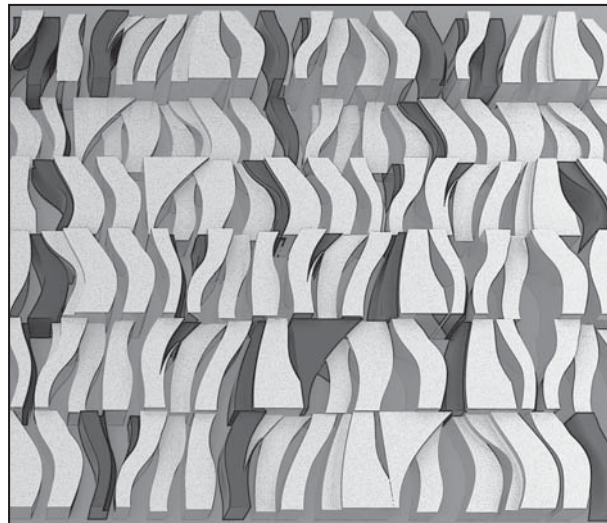


REVISTA

SUPERIOR
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA



PUBLICAÇÃO OFICIAL

REVISTA

SUPERIOR
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA

VOLUME 236

ANO 26

OUTUBRO/NOVEMBRO/DEZEMBRO 2014

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete do Ministro Diretor da Revista

Diretor

Ministro Herman Benjamin

Chefe de Gabinete

Andrea Dias de Castro Costa

Servidores

Eloame Augusti

Gerson Prado da Silva

Maria Angélica Neves Sant'Ana

Técnica em Secretariado

Maria Luíza Pimentel Melo

Mensageiro

Cristiano Augusto Rodrigues Santos

Superior Tribunal de Justiça

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

Gabinete do Ministro Diretor da Revista

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

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

Telefone (61) 3319-8055/3319-8003, Fax (61) 3319-8992

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

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

Disponível também em versão eletrônica a partir de 2009:

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

ISSN 0103-4286.

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

CDU 340.142 (81) (05)

REVISTA

MINISTRO HERMAN BENJAMIN

Diretor

SUPERIOR
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Plenário

Ministro **Francisco** Cândido de Melo **Falcão** Neto (*Presidente*)
Ministra **Laurita** Hilário **Vaz** (*Vice-Presidente*)
Ministro **Felix Fischer**
Ministra Fátima **Nancy Andrichi** (*Corregedora Nacional de Justiça*)
Ministro **João Otávio de Noronha** (*Diretor-Geral da ENFAM*)
Ministro **Humberto** Eustáquio Soares **Martins**
Ministra **Maria Thereza Rocha de Assis Moura**
Ministro Antonio **Herman** de Vasconcellos e **Benjamin** (*Diretor da Revista*)
Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho**
Ministro **Jorge Mussi** (*Corregedor-Geral da Justiça Federal*)
Ministro Geraldo **Og Nicéas Marques Fernandes**
Ministro **Luis Felipe Salomão**
Ministro **Mauro** Luiz **Campbell Marques**
Ministro **Benedito Gonçalves**
Ministro **Raul Araújo** Filho
Ministro **Paulo de Tarso** Vieira **Sanseverino**
Ministra Maria **Isabel** Diniz **Gallotti** Rodrigues
Ministro **Antonio Carlos Ferreira** (*Ouvidor*)
Ministro Ricardo **Villas Bôas Cueva**
Ministro **Sebastião** Alves dos **Reis Júnior**
Ministro **Marco** Aurélio Gastaldi **Buzzi**
Ministro **Marco Aurélio Bellizze** Oliveira
Ministra **Assusete** Dumont Reis **Magalhães**
Ministro **Sérgio** Luiz **Kukina**
Ministro Paulo Dias de **Moura Ribeiro**
Ministra **Regina Helena Costa**
Ministro **Rogério Schietti** Machado **Cruz**
Ministro **Nefi Cordeiro**
Ministro Luiz Alberto **Gurgel de Faria**

Resolução n. 19/1995-STJ, art. 3º.

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

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

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

Ministra **Laurita Vaz** (*Vice-Presidente*)

Ministro **Felix Fischer**

Ministra **Nancy Andrighi**

Ministro **João Otávio de Noronha**

Ministro **Humberto Martins**

Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**

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 **Humberto Martins** (*Presidente*)

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

Ministro **Sérgio Kukina** (*Presidente*)

Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho**

Ministro **Benedito Gonçalves**

Ministra **Regina Helena Costa**

Ministra **Marga Barth Tessler** *

* Desembargadora convocada (TRF da 4ª Região)

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

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

Ministro **Humberto Martins**

Ministro **Herman Benjamin**

Ministro **Og Fernandes**

Ministra **Assusete Magalhães**

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

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

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

Ministro **Villas Bôas Cueva** (*Presidente*)

Ministro **João Otávio de Noronha**

Ministro **Paulo de Tarso Sanseverino**

Ministro **Marco Aurélio Bellizze**

Ministro **Moura Ribeiro**

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

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

Ministro **Luis Felipe Salomão**

Ministra **Isabel Gallotti**

Ministro **Antonio Carlos Ferreira**

Ministro **Marco Buzzi**

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

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

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

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

Ministro **Felix Fischer**

Ministro **Gurgel de Faria**

Ministro **Newton Trisotto** **

Ministro **Leopoldo de Arruda Raposo** ***

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

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

Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**

Ministro **Rogério Schietti Cruz**

Ministro **Nefi Cordeiro**

Ministro **Ericson Maranhão** ****

** Desembargador convocado (TJ-SC)

*** Desembargador convocado (TJ-PE)

**** Desembargador convocado (TJ-SP)

COMISSÕES PERMANENTES

COMISSÃO DE COORDENAÇÃO

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

Ministra **Regina Helena Costa**

Ministro **Gurgel de Faria**

Ministro **Nefi Cordeiro** (*Suplente*)

COMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO

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

Ministro **Raul Araújo**

Ministro **Villas Bóas Cueva**

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

COMISSÃO DE REGIMENTO INTERNO

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

Ministro **Benedito Gonçalves**

Ministro **Marco Aurélio Bellizze**

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

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

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

Ministro **Mauro Campbell Marques**

Ministra **Isabel Gallotti**

Ministro **Antonio Carlos Ferreira**

Ministro **Sebastião Reis Júnior**

Ministro **Sérgio Kukina**

MEMBROS DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

Ministro **João Otávio de Noronha** (*Corregedor-Geral*)

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

Ministro **Herman Benjamin** (*1º Substituto*)

Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho** (*2º Substituto*)

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

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

Ministra **Laurita Vaz** (*Vice-Presidente*)

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

Membros Efetivos

Ministro **Og Fernandes**

Ministro **Luis Felipe Salomão**

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

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

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

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

Desembargador Federal Marcelo Navarro R. Dantas (*TRF 5ª Região*)

Membros Suplentes

Ministro **Mauro Campbell Marques**

Ministro **Benedito Gonçalves**

Ministro **Raul Araújo**

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

Desembargador Federal Reis Friede (*TRF 2ª Região*)

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

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

Desembargador Federal Francisco Roberto Machado (*TRF 5ª Região*)



SUMÁRIO

JURISPRUDÊNCIA

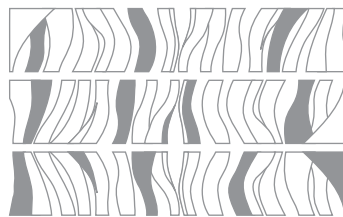
Corte Especial	17
Primeira Seção.....	99
Primeira Turma	149
Segunda Turma	231
Segunda Seção.....	311
Terceira Turma	403
Quarta Turma.....	527
Terceira Seção.....	645
Quinta Turma.....	703
Sexta Turma.....	751

ÍNDICE ANALÍTICO	875
-------------------------------	-----

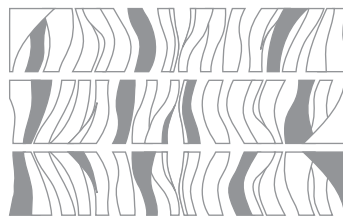
ÍNDICE SISTEMÁTICO	893
---------------------------------	-----

SIGLAS E ABREVIATURAS	899
------------------------------------	-----

REPOSITÓRIOS AUTORIZADOS E CREDENCIADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	905
--	-----



Jurisprudência



Corte Especial

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO NO
HABEAS CORPUS N. 153.809-SP (2009/0224536-2)**

Relatora: Ministra Laurita Vaz
Agravante: Roberto Carlos Silva Neves
Agravante: Rui Neves Silva
Advogado: Galib Jorge Tannuri
Agravado: Ministério Público Federal
Procurador: Flavio Giron

EMENTA

Agravo regimental no recurso extraordinário. Inadmissão. Agravo nos próprios autos. Via recursal adequada. Art. 544 do Código de Processo Civil. Suposta afronta ao princípio devido processo legal. Imprescindível o exame anterior de dispositivos infraconstitucionais. Precedentes. Agravo regimental parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

1. Nos termos do art. 544 do Código de Processo Civil, desafia agravo nos próprios autos (ARE) a decisão que não admite o recurso extraordinário, e não agravo regimental, o qual se mostra adequado apenas nas hipóteses em que o Tribunal *a quo* aplica a sistemática da repercussão geral, a teor dos arts. 543-A e 543-B e parágrafos do Código de Processo Civil (AI n. 760.358 QO, Pleno, Rel. em. Min. Gilmar Mendes, DJe de 19.2.2010).

2. O Supremo Tribunal Federal, apreciando o ARE-RG n. 748.371-MT, entendeu que, quando o julgamento da demanda estiver sujeito à prévia análise da correta incidência de regras infraconstitucionais, não existe repercussão geral acerca de questões relativas à ofensa aos princípios do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal, bem como dos limites da coisa julgada.

3. Agravo regimental parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conheceu parcialmente do agravo regimental e, nessa parte, negar-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Og Fernandes, Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Raul Araújo e Felix Fischer votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Brasília (DF), 4 de fevereiro de 2015 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Presidente

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJe 18.2.2015

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de agravo regimental interposto por *Roberto Carlos Silva Neves* e *Rui Neves Silva* em face da decisão de fls. 384-386, na qual restou consignado que o respectivo recurso extraordinário foi indeferido liminarmente, com espeque no art. 543-A, § 5º, do Código de Processo Civil, e, no mais, inadmitido.

Nas razões do presente agravo regimental, os Agravantes reiteram a existência de ofensa ao art. 5º, incisos LIV e LXVIII, da Carta da República.

Nessas condições, requerem o provimento do agravo regimental e, por via de consequência, que o recurso extraordinário seja admitido e encaminhado ao Supremo Tribunal Federal.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): O presente agravo não pode ser conhecido no ponto em que impugna a não admissão do recurso extraordinário.

Com efeito, a teor do disposto no art. 544 do Código de Processo Civil (com a redação dada pela Lei n. 12.322/2010), contra a decisão que não admite o recurso extraordinário é cabível agravo nos próprios autos (ARE) dirigido ao Supremo Tribunal Federal, e não agravo regimental.

Com igual conclusão:

Agravo regimental. Recurso extraordinário não admitido. Sistemática da repercussão geral. Não ocorrência. Recurso cabível. Agravo nos próprios autos. Art. 544 do CPC. Agravo não conhecido.

I - A teor do disposto no art. 544 do Código de Processo Civil, contra a decisão que não admite o recurso extraordinário é cabível agravo nos próprios autos para o STF, e não agravo regimental, recurso este cabível na hipótese em que o tribunal de origem aplica a sistemática da repercussão geral, nos termos dos arts. 543-A e 543-B e parágrafos do CPC (AI n. 760.358 QO, Pleno, Rel. em. Min. Gilmar Mendes, DJe de 19.2.2010).

II - Agravo regimental não conhecido. (AgRg no RE no AgRg nos os EDcl no AREsp n. 115.863-MG, Corte Especial, Rel. Min. Gilson Dipp, DJe de 9.4.2013).

Por outro lado, quanto à arguida ofensa ao art. 5º, inciso LIV, da Carta Magna, já decidiu o Plenário Virtual da Suprema Corte, nos autos do ARE-RG n. 748.371-MT, que não há repercussão geral da matéria relativa à suposta violação aos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e do devido processo legal, quando o julgamento da causa depender da análise preliminar da adequada aplicação das normas infraconstitucionais.

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

Alegação de cerceamento do direito de defesa. Tema relativo à suposta violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e do devido processo legal. Julgamento da causa dependente de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais. Rejeição da repercussão geral. (STF, ARE n. 748.371 RG/MT, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 1º.8.2013.)

Ante o exposto, *conheço em parte* do agravo regimental e, nessa parte, *nego provimento* ao recurso.

É o voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM
AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N. 131.134-RS (2014/0104048-2)**

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Agravante: Estado do Rio Grande do Sul

Procurador: Tanus Salim e outro(s)

Agravado: João Arnildo Martins Pedroso e outro

Advogado: Eugênio Vergani e outro(s)

EMENTA

Agravo regimental nos embargos de divergência. Processo Civil. Multa do art. 557, § 2º, do CPC. Necessidade do depósito prévio como condição para interposição de qualquer outro recurso. Pessoas jurídicas de direito público. Aplicabilidade. Precedentes do STF e da Corte Especial do STJ. Incidência da Súmula n. 168 do STJ. Embargos de divergência aos quais se negou seguimento. Argumentação no sentido da impossibilidade de se lhe aplicar a multa em tela pelo relator que julgar o AREsp. Questão não tratada no acórdão embargado. Preclusão. Decisão mantida em seus próprios termos. Agravo regimental parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido.

1. “[...] o depósito prévio da multa cominada com base no art. 557, § 2º, do CPC configurara pressuposto objetivo de recorribilidade, que também se impõe às pessoas jurídicas de direito público” (AgRg nos EAREsp n. 22.230-PA, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Corte Especial, julgado em 21.5.2014, DJe 1º.7.2014; grifei). Precedentes do STJ e do STF.

2. Incide sobre a espécie, portanto, o Verbete Sumular n. 168 deste Superior Tribunal de Justiça: “Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado.”

