Jur Magister - editado pela Editora Magister Ltda. - Portaria n. 5 de 09.08.2006 - DJ 15.08.2006 - **Registro cancelado** - Portaria n. 6 de 11.12.2013 - DJe 12.12.2013.
60. DVD - Magister - editado pela Editora Magister Ltda. - Portaria n. 6 de 09.08.2006 - DJ 15.08.2006.

61. Revista Previdenciária e Trabalhista Gazetajuris - editada pela Editora Portal Jurídico Ltda. - Portaria n. 7 de 09.08.2006 - DJ 15.08.2006 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.
62. CD-ROM - Gazetajuris - editado pela Editora Portal Jurídico Ltda. - Portaria n. 8 de 02.10.2006 - DJ 04.10.2006 - **Registro cancelado** - Portaria n. 6 de 12.11.2008 - DJe 17.11.2008.
63. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil - editada pela Editora Magister Ltda. - Portaria n. 1 de 1º.02.2008 - DJ 11.02.2008.
64. Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas - editada pela Editora Magister Ltda. - Portaria n. 2 de 1º.02.2008 - DJ 11.02.2008.
65. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões - editada pela Editora Magister Ltda. - Portaria n. 4 de 10.10.2008 - DJe 15.10.2008 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 27.11.2014 - DJe 03.12.2014.
66. Revista de Direito Tributário da Associação Paulista de Estudos Tributários - editada pela MP Editora Ltda. - Portaria n. 5 de 30.10.2008 - DJe 07.11.2008 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 1º.09.2017 - DJe 04.09.2017.
67. Portal da Rede Mundial de Computadores “editoramagister.com” - editado pela Editora Magister Ltda. - Portaria n. 7 de 15.12.2008 - DJe 17.12.2008.
68. “Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul” (versão eletrônica) - Portal da Rede Mundial de Computadores - endereço eletrônico: https://www.tjrs.jus.br/site/publicacoes/revista_da_jurisprudencia/ - editada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Grande do Sul - Portaria n. 1 de 19.02.2010 - DJe 24.02.2010 - **Registro retificado e ratificado** - Portaria n. 4 de 19.03.2010 - DJe 22.03.2010.
69. Portal da Rede Mundial de Computadores - “jurisprudência-online” - editada pela Associação dos Advogados de São Paulo - Portaria n. 2 de 19.02.2010 - DJe 24.02.2010.
70. Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (versão eletrônica) - Portal da Rede Mundial de Computadores - endereço eletrônico: https://www.trf5.jus.br/revista_jurisprudencia/ - editado pelo Tribunal Regional Federal 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