3. Ao manejar este agravo regimental, inova o Estado Agravante na argumentação – apontada impossibilidade de o Relator aplicar a multa no julgamento do agravo em recurso especial –, para ressuscitar a controvérsia que não foi sequer examinada pelo acórdão embargado, tampouco trazida nas razões dos embargos de divergência. Preclusão.

4. Agravo regimental parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conheceu parcialmente do agravo regimental e, nessa parte, negar-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Og Fernandes, Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Raul Araújo e Felix Fischer votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Brasília (DF), 4 de fevereiro de 2015 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Presidente

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJe 18.2.2015

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de agravo regimental interposto pelo *Estado do Rio Grande do Sul* em face de decisão de minha lavra que negou seguimento aos embargos de divergência, os quais, por sua vez, foram opostos contra acórdão da Eg. Quarta Turma, relatado pelo eminente Ministro Marco Buzzi, e ementado nos seguintes termos:

Agravo regimental em agravo (art. 544 do CPC). Ausência de comprovação do pagamento de multa processual imposta na decisão monocrática.

1. O prévio recolhimento da multa prevista no art. 557, § 2º, do CPC é pressuposto objetivo de admissibilidade do recurso, não sendo possível o seu conhecimento sem o devido pagamento.

2. O Supremo Tribunal Federal tem entendido ser aplicável, à Fazenda Pública a necessidade do depósito prévio da multa, prevista no art. 557, § 2º, do CPC, como

condição para a interposição de qualquer outro recurso, orientação ressonante na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Precedentes.

“É certo que a União, os Estados, os Municípios e as autarquias estão isentos do pagamento de custas processuais. Todavia, não se pode confundir o privilégio concedido à Fazenda Pública, consistente na dispensa de depósito prévio para fins de interposição de recurso, com a multa instituída pelo artigo 557, § 2º, do CPC, por se tratar de institutos de natureza diversa.” Precedentes.

3. Agravo regimental não conhecido.

Alegou o Estado Embargante, preliminarmente, a inaplicabilidade da Súmula n. 315 do STJ, uma vez que houve apreciação do mérito do recurso especial. No mais, sustentou que o acórdão embargado diverge do seguinte julgado paradigma:

Processual Civil. Depósito recursal. Fazenda Pública. Não-sujeição. Embargos de divergência providos.

1. As pessoas jurídicas de direito público federais, estaduais, distritais e municipais estão dispensadas de depósito prévio, para fins de interposição de recurso, conforme dispõe o art. 1º-A da Lei n. 9.494/1997.

2. Embargos de divergência providos. (REsp n. 1.068.207-PR, Rel. Ministro Castro Meira, Rel. p/ Acórdão Ministro Arnaldo Esteves Lima, Corte Especial, julgado em 2.5.2012, DJe 16.8.2012.)

Requeru, assim, “o conhecimento e provimento dos presentes embargos de divergência, para que seja reformada a decisão da colenda Quarta Turma, a fim de que seja conhecido o agravo regimental, tendo em vista ser dispensável o recolhimento prévio, pelos entes públicos, da multa aplicada com fundamento no art. 557, § 2º, do CPC” (fl. 188).

Proferi o despacho de fls. 216-217, em juízo prelibatório, determinando o processamento dos embargos.

Não houve oferecimento de resposta, consoante certidão de fl. 220.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pela rejeição dos embargos, em parecer que guarda a seguinte ementa:

Direito Processual Civil. § 2º, do art. 557, CPC. Recolhimento prévio. Fazenda Pública.

- O prévio depósito da multa protelatória, prevista no art. 557, § 2º, do CPC, como condição para a interposição de qualquer outro recurso, também é devido pela Fazenda Pública. Precedentes do STF e STJ.

- Parecer pela negativa de provimento dos embargos de divergência.

Proferi a decisão de fls. 233-236, negando seguimento aos embargos, consoante a seguinte ementa:

Embargos de divergência. Processo Civil. Multa do art. 557, § 2º, do CPC. Necessidade do depósito prévio como condição para interposição de qualquer outro recurso. Pessoas jurídicas de direito público. Aplicabilidade. Precedentes do STF e da Corte Especial do STJ. Incidência da Súmula n. 168 do STJ. Embargos de divergência aos quais se nega seguimento.

Inconformado, o Estado Agravante pugna pela não incidência da Súmula n. 168 desta Corte. Assevera que a decisão que impôs a multa foi prolatada monocraticamente pelo Ministro Relator, ao julgar o agravo em recurso especial, quando a hipótese de que cuida o § 2º do art. 557 do Código de Processo Civil se refere a possibilidade de aplicação da multa pelo Tribunal, se manifestamente inadmissível ou infundado o agravo regimental. Pondera que “É o que já defendia o Estado do Rio Grande do Sul, aliás, no agravo regimental que não foi conhecido pela Quarta Turma porque não precedido do recolhimento da teratológica multa aplicada, monocraticamente, pelo eminente Ministro Relator” (fl. 244). Pede o provimento do agravo regimental.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): Cumpre, de início, tecer as seguintes considerações.

Obiter dictum, e com as devidas vênias, entendo que não cabia ao Relator, ao negar provimento ao *agravo em recurso especial*, aplicar a multa do art. 557, § 2º, do Código de Processo Civil, porque a norma em tela diz respeito a julgamento de *agravo regimental*.

Não obstante, o *acórdão embargado* limitou-se a consignar a jurisprudência atual no sentido de que “1. O prévio recolhimento da multa prevista no art. 557, § 2º, do CPC é pressuposto objetivo de admissibilidade do recurso, não sendo possível o seu conhecimento sem o devido pagamento.” E que “2. O Supremo Tribunal Federal tem entendido ser aplicável, à Fazenda Pública a necessidade do depósito prévio da multa, prevista no art. 557, § 2º, do CPC, como condição para a interposição de qualquer outro recurso, orientação ressonante na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.” Assim, a Turma não conheceu do agravo regimental.

Importante ressaltar que, embora arguida nas razões do agravo regimental, não houve debate no *acórdão embargado* acerca da controvérsia ora suscitada, qual seja, a apontada impossibilidade de o Relator aplicar a multa no julgamento do agravo em recurso especial. O caminho para sanar a omissão seria o recurso de embargos de declaração, o que não foi oposto pelo Agravante.

O *Estado do Rio Grande do Sul*, em seguida, opôs *embargos de divergência*, para alegar suposto dissídio jurisprudencial, questionando *exclusivamente* a matéria tratada no *acórdão embargado*, ao argumento de “ser dispensável o recolhimento prévio, pelos entes públicos, da multa aplicada com fundamento no art. 557, § 2º, do CPC”.

Proferi a decisão de fls. 233-236, negando seguimento aos embargos, com base no Verbete Sumular n. 168 desta Corte, porque o *acórdão embargado* estava em conformidade com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, alinhada com a do Supremo Tribunal Federal.

Contudo, ao manejar este agravo regimental, *inova* o Estado Agravante na argumentação, para ressuscitar a controvérsia que, como disse, não foi sequer examinada pelo *acórdão embargado*, tampouco trazida nas razões dos embargos de divergência.

Portanto, a questão está claramente fulminada pela *preclusão*.

No mais, a decisão agravada se mantém pelos seus próprios fundamentos, ora reiterados:

[...]

Com efeito, o precedente trazido como paradigma (EREsp n. 1.068.207-PR, Rel. Ministro *Castro Meira*, Rel. p/ *Acórdão* Ministro *Arnaldo Esteves Lima*, *Corte Especial*, julgado em 2.5.2012, DJe 16.8.2012), que foi decidido por maioria apertada (4x3), acabou sendo superado, em julgamento recente e unânime, da Corte Especial, que se alinhou ao entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal. Confira-se, a propósito, a ementa:

Agravo regimental. Embargos de divergência. *Entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal. Depósito prévio da multa cominada com base no art. 557, § 2º, do CPC. Pressuposto objetivo de recorribilidade. Decisão agravada mantida. Improvimento.*

1.- Deve prevalecer o entendimento firmado pela Sexta Turma, que está em sintonia com a jurisprudência dominante do Excelso Supremo Tribunal Federal. Com efeito, entende aquela Corte que o *depósito prévio da multa*

cominada com base no art. 557, § 2º, do CPC configurara pressuposto objetivo de recorribilidade, que também se impõe às pessoas jurídicas de direito público.

2.- O agravo não trouxe nenhum argumento novo capaz de modificar o julgado, que se mantém por seus próprios fundamentos.

3.- Agravo Regimental improvido. (AgRg nos EAREsp n. 22.230-PA, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Corte Especial, julgado em 21.5.2014, DJe 1º.7.2014; grifei.)

No mesmo sentido, se inclinou a jurisprudência das Turmas deste Superior Tribunal de Justiça, *v.g.*:

Processual Civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Multa do art. 557, § 2º, do CPC. Necessidade do depósito prévio como condição para interposição de qualquer outro recurso. Pessoas jurídicas de direito público. Aplicabilidade. Precedentes do STF e da Corte Especial do STJ. Agravo regimental improvido.

I. O Supremo Tribunal Federal tem entendido ser aplicável, à Fazenda Pública, a necessidade do depósito prévio da multa, prevista no art. 557, § 2º, do CPC, como condição para a interposição de qualquer outro recurso, orientação ressonante na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

II. Consoante a jurisprudência do STF, quanto à multa prevista no art. 557, § 2º, do CPC, “não se conhece do recurso, ainda que da União, quando não satisfeita uma das condições para sua interposição, como o depósito de multa por litigância de má-fé” (STF, AI n. 775.934 AgR-ED-ED/AL, Rel. Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJe de 13.12.2011).

III. A questão ora em exame já foi apreciada em mais de uma oportunidade, pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, ocasião em que se considerou ser igualmente exigível, da Fazenda Pública, o depósito prévio da multa, prevista no art. 557, § 2º, do Código de Processo Civil (STF, RE n. 521.424 AgR-EDv-AgR/RN, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, DJe de 27.8.2010; STF, AI n. 775.934 AgR-ED-ED/AL, Rel. Min. Cezar Peluso, Pleno, DJe de 13.12.2011).

IV. Recentemente, a Corte Especial do STJ, revendo posicionamento anterior, decidiu no sentido de “que o depósito prévio da multa cominada com base no art. 557, § 2º, do CPC configura pressuposto objetivo de recorribilidade, que também se impõe às pessoas jurídicas de direito público” (STJ, AgRg nos EAREsp n. 22.230-PA, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Corte Especial, DJe de 1º.7.2014).

V. Agravo Regimental improvido. (AgRg no AREsp n. 383.036-MS, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 9.9.2014, DJe 16.9.2014.)

Incide sobre a espécie, portanto, o Verbete Sumular n. 168 deste Superior Tribunal de Justiça: “Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado.

Ante o exposto, *nego sequimento* aos embargos de divergência.

Ante o exposto, *conheço em parte* do agravo regimental e, nessa extensão, *nego-lhe provimento*.

É o voto.

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL N. 1.340.444-RS
(2012/0178500-1)**

Relator: Ministro Humberto Martins

Relator para o acórdão: Ministro Herman Benjamin

Embargante: Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS

Procuradores: Guilherme Beux Nassif Azem e outro(s)

Paulo Gustavo Medeiros Carvalho

Embargante: Carlos Severo Dutra Filho e outros

Advogado: Francis Campos Bordas

Embargado: Os mesmos

EMENTA

Processual Civil. Embargos de declaração. Nulidade do acórdão embargado. Corte Especial do STJ. Inclusão em pauta. Julgamento realizado na sexta sessão subsequente. Necessidade de nova intimação.

1. A rejeição dos presentes Embargos de Declaração implicaria a manutenção da sistemática atualmente em vigor no âmbito da Corte Especial do STJ, no sentido de que, uma vez incluído em pauta o processo, não se faz necessária nova publicação e intimação das partes, independentemente do número de sessões pendentes do respectivo julgamento.

2. O caso concreto é paradigmático e propicia reflexão mais aprofundada sobre essa *praxis*, em razão de o acórdão embargado ter sido proferido sob a sistemática do art. 543-C do CPC, que reclama ampla participação das partes na formação do convencimento judicial e, a critério do Tribunal, até mesmo de pessoas, órgãos ou entidades interessadas na controvérsia (art. 543-C, § 4º, do CPC).

3. Trata-se de uma daquelas situações em que o Superior Tribunal de Justiça não se deve guiar pelo procedimento de outros tribunais. Ao contrário, deve dar o bom exemplo. Há que se fazer o certo. E o certo é assegurar a ampla defesa, o contraditório e a segurança jurídica.

4. Não se pode desconsiderar que este é um Tribunal nacional, um Tribunal de superposição, onde atuam advogados que vêm dos extremos mais remotos do nosso País.

5. Nesse sentido, causa intensa preocupação, além do caso concreto, a situação dos advogados que se deslocam a Brasília, com despesas custeadas por seu cliente, que, amiúde, é pessoa humilde e somente pode dispor de passagem uma única vez, sem conseguir arcar com os custos da segunda, terceira e, muito menos, quarta e quinta viagens.

6. O estabelecimento de um limite de *três sessões* para dispensa de nova publicação é um início, um limiar para a retificação da omissão até hoje verificada, sem prejuízo de a questão ser deliberada oportunamente mediante reforma do Regimento Interno. No Processo Civil brasileiro, a surpresa e o ônus financeiro excessivo são incompatíveis com o *due process* e com os pressupostos do Estado de Direito que, no nosso caso, é antes de tudo Social.

7. Embargos de Declaração acolhidos, com efeito modificativo, para anular o acórdão embargado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça: Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro João Otávio de Noronha acolhendo os embargos de declaração para anular o julgamento do Recurso Especial e determinar a sua inclusão em pauta, no que foi acompanhado

pelos Srs. Ministros Herman Benjamin, Sidnei Beneti, Ari Pargendler, Gilson Dipp, Nancy Andrichi, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima, e o voto do Sr. Ministro Raul Araújo acompanhando o voto do Sr. Ministro Relator, a Corte Especial, por maioria, acolheu os embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro Herman Benjamin.

Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Herman Benjamin. Votaram com o Sr. Ministro Herman Benjamin os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Sidnei Beneti, Ari Pargendler, Gilson Dipp, Nancy Andrichi, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima. Vencidos os Srs. Ministros Relator e Raul Araújo.

Impedida a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

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

Licenciado o Sr. Ministro Jorge Mussi.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira.

Convocado o Sr. Ministros Raul Araújo.

Brasília (DF), 29 de maio de 2014 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente

Ministro Herman Benjamin, Relator

DJe 2.12.2014

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de embargos de declaração interpostos tanto pela *Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS*, quanto por *Carlos Severo Dutra Filho e Outros*, contra acórdão proferido pela Corte Especial que conheceu em parte e deu parcial provimento ao recurso especial da universidade, nos termos da seguinte ementa (fls. 2.982-2.984, e-STJ):

Administrativo. Processual Civil. Servidores públicos federais. Magistério superior. Universidade federal. Reajuste de 28,86%. Embargos à execução. Ação coletiva. Alegação de violação do art. 535 do CPC. Não ocorrência. Obrigação de fazer e de pagar. Pretensões distintas. Precedentes. Medida cautelar de protesto. Ajuizamento após o prazo quinquenal. Ineficácia. Compensação com os reajustes

da Lei n. 8.622/1993 e da n. Lei 8.627/1993. Impossibilidade. Recurso repetitivo. Coisa julgada.

1. Cuida-se de recurso especial interposto contra acórdão que consignou não estar prescrita a obrigação de pagar em processo de execução coletiva movida por sindicato de servidores públicos federais; no caso concreto, postula a pessoa jurídica de direito público que não poderia ser considerada eficaz uma medida cautelar de protesto que definiu que as obrigações de fazer e de pagar estariam atreladas (MCP 2005.71.00.040620-1/RS), bem como postula a compensação do reajuste de 28,86% com os reajustes das Leis n. 8.622/1993 e 8.627/1993.

2. Não se verifica a procedência em quaisquer das alegações de violação do art. 535 do Código de Processo Civil; tão somente se localiza insurgência no tocante ao conteúdo do acórdão recorrido e os dispositivos trazidos como omissos, em verdade, estão relacionados à construção argumentativa de tese que foi explicitamente rechaçada pelo Tribunal de origem.

3. O processo de conhecimento (97.00.00920-3/RS) transitou em julgado em 2.3.2000 e a execução da obrigação de fazer foi iniciada em 20.10.2004; é sabido que “o ajuizamento da execução coletiva da obrigação de fazer não repercute na fluência do prazo prescricional da execução da obrigação de pagar, na medida em que as pretensões são distintas, não se confundem e tem regramento próprio” (AgRg no REsp n. 1.126.599-PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 7.11.2011). No mesmo sentido: REsp n. 1.263.294-RR, Rel. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora convocada TRF 3ª Região), Segunda Turma, DJe 23.11.2012; AgRg no REsp n. 1.213.105-PR, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 27.5.2011; AgRg no AgRg no AgRg no REsp n. 633.344-RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 7.12.2009.

4. O ajuizamento de medida cautelar de protesto em 9.11.2005 com o objetivo de interromper o prazo de cinco anos – previsto no Decreto n. 20.910/1932 – para executar a obrigação de pagar, derivada de título transitado em julgado na data de 2.3.2000, torna intempestiva e ineficaz a referida cautelar.

5. Demais disso, nem se alegue que não era sabido o valor a ser executado em relação à obrigação de pagar, pois é firme a jurisprudência no sentido de que a demora no fornecimento de fichas financeiras por parte da administração não influi no curso do prazo prescricional da pretensão executiva, que é de cinco anos contados a partir do trânsito em julgado da ação principal, nos termos da Súmula n. 150-STF. Precedentes: AgRg no REsp n. 1.330.197-MA, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 15.3.2013; AgRg no AgRg no AREsp n. 151.681-PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 25.10.2012; AgRg no AgRg no AREsp n. 72.565-PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 24.8.2012.

6. No tocante à obrigação de fazer, o título executivo se mantém incólume, porquanto não é possível compensar a Lei n. 8.622/1993 e a Lei n. 8.627/1993 no reajuste de 28,86%, por atenção à coisa julgada, nos termos de recurso especial,

firmado sob o rito dos repetitivos: REsp n. 1.235.513-AL, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJe 20.8.2012.

Recurso especial conhecido em parte e provido em parte.

Aduz a *Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS* que o acórdão embargado padeceria de premissa equivocada, obscuridade e omissão. No tocante à premissa fática, alega que o recurso especial não tratava da obrigação de fazer, tão somente da obrigação de pagar. Alega, ainda, que deve ser apreciada a questão dos honorários de sucumbência (fls. 3.011-3.015, e-STJ).

Os embargantes *Carlos Severo Dutra Filho e Outros* sustentam preliminar de nulidade de julgamento, uma vez que o recurso especial foi pautado em 20.3.2013, sido julgado em 19.6.2013, sem que houvesse nova publicação de pauta ou intimação do advogado para efetuar sustentação oral. No mérito, alega que o acórdão embargado padeceria de obscuridade e omissão. No tocante à premissa fática, alega que o recurso especial não tratava da obrigação de fazer, tão somente da obrigação de pagar. Alega, ainda, que deve ser apreciada a questão dos honorários de sucumbência (fls. 3.017-3.060, e-STJ).

Pugnam, por fim, sejam sanados os vícios apontados e concedidos efeitos infringentes ao acórdão embargado, bem como a invertidos dos ônus de sucumbência.

O feito foi levado a julgamento. Conforme acordado, foi convertido em diligência para permitir a impugnação mútua dos embargos de ambas as partes (fls. 3.066-3.067, e-STJ).

Foi dado prazo às partes, para impugnações (fl. 3.068, e-STJ).

Ambas as partes quedaram silentes (fl. 3.073, e-STJ).

É, no essencial, o relatório.

VOTO

Ementa: Administrativo. Processual Civil. Servidores públicos federais. Magistério superior. Universidade federal. Reajuste de 28,86%. Embargos à execução. Ação coletiva. Embargos de declaração. Erro de premissa e inversão da sucumbência acolhidos. Servidores. Alegações de omissão, obscuridade e de contradição. Tentativa de reversão do mérito. Exame detalhado. Descabimento.

1. Cuida-se de embargos de declaração opostos tanto pela *Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS*, quanto por *Carlos Severo Dutra Filho e Outros*, contra acórdão proferido pela Corte Especial, que conheceu em parte e deu parcial provimento ao recurso especial da pessoa jurídica de direito público em questão referente aos embargos à execução sobre a obrigação de pagar dos 28,86%.

2. A Universidade alega erro de premissa em parte do acórdão, bem como omissão referente à inversão da sucumbência. Devem ser acolhidos estes embargos, pois o item 6 da ementa do acórdão embargado deveria ser suprimido, uma vez que a controvérsia trata somente da obrigação de pagar, nada dizendo respeito à obrigação de fazer; também, deve ser invertida a sucumbência.

3. Os servidores alegam preliminar de nulidade do julgamento e postulam seis vícios no julgado embargado que estão analiticamente apreciados no presente acórdão. As alegações demonstram irresignação com o resultado do julgamento, postulando a reapreciação do mérito.

4. Não há falar em nulidade do julgamento, porquanto o feito tenha sido pautado na Corte Especial em 20.3.2013 e julgado em 19.6.2013, pois “tendo sido publicada a pauta, não há que se falar em nova publicação, pois não se vincula a uma data específica” (AgRg no RE n. 585.535-SP, Relatora Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, publicado no DJe-043 em 4.3.2011 e no Ementário vol. 2476-01, p. 152).

5. Não há a obscuridade, consubstanciada na tentativa de realização de cotejo entre o teor do acórdão embargado e julgados de turmas do STJ, pois os embargos de declaração não configuram meio para rediscussão da controvérsia.

6. A alegação de obscuridade em relação ao art. 617 do CPC está evidentemente relacionada com a defesa de tese que não foi acolhida no julgamento anterior e, assim, não configura o vício postulado.

7. As alegações de omissão em relação à impossibilidade de iniciar a execução da obrigação de pagar antes de finalizada a execução da obrigação de fazer, bem como da ausência de inércia por parte do sindicato, configuram exatamente parte substantiva do ponto de vista reformado pelo acórdão embargado e, assim, não pode ser considerada como vício, mas, sim, tentativa de reversão do mérito do julgado anterior.

8. No mesmo sentido, as alegações de obscuridade em relação à intenção da medida cautelar de protesto e de contração no tocante aos seus efeitos vinculantes - por atenção à segurança jurídica do direito dos executantes - também figuram como elementos derivados do ponto de vista reformado e, assim, não podem ser considerados como vícios previstos no art. 535 do Código de Processo Civil.

Embargos de declaração da *Universidade Federal do Rio Grande do Sul* acolhidos sem efeitos infringentes. Embargos de declaração de *Carlos Severo Dutra Filho e Outros* rejeitados.

O Sr. Ministro Humberto Martins (Relator): Devem ser rejeitados os embargos de declaração interpostos por *Carlos Severo Dutra Filho e Outros*, assim como devem ser acolhidos os aclaratórios interpostos pela *Universidade Federal do Rio Grande do Sul*.

Síntese da Controvérsia

Transcrevo a descrição que realizei no voto-condutor quando do julgamento do acórdão de mérito:

Cabe uma descrição sintética sobre a controvérsia em questão.

A associação dos docentes da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (ADUFRGS) ajuizou ação coletiva para postular o direito ao reajuste de 28,86% em nome dos docentes daquela entidade educacional federal. A ação coletiva de conhecimento postulava o direito ao reajuste, bem como o direito ao pagamento das parcelas vencidas.

Foi firmado título executivo na Ação Ordinária 97.00.00920-3/RS.

O presente processo trata de embargos à execução, apresentados pela autarquia federal. Desde a primeira instância, a UFRGS alega que a obrigação de pagar estaria prescrita, porquanto teria sido ultrapassado o prazo de cinco anos para pleitear o início de tal execução, que seria diversa da obrigação de fazer (a inserir o percentual em folha).

A sentença (fls. 1.054-1.061, e-STJ) afastou a prejudicial e julgou improcedentes os pedidos dos embargos à execução. No que tange à alegação de prescrição, consignou, em suma, o juízo de primeira instância que o prazo prescricional seria de 5 (cinco) anos. Todavia, o prazo deveria ser contado a partir do cumprimento da obrigação de fazer. *De forma simples: o prazo prescricional – de cinco anos – para exigir o pagamento das parcelas vencidas somente se iniciaria após o lançamento do percentual em folha de pagamento.*

Quanto ao mérito, a sentença afastou as alegações de que o título teria firmado coisa julgada, indicando que poderia ser limitado. Ainda, que a compensação com a GED (gratificação de estímulo à docência) não seria cabível, porquanto teria natureza jurídica de vencimento básico, adicionais e gratificações incorporadas.

Contra os termos da sentença a UFRGS interpôs apelação e alegou, em síntese, que as obrigações de fazer e pagar seriam independentes e que os protestos interruptivos não seriam hábeis. No mérito, reitera que devem incidir compensações que determinariam a ausência de direito a qualquer pagamento, com base na Súmula n. 672 do STF. Por derradeiro, postula que devem ser compensados valores oriundos de todas as reestruturações da carreira.

O acórdão recorrido negou provimento à apelação. Contudo, foram interpostos embargos por ambas as partes, que foram acolhidos. Assim, foi fixada a incidência de juros de mora nos termos do art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997 e a possibilidade de compensação do aumento derivado da Lei n. 10.405/2002 e, assim, definiu a sucumbência majoritária ao sindicato.

Bem descrito o caso até o momento, passo ao recurso especial.

O cerne da controvérsia está relacionado à prescrição da execução da obrigação de pagar as parcelas vencidas do reajuste de 28,86%. O debate está confinado ao entendimento do Tribunal de origem, pelo qual – *no caso concreto* – não seria aplicável a jurisprudência do STJ na qual se consigna a separação das obrigações de fazer e de dar nos casos de execução de reajustes de servidores públicos.

A justificativa para afastar a jurisprudência foi *a ocorrência de provimento judicial em medida cautelar que teria firmado coisa julgada*. Transcrevo o entendimento da Corte Regional Federal (fls. 2.204-2.205, e-STJ):

Assim, num primeiro momento, poder-se-ia cogitar d a prescrição da pretensão executória em liça haja vista a sua promoção ter ocorrido em data de 13.9.2010, quando o trânsito em julgado do título executivo judicial ocorrera em 2.3.2000. Entretanto, não se me afigura prescrita a pretensão executória *sub examine*.

Com efeito, esta Corte foi instada a se pronunciar apenas sobre a legitimidade do substituto processual ao manejo da execução ao cumprimento da obrigação de fazer. De conseqüência, os atos praticados pelo substituto processual à defesa da pretensão executória dos substituídos, incluso no tocante ao cumprimento da obrigação de dar, e que não restaram hostilizados pela parte *ex adversa* a tempo e modo oportunos, reputam-se hígidos.

Rigorosamente, não há negar que a medida cautelar de protesto interruptivo da prescrição (MCP 2005.71.00.040620-1/RS) - deduzida pela ADUFRGS em data de 9.11.2005 sob o fundamento de que “se encontra

em andamento a execução da obrigação de fazer e que, até o desenrolar desta, mostra-se inviável iniciar a execução da obrigação de pagar, uma vez que é necessário a apuração dos valores já recebidos administrativamente, para fins de compensação” - produziu na esfera jurídica dos substituídos, postergando o termo a quo da prescrição da pretensão executória ao cumprimento da obrigação de dar para momento posterior à decisão da execução ao cumprimento da obrigação de fazer.

E assim o é porque a decisão judicial que deferiu o pedido de protesto não ressaltou qualquer aspecto da pretensão. Assim, considerando que não cabe ao Poder Judiciário induzir a parte em erro, o deferimento do pleito, nos termos em que formulado, produziu legítima expectativa aos substituídos de que o prazo prescricional da pretensão executória ao cumprimento da obrigação de dar sequer iniciaria antes da última quadra executória atinente à obrigação de fazer.

(...)

De consequência, considerando que o título executivo judicial transitou em julgado em data de 2.3.2000; considerando que, em data de 11.11.2005, deu-se o deferimento da Medida Cautelar de Protesto n. 2005.71.00.040620-1/RS, pelo qual o termo a quo à execução da obrigação de dar restou postergado para momento posterior à última quadra executória ao cumprimento da obrigação de fazer; considerando que o trânsito em julgado da decisão proferida nos embargos à execução da obrigação de fazer ocorreu em 3.4.2009, tendo prosseguido a respectiva quadra executória; considerando que a presente execução ao cumprimento da obrigação de dar restou proposta em data de 13.9.2010; à vista de todo o exposto, não se verifica a prescrição da pretensão executória em exame.

Como indicado antes, o Tribunal de origem também consignou não ser possível tratar de compensação, pela inaplicabilidade do art. 741, § único do Código de Processo Civil ao caso concreto. Por fim, no acórdão de embargos, os juros foram limitados aos termos do art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997 e foi reconhecida a possibilidade de compensação do aumento referido à Lei n. 10.405/2002.

Bem delineada a controvérsia dos autos, passo a examinar os dois embargos de declaração.

Embargos de Declaração Interpostos pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS

Alega a *Universidade Federal do Rio Grande do Sul* que há erro de premissa, pois o item 6 da ementa menciona que o título se mantém incólume em relação à obrigação de fazer (introduzir o reajuste de 28,86%) aos servidores, quando -

em verdade - os embargos à execução somente dizem respeito à obrigação de pagar.

Deve ser indicado que este tema fica prejudicado, uma vez que se discutia se o cálculo das parcelas vencidas deveria ser compensado com reajustes posteriores.

Figura lógico que - não havendo o que ser pago, dada a prescrição - não há por que debater eventual compensação de valores. Logo, o item 6 deve ser considerado como prejudicado, da mesma forma que ocorreu com o debate relativo ao art. 1º-F da Lei n. 9.494/1996.

Assiste razão à embargante neste ponto.

Passo à alegação subsequente da UFRGS.

A pessoa jurídica de direito público, embargante, suscita omissão e obscuridade em relação aos honorários de sucumbência da seguinte forma (fl. 3.015, e-STJ):

O acórdão embargado conheceu parcialmente e deu provimento em parte ao recurso especial interposto pelo ora embargante, entretanto, não tratou da inversão do ônus da sucumbência.

Ressalte-se que, em que pese, tenha sido o recurso especial conhecido e provido apenas em parte, isto porque havia alegação de violação ao artigo 535 do CPC. O resultado foi o reconhecimento da prescrição, o que acarreta a procedência dos embargos à execução da obrigação de pagar, razão pela qual o ônus da sucumbência deve ser invertido.

De fato, tem-se que o acolhimento da prescrição da pretensão de execução deu azo à inversão da sucumbência, que foi fixada pela origem em 1% da diferença entre o valor postulado na execução e o efetivamente executado (fl. 2.585, e-STJ). Como no caso vertente, não haverá execução sobre a obrigação de pagar. Os honorários ficarão fixadas em 1% da pretensão executória.

Em suma, acolho os embargos da *Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, sem efeitos infringentes, como acima explicitado.

Embargos de Declaração Interpostos por Carlos Severo Dutra Filho e Outros Preliminar de Nulidade do Julgamento

Preliminarmente, alegam os servidores que não foram intimados da data do julgamento pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça e, portanto,

consideram que foi prejudicado pela impossibilidade de realizar sustentação oral. Transcrevo a alegação (fls. 30-3.035, e-STJ)

O recurso foi pautado para ser julgado na sessão de julgamento do dia 20.3.2013, consoante comprovante de andamento processual.

(...)

No entanto, o Recorrido foi surpreendido com a publicação do dia 1º.7.2013, dando conta de que o referido recurso foi levado a julgamento naquela data e que "A Corte Especial, por unanimidade, conheceu em parte do recurso especial e deu-lhe parcial provimento, nos termos do Sr. ministro relator".

(...)

Contudo, não houve publicação da data do julgamento e, por óbvio, o Recorrido não teve conhecimento do ato, não podendo participar e influenciar no julgamento pela sustentação oral.

Pelo andamento processual, percebe-se que da data de 20.3.2013, primeira e única publicação de julgamento, até o efetivo julgamento do recurso, em 19.6.2013, passaram 06 (seis) sessões (...)

(...)

O prejuízo ao direito do Recorrido é evidente e, precisa ser reparado em prol do devido processo legal.

Pelo exposto, o Embargante requer a Vossas Excelências que reconheçam a nulidade do ato, decretem-na, de imediato, determinando que novo julgamento seja proferido, desta vez com a intimação das partes.

Em atenção à insurgência, após a interposição destes aclaratórios, proferi despacho à Coordenadoria da Corte Especial para que pudesse esclarecer acerca dos ritos regimentais do órgão julgador (fl. 3.062, e-STJ).

A Coordenadoria da Corte Especial juntou certidão aos autos, cujo teor transcrevo abaixo (fl. 3.064, e-STJ):

Superior Tribunal de Justiça

Recurso Especial n. 1340444 (2012/0178500-1 - RS)

Certidão

Certifico, em cumprimento ao r. despacho de fl. 3.062, que, em razão de a pauta da Corte Especial sempre constar com muitos feitos, sobretudo ações penais que demandam, via de regra, muito tempo para sua apreciação, é normal ocorrer julgamentos de feitos cujo lapso de tempo entre a publicação da pauta e o efetivo julgamento seja de 2 a 3 meses.

Certifico, ainda, que esta Coordenadoria, em razão da inexistência de expressa disposição legal e de não haver sido a Corte Especial provocada a se manifestar sobre o tema, tem consultado os gabinetes da conveniência da reinclusão do processo em pauta após 6 (seis) meses da publicação da mesma.

Brasília, 5 de setembro de 2013.

A jurisprudência indicada pelos recorrentes não se amolda ao caso. Os recorrentes postulam que, em sendo retirado o feito de pauta, seria necessária nova inclusão em pauta para que seja julgado.

Não foi o que ocorreu.

No caso, a certidão de julgamento é límpida ao indicar que recurso especial foi pautado em 20.3.2013. A mesma pauta teve continuidade de julgamento pela Corte em 19.6.2013 (fl. 2.962, e-STJ).

Em suma, a questão sob exame já foi enfrentada pelo Pretório Excelso, ao consignar em seu Tribunal Pleno que não há falar em nulidade de julgamento, pois a inclusão de um processo ou de um recurso em pauta não assegura a data do julgamento.

A propósito:

Agravo regimental. Pedido de retirada de pauta. Indeferimento. Nulidade de julgamento. Inocorrência. (...) 2. Tendo sido publicada a pauta, não há que se falar em nova publicação, pois não se vincula a uma data específica. 3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no RE n. 585.535-SP, Relatora Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 17.12.2010, publicado no DJe-043 em 4.3.2011 e no Ementário vol. 2476-01, p. 152.)

Não visualizo mácula.

Alegação de Obscuridade - Julgados de Turmas do STJ

Os embargantes alegam que o entendimento acolhido no acórdão configura obscuridade, pois divergiria do entendimento de alguns alegados precedentes de turmas, bem como de decisão monocrática.

Transcrevo a alegação (fls. 3.035-3.036, e-STJ):

Contudo, em casos excepcionais, em que há a promoção de execução da obrigação de fazer (implementar em folha), o Superior Tribunal de Justiça tem

se posicionado de forma diferente, resultando obscura a decisão que afirma o contrário. Vejamos.

De plano, refuto a alegação, já que os embargos de declaração não são meio apropriado para efetuar o exame de alegações relacionadas com divergência jurisprudencial.

Porém, por respeito ao debate, indico que o AgRg no AREsp n. 32.046-RS (indicado no mesmo sentido do Ag n. 1.337.783-RS) esposam a tese suscitada pelos recorrentes - em contrarrazões - de que a medida cautelar de protesto teria dado causa à interrupção do prazo para execução da obrigação de pagar, reiniciando a sua contagem.

Não obstante isto, os outros precedentes listados estão referidos em casos que não são exatamente similares. Ao contrário, anuem com a tese do acórdão embargado de que o prazo para execução da obrigação de fazer e da obrigação de pagar são idênticos e se iniciam com o trânsito em julgado do título exequendo.

Em suma, como se vê, a alegação de obscuridade no julgado, em verdade, suscita divergência jurisprudencial por meio de embargos de declaração, o que é incabível.

Não há o vício alegado.

Alegação de Obscuridade - Violação ao Art. 617 do CPC

Outra questão de obscuridade está cingida à alegada interpretação do art. 617 do Código de Processo Civil, que exigiria que a interrupção de prescrição, pelo início da execução deveria abranger as duas obrigações - de fazer e de pagar - pois estas seriam, na verdade, somente pretensão.

Transcrevo a alegação (fl. 3.043, e-STJ):

Aí reside nova obscuridade, pois contraria o disposto no art. 617 do Código de Processo Civil.

De acordo com o art. 617 do CPC, "a propositura da execução, deferida pelo juiz, interrompe a prescrição, mas a citação do devedor deve ser feita com observância do disposto no art. 219". A execução de prestação de fazer teve início em março de 2003 (tendo a sentença condenatória transitado em julgado em 2000), quando foi interrompida a prescrição da "pretensão executória" da sentença.

Note-se que essa interrupção da prescrição não diz respeito apenas à "pretensão à execução" da prestação de fazer (cuja execução foi então iniciada).

Ao contrário, a interrupção se dá quanto à pretensão à execução de forma geral. E isso porque, no caso presente, não se está diante de duas ou mais pretensões satisfativas, mas de apenas uma, a qual exige duas técnicas executivas distintas para ser satisfeita.

Bem se visualiza que a alegação de vícios, acima efetivada, busca reabrir o cerne da controvérsia, que já foi examinado.

Transcrevo o acórdão embargado (fls. 2.997-2.998, e-STJ):

Em síntese, a primeira insurgência de mérito está firmada contra o entendimento de que, se o Tribunal de origem consignou que há independência entre os prazos prescricionais das obrigações de fazer e de dar (pagar), não poderia considerar que houve atrelamento – pelo julgado em medida cautelar de protesto – da obrigação de pagar ao adimplemento da obrigação de fazer.

(...)

Como se depreende do acórdão recorrido, a Corte de origem indica que – em princípio – as obrigações de fazer e de dar (pagar) seriam independentes e, portanto, seus prazos não poderiam estar vinculados. Contudo, como indicado, o mesmo Tribunal Regional Federal da 4ª Região assentiu que nesta execução específica, por força da coisa julgada, derivada da cautelar de protesto, os prazos foram atrelados. Cito:

Rigorosamente, na decisão proferida nos autos da MCP n. 2005.71.00.040620-1/RS, houve o atrelamento do prazo prescricional das obrigações de fazer e de dar decorrentes da sentença proferida nos Autos n. 97.00.00920-3/RS. E essa decisão, consoante fixado na decisão monocrática, não restou hostilizada a tempo e modo oportunos pela parte interessada, no caso, a UFRGS.

O caso é especial, pois a *quaestio iuris* é saber se é possível acatar a interrupção do prazo prescricional pela medida cautelar de protesto ajuizada após o transcurso dos cinco anos do trânsito em julgado do título executivo.

Ora, na origem se consignou que as duas obrigações (fazer e pagar), ainda que derivadas de mesmo título judicial, seriam diversas e, desta forma, possuiriam prazos independentes. A excepcionalidade do caso foi que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região considerou válida a interrupção havida pelo ajuizamento de medida cautelar de protesto.

Os embargantes querem retornar com novo argumento de que as obrigações seriam independentes, tese que não havia sequer sido acolhida na origem.

Pelo que se evidenciada, o objetivo é reabrir o mérito, o que não pode ocorrer por meio dos embargos de declaração.

Não há vício, portanto.

Alegação de Omissão - Impossibilidade da Execução da Quantia Certa antes da Definição da Compensação - Argüida na Obrigação de Fazer

Argumentam os embargantes que o acórdão padeceria de omissão, pois não teria tratado de uma central nodal, consubstanciada na necessidade de que a execução da obrigação de pagar somente poderia iniciar-se após solução da obrigação de fazer.

Transcrevo (fl. 3.047, e-STJ):

Não fosse tudo isso, a revelar a interrupção da prescrição pela execução da obrigação de fazer, há ponto que ainda melhor evidencia que não se pode entender como prescrita a execução de quantia certa: a liquidez do crédito dos exequentes dependia da definição da execução da obrigação de fazer.

Neste aspecto, o acórdão é omisso, pois esse foi o fundamento do acórdão recorrido da origem, ao reconhecer o conteúdo do protesto, que vinculou o exercício do meio executório da obrigação de pagar à liquidação do feito, obtida no meio executório da obrigação de fazer.

Não se trata de aguardar as fichas financeiras, como aludiu a r. decisão, questão já pacificada, mas a definição da existência de valor, uma vez que a insurgência da UFRGS, nos embargos à execução da obrigação de fazer, foi contra a exeqüibilidade do título.

O tema foi explicitamente examinado, conforme se depreende do extrato abaixo (fl., e-STJ):

Demais disso, nem se alegue que não era sabido o valor a ser executado em relação à obrigação de pagar, pois é firme a jurisprudência no sentido de que a demora no fornecimento de fichas financeiras por parte da administração não influi no curso do prazo prescricional da pretensão executiva, que é de cinco anos contados a partir do trânsito em julgado da ação principal, nos termos da Súmula n. 150-STF. Precedentes: AgRg no REsp n. 1.330.197-MA, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 15.3.2013; AgRg no AgRg no AREsp n. 151.681-PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 25.10.2012; AgRg no AgRg no AREsp n. 72.565-PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 24.8.2012.

Logo, não há a alegada omissão e não há falar em vício.

Alegação de Omissão – Inexistência de Inércia Induz a Ausência de Prescrição

Outra omissão é alegada, consubstanciada no argumento de que não poderia considerar o advento da prescrição da obrigação de pagar, uma vez que não houve inércia no que tange à obrigação de fazer. Transcrevo (fls. 3.051-3.052, e-STJ):

A inércia é elemento da prescrição. A prescrição supõe inércia. O reconhecimento da prescrição passa, necessariamente, pela caracterização da inércia, e o r. acórdão não teceu considerações sobre a inexistência desse elemento essencial do conceito do instituto da prescrição, apresentando-se, assim, omisso.

Realmente, a impossibilidade de pensar em prescrição, no presente caso, é ainda mais evidente quando se tem em conta a função do instituto da prescrição. A prescrição é a consequência da inércia do titular da pretensão em exercitá-la. Só se pode cogitar de prescrição se o titular da pretensão for omisso quanto ao exercício da sua pretensão.

O tema indicado foi apreciado, uma vez que está inserido na apreciação substantiva de que o início da execução da obrigação de fazer não possui o condão de obstar o prazo prescricional em relação à obrigação de pagar. Cito trecho do voto-condutor que apreciou o tema:

Assim, quando a ADUFRGS ingressou com execução da sentença ao cumprimento da obrigação de fazer, tal atitude não afastou a inércia em relação à obrigação de pagar.

As pretensões são diversas, tanto é assim que, na petição inicial, é necessário que o autor pleiteie as duas prestações – de fazer e de pagar –, sob pena de que, ainda que reconhecida a procedência de uma, não lhe seja mais possível ingressar com nova ação para alcançar a outra, se já estiver transcorrido o prazo prescricional.

Portanto, o exercício da pretensão em relação à obrigação de fazer não interrompe a prescrição relativa à obrigação de pagar, de modo que, no caso dos autos, a impetração da inicial executória, em 20.10.2004, apenas interrompeu o prazo prescricional em relação à obrigação de fazer.

Não há a referida omissão.

Ausente mácula.

Alegação de Obscuridade - Dos Pedidos de Protesto

Postulam os embargantes que existiria obscuridade, porquanto o acórdão embargado não teria compreendido a intenção e o resultado jurídico dos pleitos de protesto. Argumentam que o objetivo não seria a interrupção da prescrição, uma vez que esta já estaria efetivada nos termos do art. 617 do Código de Processo Civil.

Transcrevo:

De idêntico teor são a Cautelar de Protesto n. 2006.71.00.016727/RS e a Cautelar de Protesto n. 2006.71.00.050646- 7/RS. Como se vê, a finalidade dos protestos foi levar ao conhecimento da UFRGS que, enquanto não encerrada a execução de obrigação de fazer, não haveria liquidez na obrigação de pagar, de modo que seria impossível dar início à execução pecuniária.

Não se falou em interrupção, mas em iliquidez.

O r. acórdão ora embargado tratou a *quaestio iuris* como sendo a possibilidade de interrupção do prazo prescricional pela medida cautelar de protesto após cinco anos do trânsito em julgado da ação de conhecimento.

Não é esta a *quaestio iuris*, pois não há dúvida alguma sobre isso.

Entretanto, e aí padece de obscuridade, a finalidade do protesto não é unicamente interromper prescrição, mas, na letra da lei, prover a conservação e ressalva de direitos, ou manifestar qualquer intenção de modo formal.

Fica claro que o tema é exatamente este. O acórdão embargado consignou que o Tribunal de origem acatou que a debatida medida cautelar de protesto teria vinculado o início da obrigação de pagar ao término da obrigação de fazer, ciente de que o entendimento majoritário sobre o tema está cingido à autonomia entre os prazos das duas obrigações.

Porém, este é exatamente o cerne da divergência e a origem que está muito clara no acórdão embargado, como se evidencia do extrato abaixo:

Como se depreende do acórdão recorrido, a Corte de origem indica que – em princípio – as obrigações de fazer e de dar (pagar) seriam independentes e, portanto, seus prazos não poderiam estar vinculados. Contudo, como indicado, o mesmo Tribunal Regional Federal da 4ª Região assentiu que nesta execução específica, por força da coisa julgada, derivada da cautelar de protesto, os prazos foram atrelados. Cito:

Rigorosamente, na decisão proferida nos autos da MCP n. 2005.71.00.040620-1/RS, houve o atrelamento do prazo prescricional das

obrigações de fazer e de dar decorrentes da sentença proferida nos autos n. 97.00.00920-3/RS. E essa decisão, consoante fixado na decisão monocrática, não restou hostilizada a tempo e modo oportunos pela parte interessada, no caso, a UFRGS.

O caso é especial, pois a quaestio iuris é saber se é possível acatar a interrupção do prazo prescricional pela medida cautelar de protesto ajuizada após o transcurso dos cinco anos do trânsito em julgado do título executivo.

Da leitura do acórdão recorrido se extrai que há nítida violação:

O título executivo judicial transitou em julgado em data de 2.3.2000; considerando que, em data de 11.11.2005, deu-se o deferimento da Medida Cautelar de Protesto n. 2005.71.00.040620-1/RS, pelo qual o termo a quo à execução da obrigação de dar restou postergado para momento posterior à ultimateção da quadra executória ao cumprimento da obrigação de fazer.

Bem se visualiza que não há falar em obscuridade, mas, sim, em não resignação com a tese esposada pelo acórdão embargado.

Não há vício, em suma.

Alegação de Contradição - Ausência de Impugnação pela Universidade da Cautelar de Protesto teria gerado Expectativa Legítima que não poderia ser afastada

O último tema trazido nos embargos de declaração diz respeito à alegação de contradição. Em síntese, postulam os embargantes que o acórdão foi contraditório, pois reconheceu que o Tribunal *a quo* teria acolhido a tese de sucessividade das execuções, sem possibilitar a prescrição, ao passo que não impugnou o argumento central do julgado recorrido: a legítima expectativa dos servidores.

Não há esta contradição.

Identificar o fundamento do acórdão de origem para afastar a regra geral em relação à prescrição, pelo acatamento de que a medida cautelar teria gerado tal resultado, em nada impede - ou torna contraditório - o teor do acórdão embargado.

Isto porque, como claramente indicado no tópico anteriormente exposto, o fundamento do acórdão embargado é outro, prejudicial ao resultado do acórdão recorrido que, por tal motivo, foi reformado: *a cautelar de protesto não possui o*

condão de elidir a regra geral de que as obrigações são autônomas e, portanto, possuem prazos independentes e não sucessivos.

Está claro que não há contradição. Tão somente houve o acolhimento de fundamento e razão de decidir diversa daquela que postulam os embargantes.

Não há o propalado vício.

Em suma, acima foram examinadas em detalhes todas as alegações trazidas pelos dois embargos de declaração. Do seu exame acurado, nota-se que devem ser acolhidos os embargos interpostos pela pessoa jurídica de direito público, ao passo que devem ser rejeitados os outros embargos, pois nele apenas há a irrisignação com o resultado do julgamento e não a postulação para o suprimento de efetivos vícios.

Ante o exposto, acolho os embargos de declaração interpostos pela *Universidade Federal do Rio Grande do Sul* para correção do erro de premissa, indicando que os embargos à execução nada versam sobre a obrigação de fazer, bem como para inverter os ônus de sucumbência, dado o acolhimento da prescrição; e rejeito os embargos de declaração interpostos por *Carlos Severo Dutra Filho e Outros*.

É como penso. É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Sr. Presidente, pedi vista dos autos para apreciar a questão relativa à não inclusão na pauta do dia 1º.7.2013 do recurso especial em exame, uma vez passados mais de três meses da data do adiamento, ocorrido em 20.3.2013.

Não ignoro a existência de decisões, inclusive do próprio STJ, no sentido de que, uma vez publicada a primeira pauta, não haveria necessidade de nova publicação, já que o julgamento, a partir daí, não estaria vinculado a data específica.

No entanto, peço vênica para discordar desse entendimento e aderir àquele que me parece mais justo e consentâneo com os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Com efeito, não considero razoável que os procuradores das partes, tendo ocorrido o adiamento, tenham de comparecer a cada uma das próximas sessões do órgão julgador para tomar conhecimento da pauta do dia ou tenham de

valer-se de informações não oficiais prestadas por telefone por servidores do Tribunal.

Cumpra lembrar que grande parte – quiçá a maioria – dos processos em julgamento nos tribunais superiores são conduzidos por advogados residentes em outras partes do país, os quais, a prevalecer a posição adotada pelo eminente relator, teriam de se deslocar duas vezes por semana, nos casos de demandas em tramitação em turmas do STJ, para, eventualmente, inscrever-se para a sustentação oral a que têm direito. É solução que, reiterada vênia, soa completamente desarrazoada.

Informalmente, procedi à busca de informações a respeito das dificuldades porventura existentes para a colocação em pauta desses processos adiados e, pelo que pude verificar, não são de tão grande monta que tornem inviável ou extremamente trabalhosa a tarefa dos servidores envolvidos no mister, mormente se comparada aos benefícios proporcionados aos jurisdicionados e seus patronos.

O ideal seria que, ocorrendo o adiamento *sine die* do julgamento, se tornasse obrigatória nova inclusão do feito em pauta e fossem realizadas as intimações de praxe.

Embora ainda não tenhamos chegado a tanto, registro que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem caminhado no sentido de introduzir um elemento temporal que possa servir de parâmetro a ser seguido quando surgirem situações da espécie.

No julgamento dos EDcl no REsp n. 1.028.436-SP (da relatoria do Ministro Adilson Vieira Macabu, Desembargador convocado do TJ-RJ, DJe de 4.4.2011), concluiu-se que “*a recente orientação jurisprudencial desta Corte inclina-se no sentido de que não há necessidade de nova inclusão em pauta quando ocorre o adiamento, desde que o julgamento seja retomado dentro de prazo razoável (que se entendeu ser de 3 sessões, no máximo). Caso contrário, deve haver nova inclusão em pauta, em observância ao princípio do devido processo legal*” (não há grifos no original).

Entendimento similar pode ser encontrado nos seguintes arestos:

Processual Civil. Violação do art. 535 do CPC não caracterizada. Inclusão do feito em pauta. Adiamento. Longo decurso do prazo. Posterior julgamento sem nova intimação. Nulidade. Arts. 234, 235, 236, § 1º, 552 do CPC.

[...]

3. A jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido de que não se faz necessária nova publicação nos casos de adiamento de processo de pauta, desde que o novo julgamento ocorra em tempo razoável.

4. Hipótese em que o julgamento da apelação ocorreu 2 meses após o adiamento do feito, sem a intimação do patrono dos particulares, através de nova inclusão em pauta. Violação dos arts. 234, 235, e 236, § 1º, e 552 do CPC configurada.

[...] (REsp n. 943.858-SC, relatora Ministra Eliana Calmon, DJe de 29.6.2009.)

Processual Civil. Agravo regimental no recurso especial. Questão formal que prejudica a análise do *meritum causae*. Adiamento do julgamento do recurso de apelação. Inclusão em pauta após quase um ano da data originalmente marcada. Não renovação do ato intimatório. Ofensa do princípio do *due process*. Contribuição patronal para o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço-FGTS. Setor sucroalcooleiro. Trabalhadores que laboram no cultivo da cana-de-acúcar.

1. “O adiamento de processo de pauta não exige nova publicação, desde que o novo julgamento ocorra em tempo razoável (três sessões, no máximo, sob pena de violação do princípio do *due process*) [...]” (REsp n. 736.610-DF, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJ de 15 de dezembro de 2009).

2. No caso *sub examine*, infere-se que houve intimação no sentido do julgamento do recurso de apelação na sessão do dia 19.7.2007. Sucede que o feito fora excluído da pauta de julgamento daquele dia, sendo certo que a aludida irresignação tão somente foi julgada em 5.6.2008, ou seja, quase 1 (um) ano após a data originalmente designada, e sem que tenha havido renovação do ato intimatório do patrono da ora agravante. Nessas condições, tem-se configurada ofensa ao princípio do devido processo legal, já que inobservados a ampla defesa e o contraditório.

[...] (AgRg no REsp n. 1.201.804-PE, relator Ministro Benedito Gonçalves, DJe de 10.8.2011.)

No caso que ora examinamos, o julgamento ocorreu mais de três meses após a data do adiamento. Consta que se passaram seis sessões sem o que o processo fosse levado à apreciação do órgão julgador.

Diante de tais circunstâncias, entendo que era necessário incluir o feito em pauta, procedendo-se ainda à intimação dos patronos das partes para que pudessem exercer o direito de defesa oral na tribuna.

Quero registrar, finalmente, que atrasos como o ocorrido na espécie, infelizmente, são comuns e acontecem com todos nós em razão do elevado volume de serviços sob nossa responsabilidade, não traduzindo este voto nenhuma crítica à atuação do eminente relator, que, bem sabemos, não mede

esforços para manter elevada e de qualidade a produção de decisões em seu gabinete.

Ante o exposto, com renovada vênua, *acolho os embargos de declaração para anular o julgamento do recurso especial e determinar sua inclusão em pauta a ser definida, com a intimação das partes e de seus patronos na forma da lei.*

Fica prejudicada a análise das demais questões submetidas à apreciação da Corte Especial.

É como voto.

VOTO-VENCEDOR

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Senhor Presidente, peço vênua para divergir do eminente Relator Ministro Humberto Martins, embora reconheça que Sua Excelência, ao rejeitar os Embargos de Declaração, está a aplicar a sistemática atualmente em vigor no âmbito da Corte Especial do STJ, no sentido de que, uma vez incluído em pauta o processo, não se faz necessária nova publicação e intimação das partes, independentemente do número de sessões pendentes do respectivo julgamento.

Esse quadro merece ser revisto.

O caso concreto é paradigmático e propicia reflexão mais aprofundada sobre essa *praxis*, em razão de o acórdão embargado ter sido proferido sob a sistemática do art. 543-C do CPC, que reclama ampla participação das partes na formação do convencimento judicial e, a critério do Tribunal, até mesmo de pessoas, órgãos ou entidades interessadas na controvérsia (art. 543-C, § 4º, do CPC).

Trata-se de uma daquelas situações em que o Superior Tribunal de Justiça não se deve guiar pelo procedimento de outros tribunais. Ao contrário, deve dar o bom exemplo. Há que se fazer o certo. E o certo é assegurar a ampla defesa, o contraditório e a segurança jurídica.

E mais: não se pode desconsiderar que este é um Tribunal nacional, um Tribunal de superposição, onde atuam advogados que vêm dos extremos mais remotos do nosso País.

Nesse sentido, preocupa-me muito, além do caso concreto, a situação dos advogados que se deslocam a Brasília, com despesas custeadas por seu cliente, que, amiúde, é pessoa humilde e somente pode dispor de passagem uma única

vez, sem conseguir arcar com os custos da segunda, terceira e, muito menos, quarta e quinta viagens.

Penso que estabelecer o limite de *três sessões* para dispensa de nova publicação é um início, um limiar para a retificação da omissão até hoje verificada, sem prejuízo de a questão ser deliberada oportunamente mediante reforma do Regimento Interno. No Processo Civil brasileiro, a surpresa e o ônus financeiro excessivo são incompatíveis com o *due process* e com os pressupostos do Estado de Direito que, no nosso caso, é antes de tudo Social.

Ante o exposto, *peço vênua novamente ao eminente Relator para acolher os Embargos de Declaração, com efeito modificativo, e anular o acórdão embargado.*

É como *voto*.

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO N. 1.308.611-BA
(2012/0234898-0)**

Relator: Ministro Og Fernandes

Embargante: Maria de Sena Oliveira e outros

Advogados: Evelin Dias de Carvalho

Uiara de Fátima Leone de Souza e outro(s)

Embargado: Estado da Bahia

Procuradores: Bruno Espineira Lemos

Miguel Calmon Teixeira de Carvalho Dantas e outro(s)

EMENTA

Processo Civil. Embargos de divergência. Ação rescisória. Propositura apenas em face de parte dos integrantes da relação originária. Litisconsórcio necessário na origem. Necessidade de citação de todos os litisconsortes para integrarem o polo passivo da rescisória.

1. Os embargos de divergência constituem a última etapa da uniformização jurisprudencial, e pressupõem, para a sua admissão, que se esteja diante de casos idênticos ou assemelhados, levando em

conta, para tanto, os limites dimensionados no acórdão embargado e no acórdão indicado como paradigma.

2. Na hipótese, demonstrada está a divergência quando se toma por parâmetro o acórdão proferido no Ag n. 170.175-RJ, julgado pela Terceira Turma, em 17.9.1998.

3. No mérito, percebe-se que o acórdão embargado laborou em equívoco ao afirmar que a ação originária teria sido proposta mediante litisconsórcio ativo facultativo comum. Isso porque o acórdão proferido pela Corte local, em sede de ação rescisória, dirimiu toda a controvérsia partindo do pressuposto de que se tratava de litisconsórcio necessário na origem.

4. De fato, o que se requereu perante o juiz de origem foi a nomeação de todos os litisconsortes, com base na mesma causa de pedir, pois o Estado da Bahia teria promovido contratações temporárias no período de validade do concurso em tela, dando cabo à preterição dos aprovados. Assim, entendeu a Corte local que, muito embora nem todos os autores da ação originária tivessem figurado como recorrentes na apelação, o resultado proferido nesta aproveitaria a todos.

5. Tal conclusão não poderia ter sido afastada nessa via especial, tal qual realizado no acórdão embargado.

6. A questão deve ser dirimida de acordo com a premissa fática estabelecida na origem, segundo a qual, o que se tem na espécie é a formação de litisconsórcio necessário unitário.

7. É pacífico o entendimento preconizado nesta Corte de Justiça no sentido de que, sendo necessário o litisconsórcio formado na ação originária, na ação rescisória forma-se, no polo passivo, também litisconsórcio necessário. Precedentes.

8. Embargos de divergência a que se dá provimento para reformar o acórdão embargado, de forma a conhecer do Agravo de Instrumento n. 1.308.611-BA, para negar provimento ao recurso especial, estabelecendo que, na hipótese de haver se formado, na origem, litisconsórcio necessário unitário, é obrigatória a citação de todos os integrantes da ação ordinária para integrarem o polo passivo da ação rescisória.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer dos embargos de divergência e dar-lhes provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Raul Araújo, Felix Fischer, Laurita Vaz, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi e o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Sustentaram oralmente a Dra. Agda Maria Oliveira Rodrigues, pelos embargantes, e o Dr. Bruno Espineira Lemos, pelo embargado.

Brasília (DF), 1º de outubro de 2014 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Presidente

Ministro Og Fernandes, Relator

DJe 13.10.2014

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Trata-se de Embargos de Divergência interpostos por Maria de Sena Oliveira e outros contra acórdão (e-STJ, fl. 652) prolatado pela Primeira Turma desta egrégia Corte Superior de Justiça, que negou provimento a agravo regimental, mantendo decisão monocrática na qual se conheceu de agravo de instrumento para dar provimento a recurso especial.

A decisão encontra-se assim ementada:

Processual Civil. Ação rescisória. Regime de litisconsórcio. Acórdão rescindendo proferido em ação proposta mediante litisconsórcio ativo facultativo comum. Possibilidade de rescisão parcial.

1. Segundo dispõe o art. 47 do CPC, "Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes". Relativamente à ação rescisória, não havendo disposição legal a respeito, o litisconsórcio necessário somente ocorrerá

se a sentença rescindenda não comportar rescisão subjetivamente parcial, mas apenas integral, para todas as partes envolvidas na ação originária.

2. Tratando-se de sentença proferida em ação proposta mediante litisconsórcio ativo facultativo comum, em que há mera cumulação de demandas suscetíveis de propositura separada, é admissível sua rescisão parcial, para atingir uma ou algumas das demandas cumuladas. Em casos tais, qualquer um dos primitivos autores poderá promover a ação rescisória em relação à sua própria demanda, independentemente da formação de litisconsórcio ativo necessário com os demais demandantes; da mesma forma, nada impede que o primitivo demandado promova a rescisão parcial da sentença, em relação apenas a alguns dos primitivos demandantes, sem necessidade de formação de litisconsórcio passivo necessário em relação aos demais. Precedente: REsp n. 1.111.092, 1ª Turma, DJe de 1º.7.2011.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

Os Embargos de Declaração foram rejeitados às e-STJ, fls. 760-762.

Os embargantes aduzem tratar-se de ação ordinária proposta por 49 interessados contra o Estado da Bahia, sendo que apenas 3 renunciaram à demanda, perseverando, portanto, 46 autores até o final.

No entanto, ao ajuizar a primeira ação rescisória, o Estado da Bahia o fez apenas com relação a 26 réus no polo passivo, obtendo provimento do pleito, com o respectivo trânsito em julgado.

Em sequência, a segunda ação rescisória, desconstitutiva daquela primeira, foi julgada procedente no Tribunal estadual, por considerar o colegiado que a primeira rescisória não observou a presença indispensável de todos os 46 beneficiados pela sentença do feito originário, que acabou por ser viciadamente desconstituído.

No entanto, ao julgar o agravo de instrumento, alegam que a Primeira Turma do STJ adotou entendimento divergente da Corte Especial, Segunda Turma e Terceira Seção, isso porque substituiu o requisito extrínseco da Ação Rescisória por criação de interpretação restritiva da ampla defesa prevista em lei para adentrar ao exame dos fatos e aferir a presença ou ausência de litisconsórcio facultativo na ação originária.

Enfatizam que, em se tratando de concurso público com nomeação de agentes de tributos, a ordem de classificação é alterada quando entre 46 candidatos aprovados, 26 são alijados da disputa na ordem de nomeação, o que por si só revela a imbricação dos interesses entre todos e não apenas alguns.

Sustentam que “a questão trazida para uniformização da jurisprudência no STJ resulta escudada na cláusula pétrea da segurança jurídica no processo legal que alcançou a coisa julgada, no qual o exame em sede de recurso especial não pode revolver os fatos (Súmula n. 7 STJ) para definir se todas ou apenas algumas, ou nenhuma das partes integrantes de um feito originário são, ou não, litisconsortes necessárias, isso para afastar necessidade ou desnecessidade de serem citadas para defender seus interesses na ação rescisória que se propõe a deconstituir a mesma sentença como se não fosse UNA (Súmula n. 401 STJ - art. 2º e art. 5º, XXXV e XXXVI, CF)” (e-STJ, fls. 772-773).

Aponta como paradigmas diversos precedentes julgados pela Segunda Turma, Terceira Seção e Corte Especial.

Salienta que “os acórdãos dos precedentes referenciados, em cabal divergência do acórdão prolatado neste feito Ag n. 1.308.611-BA, sustentam que independente de eventual ocorrência do litisconsórcio facultativo na ação originária, uma vez em sede rescisória todos os autores daquele feito também serão litisconsortes necessários passivos (art. 47 CPC) na nova relação a ser formada na ação rescisória que pretende deconstituir a sentença” (e-STJ, fl. 790).

Em decisão de e-STJ, fls. 933-936, a então relatora, Ministra Eliana Calmon, negou seguimento aos presentes embargos, remetendo os autos à Primeira Seção.

Apresentados embargos de declaração, foram acolhidos como regimental, tornando sem efeito o *decisum* anterior.

Impugnação à e-STJ, fls. 971-978.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes (Relator): Como tantas vezes já salientado nesta Corte de Justiça, os embargos de divergência constituem a última etapa da uniformização jurisprudencial, e pressupõem, para a sua admissão, que se esteja diante de casos idênticos ou assemelhados, levando em conta, para tanto, os limites dimensionados no acórdão embargado e no acórdão indicado como paradigma.

Assim, o juízo de admissibilidade desse recurso deve partir da comparação de um e de outro acórdão, independentemente de considerações acerca da correção dos julgamentos anteriores.

É o que se depreende das esclarecedoras palavras do Ministro Ari Pargendler, no voto condutor do AgRg nos EREsp n. 1.251.162-MG, *in verbis*:

Diferentemente das instâncias ordinárias, em que o trabalho do juiz consiste em identificar no litígio os fatos que o distinguem dos demais, para que tanto quanto possível a lei seja aplicada sob um viés circunstanciado, na instância especial o julgamento é inspirado pela uniformização.

Os embargos de divergência no Superior Tribunal de Justiça constituem a última etapa da uniformização jurisprudencial, e pressupõem casos idênticos ou assemelhados tais como dimensionados no acórdão embargado e no acórdão indicado como paradigma.

Em função disso, o conhecimento dos embargos de divergência está sujeito a duas regras:

(a) a de que o acórdão impugnado e aquele indicado como paradigma discrepem a respeito do desate da mesma questão de direito, sendo indispensável para esse efeito a identificação do que neles foi a *razão de decidir*;

(b) a de que esse exame se dê a partir da comparação de um e de outro acórdão, *nada importando os erros ou acertos dos julgamentos anteriores* (inclusive, portanto, os do julgamento do recurso especial), porque os embargos de divergência *não constituem uma instância de releitura do processo*.

No âmbito dos embargos de divergência *não se rejulga o recurso especial*. O respectivo acórdão é simplesmente confrontado com um ou mais julgados com a finalidade de harmonizar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Na hipótese dos autos, trata-se de embargos de divergência manejados em contrariedade a acórdão proferido pela Primeira Turma desta Corte de Justiça, assim ementado:

Processual Civil. Ação rescisória. Regime de litisconsórcio. Acórdão rescindendo proferido em ação proposta mediante litisconsórcio ativo facultativo comum. Possibilidade de rescisão parcial.

1. Segundo dispõe o art. 47 do CPC, "Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes". Relativamente à ação rescisória, não havendo disposição legal a respeito, o litisconsórcio necessário somente ocorrerá se a sentença rescindenda não comportar rescisão subjetivamente parcial, mas apenas integral, para todas as partes envolvidas na ação originária.

2. Tratando-se de sentença proferida em ação proposta mediante litisconsórcio ativo facultativo comum, em que há mera cumulação de demandas suscetíveis de propositura separada, é admissível sua rescisão parcial, para atingir uma

ou algumas das demandas cumuladas. Em casos tais, qualquer um dos primitivos autores poderá promover a ação rescisória em relação à sua própria demanda, independentemente da formação de litisconsórcio ativo necessário com os demais demandantes; da mesma forma, nada impede que o primitivo demandado promova a rescisão parcial da sentença, em relação apenas a alguns dos primitivos demandantes, sem necessidade de formação de litisconsórcio passivo necessário em relação aos demais. Precedente: REsp n. 1.111.092, 1ª Turma, DJe de 1º.7.2011.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

Os embargantes apontaram como paradigmas, a fim de contrariar o entendimento adotado pela Primeira Turma desta Corte de Justiça, os seguintes precedentes: REsp n. 785.666 (Segunda Turma), AR n. 505 e AR n. 477 (Terceira Seção) e EREsp n. 676.159 (Corte Especial), além do Ag n. 170.175-RJ, julgado pela Terceira Turma.

Com relação às ARs n. 505 e 477, não conheço da divergência, seguindo o entendimento firmado neste Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que são inadmissíveis embargos de divergência nos quais se aponta como paradigma acórdão proferido em ação rescisória.

A propósito, vejam-se:

Processual Civil. Agravo regimental nos embargos de divergência em recurso especial. Acórdão proferido em ação rescisória. Indicação como paradigma. Não cabimento. Precedente da Corte Especial. Ausência de similitude fática entre os casos confrontados. Agravo não provido.

1. *“Acórdão proferido em ação rescisória não é paradigma apto a ensejar a interposição de embargos de divergência” (EREsp n. 1.297.878-GO, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Corte Especial, DJe 13.8.2013).*

2. De qualquer modo, o acórdão embargado apenas manteve decisão que determinou o sobrestamento do recurso especial até que seja concluído o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do RE n. 630.898-RS, Rel. Min. Dias Toffoli. Não houve o afastamento do enunciado da Súmula n. 343-STF, tal como ocorrera no acórdão apontado como paradigma.

3. Agravo regimental não provido. (AgRg nos EREsp n. 1.343.645-RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, julgado em 14.5.2014, DJe 30.5.2014)

Agravo regimental nos embargos de divergência em recurso especial. Paradigma proferido em ação rescisória. Inviabilidade.

1. Nos termos do art. 266 do Regimento Interno deste Superior Tribunal de Justiça, os embargos de divergência são cabíveis para dirimir dissídio de teses entre decisões colegiadas proferidas em sede de recurso especial.

2. *Assim, somente se admite como acórdãos paradigmas os proferidos no âmbito de recurso especial e de agravo de instrumento que examine o mérito do apelo, não sendo aptos a tal finalidade os arestos no âmbito de recurso ordinário em mandado de segurança, conflito de competência e ação rescisória.*

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg nos EREsp n. 793.405-RJ, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, julgado em 27.4.2011, DJe 9.5.2011)

Já no que tange ao EREsp n. 676.159-MT, observa-se que a divergência não está configurada, uma vez que, conforme frisado no voto condutor do aresto paradigma, o julgado trazido a confronto não examinou a questão em torno da necessidade da inclusão de todos os litisconsortes no polo passivo da rescisória, senão vejamos:

Não há discussão, ao menos no âmbito destes embargos de divergência, quanto ao fato de que é necessário, na ação rescisória integral, incluir, em litisconsórcio unitário, todas as partes que integraram a ação cuja sentença se visa a rescindir. Também não há, aqui, questionamento quanto ao fato de que diversas pessoas que integraram a ação originária não foram incluídas no polo passivo da rescisória. Assim, nenhum desses dois temas será discutido nesta sede. O único tema objeto de decisão diz respeito à possibilidade de se oportunizar a retificação do polo passivo da relação processual, após passados dez anos a partir da propositura da ação rescisória.

De mais a mais, o REsp n. 785.666 foi julgado pela Segunda Turma, sendo certo, assim, que tal precedente não atrairia, por si só, a competência deste Órgão Especial para análise da questão.

Todavia, demonstrada está a divergência quando se toma por parâmetro o acórdão proferido no Ag n. 170.175-RJ, julgado pela Terceira Turma, nos termos da seguinte ementa:

Em sede de ação rescisória, é necessário o litisconsórcio entre aqueles que compuseram a relação processual em cujo bojo foi proferida a decisão que se deseja ver desconstituída.

A alegação de solidariedade não socorre o agravante. Não é razoável a tese pela qual o julgado possa ser rescindido com relação a determinadas pessoas e permanecer incólume quanto às demais.

Não pode o agravante, em suas razões, invocar violação a dispositivo da lei federal, se a questão não veio tratada no recurso especial.

Note-se que a contrariedade entre as teses adotadas no acórdão embargado e paradigma encontra-se bem delineada. É o que se observa dos seguintes trechos dos respectivos votos:

Ora, se a sentença rescindenda diz respeito a ação proposta em litisconsórcio ativo facultativo (que, como visto, constitui mero cúmulo de demandas que poderiam ser propostas separadamente e que comportam soluções diferentes), nada impede que também a ação rescisória - e, se for o caso, o novo julgamento da causa, de que trata o art. 494 do CPC - seja promovida ou dirigida por ou contra um, alguns ou todos os primitivos litisconsortes facultativos, sujeitos, aqui também, ao mesmo regime comum.

Em outras palavras: qualquer um dos primitivos autores poderá promover a ação rescisória, independentemente da formação de litisconsórcio ativo necessário com o demais demandantes; da mesma forma, nada impede que o primitivo demandado promova a rescisão parcial da sentença, em relação apenas a alguns dos primitivos demandantes, sem necessidade de formação de litisconsórcio passivo necessário em relação aos demais. (AgRg no AG n. 1.308.611-BA, 1ª Turma)

Em que pese o fato de ter-se instaurado litisconsórcio facultativo na relação processual na qual proferida a decisão rescindenda, na rescisória o litisconsórcio é desenganadamente necessário. É consequência que decorre da própria natureza do provimento judicial desconstitutivo, sendo certo que todos os envolvidos na relação originária sofrerão os seus efeitos. (AgRg no AG n. 170.175-RJ, 3ª Turma)

Entendo, dessa forma, que se encontra caracterizada a divergência, levando em conta o consignado no acórdão embargado e o decidido no acórdão paradigma.

Passo, pois, à análise do mérito dos presentes embargos.

Percebe-se, nesse ponto, através de minucioso exame dos autos, que o acórdão embargado laborou em equívoco ao afirmar que a ação originária, na hipótese, teria sido proposta mediante litisconsórcio ativo facultativo comum. Isso porque o acórdão proferido pela Corte local dirimiu toda a controvérsia partindo do pressuposto de que se tratava de litisconsórcio necessário na origem.

É o que se observa do seguinte trecho, às e-STJ, fls. 422-434:

A quaestio vexata cinge-se em saber se a ausência de 23 (vinte e três) pessoas naquela primeira Ação Rescisória promovida pelo Estado da Bahia tem ou não o

condão de ser desconstituída na presente Ação Rescisória, sob o fundamento da ausência de citação do litisconsórcio passivo necessário e assim ser restabelecido acórdão proferido, na Apelação Cível n. 23.503-4, pela Turma Julgadora da 4ª Câmara Cível desta Corte de Justiça.

Ora, conforme visto acima, a ação originária (Ação de Rito Ordinário - fls. 48-52) foi deflagrada por 49 (quarenta e nove) pessoas.

O Recurso de Apelação foi interposto por 23 (vinte e três) pessoas.

A Ação Rescisória promovida pelo Estado da Bahia foi dirigida contra 23 (vinte e três) pessoas (com exclusão de 03 pessoas) que figuraram no pólo ativo da Apelação Cível.

Pois bem.

Dissertando sobre o tema em debate, Fredie Didier Júnior esclarece:

Em sede doutrinária, entende-se que todos os partícipes da relação processual oriunda da ação matriz devem ser citados, como litisconsortes necessários, já que o acórdão que será proferido atingirá a esfera jurídica de todos. Se o objeto da ação rescisória só disser respeito a algum ou alguns dos participantes do processo originário, somente esses devem ser citados como litisconsortes necessários, e não todos. (DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Lia ed. Salvador:Editora Juspodivm, 2007, p. 303.)

No mesmo sentido é a lição de José Carlos Barbosa Moreira:

“O Código não contém disposição expressa a respeito da legitimidade passiva para a ação rescisória. O princípio geral, parece-nos, o de que devem integrar o contraditório todos aqueles que eram partes no feito anterior, ao ser proferida a sentença (*latu sensu*) rescindenda (...)

(...) Ressalve-se que, se se tratar de sentença objetivamente complexa, e o pedido de rescisão visar apenas um (ou alguns) dos distintos capítulos, será desnecessária a citação daquele(s) a quem, conquanto parte(s) no processo anterior, não diga(m) respeito o(s) capítulo(s) rescindendo(s). (Moreira, José Carlos Barbosa)

In casu, como visto acima, a ação ordinária era composta por 49 (quarenta e nove) pessoas no pólo ativo. A Apelação foi interposta por 26 (vinte e seis) pessoas. E a Ação Rescisória proposta pelo Estado da Bahia foi deflagrada em face dessas 26 (vinte e seis) pessoas, excluindo as 03 (três) pessoas mencionadas pelo advogado subscritor da presente Rescisória.

De acordo com a sistemática adotada pelo Código de Processo Civil, as partes na ação originária são litisconsortes passivos necessários na ação rescisória, visto que o acórdão que julgará a lide produzirá seus efeitos em relação a todos.

Acrescente-se que a Apelação interposta por um litisconsorte passivo necessário aproveitará aos demais se os interesses forem comuns, consoante norma esculpida no art. 509, do Código de Processo Civil.

Ora, é óbvio, que na hipótese dos autos, os interesses são comuns, porquanto o objetivo daquela ação ordinária (inicialmente proposta) visava reconhecer o direito dos autores, à nomeação para o cargo de Agentes de Tributos Estaduais, Referência I, do Grupo Ocupacional Fisco, do Quadro Pessoal da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, na região escolhida.

Assim, ainda que 23 (vinte e três) pessoas não participaram da interposição da Apelação e conseqüentemente daquela Ação Rescisória, tal fato como entende o Estado da Bahia, não lhes retirariam o direito de serem citadas naquela Rescisória n. 43.076-8/00, primeiro porque a condição de parte no feito originária e, conseqüentemente, por conta do art. 509 do CPC, já que estas pessoas se sujeitaram os efeitos da sentença rescindenda.

Outro não é o entendimento externado pela Ilustre Procuradora de Justiça atuante no feito ao mencionar que:

Em relação a alegação ao Estado da Bahia, em sede de contestação da presente rescisória, de que “só inseriu no pólo passivo da relação processual instaurada pelo ajuizamento da ação rescisória apenas os autores interpuseram validamente apelação, posto que nem todos os que foram nominados na exordial apelaram da sentença da improcedência”, a mesma não tem cabimento, haja vista que tratando-se de litisconsorte necessário unitário o recurso interposto por um beneficia os demais.

Objetivando sanar qualquer dúvida que ainda exista sobre esse tema, trazemos a baila os ensinamentos de FREDIE DIDIER JR, *in verbis*:

No litisconsórcio unitário, em razão da necessidade de tratamento uniforme, a conduta alternativa de um litisconsorte estende os efeitos aos demais. Exemplo disso é a regra do *caput* do art. 509 do CPC, que amplia a eficácia subjetiva do recurso interposto por um litisconsorte para beneficiar os outros, se o caso for de litisconsórcio unitário (Curso de Direito Processual Civil, 8 Ed., Jus Podium, p. 281).

Acompanhando esta linha de raciocínio é importante consignar que a falta de citação dos litisconsortes necessários é causa de extinção do processo sem exame do mérito com fundamento no artigo 267, inciso IV, do Código de Processo Civil, conforme lição de Nelson Nery Junior, que se colaciona:

(...) A sanção para a parte que não providencia a citação do litisconsorte necessário ou unitário, no prazo assinado pelo juiz, é a extinção do processo sem resolução do mérito.

fundamento para a extinção é a ausência de pressuposto processual (CPC 267 IV), já que a não integração do litisconsórcio necessário ou unitário enseja falta de *legitimatío ad processum*. Não se trata de ilegitimidade de parte (CPC 267 VI), porque o litisconsorte que se encontra sozinho no processo é parte legítima para nele figurar, apenas não pode obter o provimento jurisdicional de mérito, se desacompanhado do seu litisconsorte necessário ou unitário.

Verifica-se, pois, com clareza, que a instância de piso tratou a questão sob o enfoque de haver se formado, na ação originária, litisconsórcio necessário unitário.

De fato, entendeu a Corte local que, muito embora nem todos os autores da ação originária tivessem figurado como recorrentes na apelação, o resultado proferido nesta aproveitaria a todos. E assim compreendeu ao levar em conta a pretensão posta em juízo. O que se requereu perante o juiz de origem foi a nomeação de todos os litisconsortes, com base na mesma causa de pedir, pois o Estado da Bahia teria promovido contratações temporárias no período de validade do concurso em tela, dando cabo, assim, à preterição dos aprovados.

Logo, a procedência do recurso de apelação, reconhecendo aos aprovados o direito à nomeação, respeitada a classificação obtida, aproveita a todos aqueles que obtiveram aprovação no certame, estendendo seus efeitos, portanto, a todos que demandaram na ação originária.

Tal premissa não poderia ter sido afastada nessa via especial, tal qual realizado no acórdão embargado.

Na realidade, o acórdão vergastado tomou por referência a argumentação lançada em outro voto (REsp n. 1.111.092, Primeira Turma, DJe de 1º.7.2011), no qual se considerou que:

O ponto central da questão diz respeito à juridicidade ou não da tese adotada pelo acórdão recorrido, segundo a qual, em ação rescisória, é indispensável a citação de todos os vencedores na demanda julgada pela decisão rescindenda, uma vez que entre eles há, sempre e inafastavelmente, litisconsórcio necessário. Em caso em tudo semelhante, de que fui relator, a 1ª Turma do STJ dirimiu essa questão nos termos da seguinte ementa:

Processual Civil. Ação rescisória. Regime de litisconsórcio. Acórdão rescindendo proferido em ação proposta mediante litisconsórcio ativo facultativo comum. Possibilidade de rescisão parcial. Inclusão de litisconsorte após o prazo decadencial de dois anos. Impossibilidade. Juízo

rescisório formado por maioria. Ausência de interposição de embargos infringentes. Não exaurimento de instância. Súmula n. 207-STJ.

1. Segundo dispõe o art. 47 do CPC, “Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes”. Relativamente à ação rescisória, não havendo disposição legal a respeito, o litisconsórcio necessário somente ocorrerá se a sentença rescindenda não comportar rescisão subjetivamente parcial, mas apenas integral, para todas as partes envolvidas na ação originária.

2. Tratando-se de sentença proferida em ação proposta mediante litisconsórcio ativo facultativo comum, em que há mera cumulação de demandas suscetíveis de propositura separada, é admissível sua rescisão parcial, para atingir uma ou algumas das demandas cumuladas. Em casos tais, qualquer um dos primitivos autores poderá promover a ação rescisória em relação à sua própria demanda, independentemente da formação de litisconsórcio ativo necessário com os demais demandantes; da mesma forma, nada impede que o primitivo demandado promova a rescisão parcial da sentença, em relação apenas a alguns dos primitivos demandantes, sem necessidade de formação de litisconsórcio passivo necessário em relação aos demais. (...)” (REsp n. 1.111.092, 1ª Turma, DJe de 1º.7.2011).

No voto de relator, fiz constar os seguintes fundamentos:

A tese do recurso é de que, havendo na ação rescisória litisconsórcio passivo necessário, a propositura da ação deveria ter ocorrido no prazo de dois anos, em relação a todos os demandados, sob pena de decadência. Realmente, se o litisconsórcio passivo fosse necessário, a tese estaria correta e amparada em jurisprudência do STJ, como, *v.g.*, na AR n. 2.009-PB, 1ª Seção, DJ de 3.5.2004, de minha relatoria, e nos EREsp n. 676.159-MT, Corte Especial, DJe de 30.3.2011, de relatoria da Min. Nancy Andrighi.

Todavia, não é esta a hipótese dos autos. Não é correto afirmar que, em ação rescisória, o litisconsórcio passivo tem, sempre e invariavelmente, a natureza de litisconsórcio necessário, a impor a participação de todos os que figuraram na primitiva relação processual de que derivou a sentença rescindenda. Também na ação rescisória o regime é o do art. 47 do CPC: “Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes”. Ora, relativamente à ação rescisória, não há determinação legal a respeito, razão pela qual o litisconsórcio passivo necessário somente ocorrerá se o Tribunal tiver que decidir a causa de modo uniforme para todas as partes, ou seja, se a sentença rescindenda não comportar rescisão parcial, mas apenas integral, atingindo necessariamente a todos os figurantes da primitiva ação.

Essa situação, todavia, nem sempre ocorre. Assim, relativamente a sentenças proferidas em ação proposta mediante litisconsórcio ativo facultativo comum, é evidentemente admissível sua rescisão parcial. É que, em casos tais, a primitiva ação, proposta por diversos autores, nada mais representa que uma cumulação de demandas que poderiam ter sido propostas separadamente e que foram aglutinadas numa única relação processual por mero interesse dos demandantes litisconsorciados (CPC, art. 46).

Adotou-se, destarte, na hipótese em apreço, a mesma solução dada a esse outro caso, ignorando-se, entretanto, que aqui, *nos termos delineados pelo acórdão local*, está-se diante de litisconsórcio necessário unitário.

Logo, não há que se discutir, nesta oportunidade, acerca da necessidade de formação de litisconsórcio necessário no polo passivo da ação rescisória nos casos em que haja, na ação originária, litisconsórcio ativo facultativo comum.

A questão deve ser dirimida de acordo com a premissa fática estabelecida na origem, segundo a qual o que se tem na espécie é a formação de litisconsórcio necessário unitário.

Bem fixado aludido ponto, torna-se intuitiva a resolução da controvérsia, pois é firme e pacífico o entendimento preconizado neste Sodalício no sentido de que, sendo necessário o litisconsórcio formado na ação originária, na ação rescisória forma-se, no polo passivo, também litisconsórcio necessário.

Nesse sentido:

Processual Civil. Ação rescisória. Ausência de citação de litisconsorte necessário. Impossibilidade de regularização, eis que esgotado o prazo decadencial.

1. O réu da ação em que se proferiu o acórdão rescindendo é parte passiva indispensável na ação rescisória do respectivo julgado. Proposta a rescisória contra o assistente litisconsorcial, o réu, assistido, deve figurar como litisconsorte passivo necessário.

2. Decorrido o prazo decadencial para interposição da rescisória (CPC, art. 495) já não pode a ação ser proposta contra novo réu, sendo, conseqüentemente, impossível a regularização da relação processual nos termos do disposto no art. 47 do CPC.

3. Processo extinto sem julgamento do mérito (art. 267, IV, do CPC). (AR n. 2.009-PB, Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, 14.4.2004)

Processo Civil. Embargos de divergência. Ação rescisória. Propositura apenas em face de parte dos integrantes da relação originária. Litisconsórcio necessário. Correção. Decadência.

1. Nas ações rescisórias integrais devem participar, em litisconsórcio unitário, todos os que foram partes no processo cuja sentença é objeto de rescisão.

2. A propositura de ação rescisória sem a presença, no polo passivo, de litisconsorte necessário somente comporta correção até o prazo de dois anos disciplinado pelo art. 495 do CPC. Após essa data, a falta de citação do litisconsorte implica a decadência do direito de pleitear a rescisão, conduzindo à extinção do processo sem resolução do mérito.

3. Embargos de divergência conhecidos e providos. (REsp n. 676.159-MT, Ministra Nancy Andriahi, Corte Especial, DJe 30.3.2011).

Ação rescisória. Decadência. Ausência de citação de todos os litisconsortes passivos necessários no prazo de dois anos do trânsito em julgado da decisão rescindenda.

1. Proposta a ação que deu causa à decisão rescindenda pela Associação, na condição de representante processual, devem figurar no polo passivo da ação rescisória os representados, já que partes da ação.

2. A propositura de ação rescisória sem a presença, no polo passivo, de litisconsorte necessário somente comporta correção até o prazo de dois anos disciplinado pelo art. 495 do CPC (REsp n. 676.159-MT, Corte Especial, DJe 30.3.2011).

3. Ação rescisória extinta sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, IV, do Código de Processo Civil, cassando-se a antecipação de tutela anteriormente concedida. (AR n. 4.085-DF, Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, 27.11.2013, DJe 5.6.2014)

Recurso especial. Processo Civil. Ação rescisória. Juízo rescindendo. Ausência de citação de todos que participaram da ação originária. Legitimidade para manifestação do litisconsórcio ativo do processo de conhecimento. Prequestionamento. Desnecessidade.

1. A rigidez da observância do prequestionamento deve ser flexibilizada nos casos em que o terceiro interessado busca, via recurso especial, insurgir-se contra ausência da sua citação como litisconsorte necessário. Precedentes do STJ e do STF.

2. Em se tratando de ação rescisória, a demanda deve ser proposta contra todos que participaram da ação originária, uma vez que a decisão a ser proferida atingirá a todos indistintamente.

3. Ausente a citação de todos os que compunham o litisconsórcio no pólo ativo da ação de conhecimento, imperiosa é a decretação da nulidade de toda marcha processual no bojo da ação rescisória.

3. Recurso especial conhecido e provido. (REsp n. 676.159-MT, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, 12.2.2008, DJe 17.3.2008)

Processual Civil. Recurso especial. Violação a dispositivo constitucional. Não cabimento. Fundamentação recursal deficiente. Súmula n. 284-STF. Ação rescisória. Juízo rescindendo. Citação de todos os litisconsortes passivos. Necessidade. Precedentes.

1. Descabe a esta Corte a análise de suposta violação a dispositivo constitucional em sede de recurso especial.

2. A falta de abstração da tese jurídica relativa ao dispositivo tido por violado obsta o conhecimento do recurso especial, a teor da Súmula n. 284-STF.

3. Em se tratando de ação rescisória, a demanda há de ser proposta contra todos os que figuraram na ação originária, ainda que naquela oportunidade não estivesse configurada a hipótese de litisconsórcio passivo necessário, uma vez que o decisão proferida no juízo rescindendo atinge a todos os litisconsortes indistintamente. Precedentes do STJ.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, no mérito, provido. (REsp n. 785.666-DF, Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, 17.4.2007, DJ 30.4.2007)

Recurso especial. Alíneas **a** e **c**, inciso III, art. 105, CR/1988. Existência dos pressupostos de admissibilidade. Violação dos arts. 465 e 269, IV, do CPC. Dissídio jurisprudencial comprovado. Acórdão recorrido em desconformidade com jurisprudência desta Corte. Recurso provido.

1. A propositura da ação rescisória pelo Recorrido, dentro do prazo decadencial de 2 (dois) anos, deu-se, apenas, com relação a 90 (noventa) réus, dentre os 104 (cento e quatro) servidores beneficiados pela decisão proferida na ação originária.

2. Quando já expirado o prazo previsto no art. 465 do CPC, o Recorrido requereu o aditamento da inicial, requerendo a inclusão dos outros 14 (quatorze) litisconsortes, no pólo passivo da ação rescisória.

3. Assim, se vê que a ação foi, tempestivamente, proposta de forma indevida, isto é, contra somente 90 (noventa) réus.

4. Em consonância com a jurisprudência desta Corte, a ausência de inclusão de todos os beneficiários da ação originária, no pólo passivo da ação rescisória, em constituição de litisconsórcio passivo necessário, implica a nulidade do processo, que deverá ser extinto, nos termos do art. 269, IV, do CPC, com julgamento do mérito.

Precedentes.

5. Recurso especial a que se dá provimento, estendendo-se a decisão para todos os litisconsortes passivos necessários. (REsp n. 661.161-SC, Ministro Paulo Medina, Sexta Turma, 23.5.2006, DJ 12.3.2007)

Processual Civil. Ação rescisória. Litisconsórcio passivo necessário. Participantes da ação originária. Ausência. Nulidade do *decisum*.

1. A teor da jurisprudência desta Corte, na ação rescisória, todos aqueles que integraram a primitiva relação processual - que se pretende rescindir - devem ser citados, como litisconsortes necessários. Precedentes.

2. Sob esse prisma, pois, tendo o esposo da ora recorrente participado da ação originária - anulatória de venda de bem imóvel -, deve ser ele citado como litisconsorte passivo necessário, sob pena de nulidade do *decisum*.

3. Recurso conhecido e provido. (REsp n. 689.321-DF, Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, 25.10.2005, DJ 21.11.2005)

Processo Civil. Ação rescisória. Ausência de litisconsórcio passivo necessário. Ocorrência de decadência da ação. Extinção. 1. Na ação rescisória é indispensável a citação de todas as partes que figuraram no pólo ativo da ação originária cujo julgado se pretende desconstituir. 2. Não sendo demandada, e conseqüentemente citada, uma das partes que foi co-autora na ação originária, fica caracterizada a inexistência do litisconsórcio passivo necessário, ocorrendo a decadência em virtude do transcurso do prazo previsto no art. 495 do Código de Processo Civil. 3. Ação rescisória julgada extinta. (AR n. 505-PR, Ministro Paulo Gallotti, Terceira Seção, 12.2.2003, DJ 13.10.2003)

Dessa perspectiva, é certo que o acórdão embargado merece ser modificado, não porque se aplica, na espécie, o entendimento defendido no paradigma, mas sim porque partira o eminente relator do agravo de instrumento de premissa diversa daquela estabelecida na origem.

Seguindo a mesma ordem de ideias adotada pelo Tribunal local, ou seja, de que se está diante de caso em que o interesse das partes desde a ação originária era comum, há que se considerar necessária a citação de todos os integrantes da demanda originária na ação rescisória, formando-se, nesta última, litisconsórcio passivo necessário.

Assim, por outros fundamentos, dou provimento aos embargos de divergência para reformar o acórdão embargado, de forma a conhecer do Agravo de Instrumento n. 1.308.611-BA, para negar provimento ao recurso especial, estabelecendo que, na hipótese de haver se formado, na origem, litisconsórcio necessário unitário, é obrigatória a citação de todos os integrantes da ação ordinária para integrarem o polo passivo da ação rescisória.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.124.552-RS (2009/0031040-5)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Recorrente: Dalva da Silva

Advogado: Adilson Machado e outro(s)

Recorrido: Habitasul Crédito Imobiliário S/A

Advogados: Júlio César Tricot Santos

Cristina Fontoura Verri e outro(s)

Silvânia Andriotti Tricot Santos

Interessado: Federação Brasileira de Bancos FEBRABAN - “Amicus Curiae”

Advogado: Luiz Carlos Sturzenegger e outro(s)

Interessado: Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor IDEC - “Amicus Curiae”

Advogado: Maria Elisa Cesar Novais

EMENTA

Direito Civil e Processual Civil. Recurso especial representativo de controvérsia. Art. 543-C do CPC. Resolução STJ n. 8/2008. Tabela Price. Legalidade. Análise. Capitalização de juros. Apuração. Matéria de fato. Cláusulas contratuais e prova pericial.

1. Para fins do art. 543-C do CPC:

1.1. A análise acerca da legalidade da utilização da Tabela Price - mesmo que em abstrato - passa, necessariamente, pela constatação da eventual capitalização de juros (ou incidência de juros compostos, juros sobre juros ou anatocismo), que é questão de fato e não de direito, motivo pelo qual não cabe ao Superior Tribunal de Justiça tal apreciação, em razão dos óbices contidos nas Súmulas n. 5 e 7 do STJ.

1.2. É exatamente por isso que, em contratos cuja capitalização de juros seja vedada, é necessária a interpretação de cláusulas contratuais e a produção de prova técnica para aferir a existência da cobrança de juros não lineares, incompatíveis, portanto, com financiamentos celebrados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação antes da

vigência da Lei n. 11.977/2009, que acrescentou o art. 15-A à Lei n. 4.380/1964.

1.3. Em se verificando que matérias de fato ou eminentemente técnicas foram tratadas como exclusivamente de direito, reconhece-se o cerceamento, para que seja realizada a prova pericial.

2. Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, provido para anular a sentença e o acórdão e determinar a realização de prova técnica para aferir se, concretamente, há ou não capitalização de juros (anatocismo, juros compostos, juros sobre juros, juros exponenciais ou não lineares) ou amortização negativa, prejudicados os demais pontos trazidos no recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, indeferir os pedidos de intervenção como Amici Curiae, e, no mérito, também por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso especial e, nesta parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Raul Araújo, Felix Fischer, Nancy Andrichi, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Herman Benjamin, Jorge Mussi e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Francisco Falcão, João Otávio de Noronha e Napoleão Nunes Maia Filho.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília (DF), 3 de dezembro de 2014 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Presidente

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

DJe 2.2.2015

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: *1.* Dalva da Silva ajuizou ação revisional de cláusulas contratuais cumulada com repetição de indébito em face

de Habitasul Crédito Imobiliário S.A. narrando que, em 30 de março de 1994, celebrou com a ré contrato de mútuo para aquisição de imóvel, no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação (SFH). Insurgiu-se a autora contra: (a) a não observância, na vigência do contrato, do Plano de Equivalência Salarial - PES; (b) ilegal utilização da Tabela Price, com capitalização mensal de juros; (c) forma de amortização da dívida; (d) ilegal incidência do Coeficiente de Equiparação Salarial sobre a parcela do seguro, bem como a indevida elevação do prêmio dos seguros obrigatórios contratados.

O Juízo de Direito da 10ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de Porto Alegre-RS, julgando antecipadamente a lide, reconheceu a parcial procedência dos pedidos deduzidos na inicial tão somente para afastar a amortização da dívida pelo Sistema Price, estabelecendo para tanto a amortização constante, determinando a compensação dos valores pagos a maior com as parcelas em aberto (fls. 223-233).

Autora e ré apelaram, sendo a sentença parcialmente reformada, nos termos da seguinte ementa:

Apelações cíveis. Sistema Financeiro da Habitação. Juízo de improcedência prolatado. *Nulidade do processo. Não-caracterização.* Versando o feito acerca de matéria eminentemente de direito, mostra-se prescindível a realização de prova técnica, não evidenciada qualquer violação ao princípio constitucional da ampla defesa, decorrente do julgamento antecipado da lide. Prefacial afastada.

Contrato originário. Revisão. Possibilidade. Expressamente prevista a assunção, pela autora, dos direitos e ações correlatos ao primitivo mútuo habitacional, cuja dívida assumira, é aquela parte legítima para pleitear também a revisão deste. Sentença reformada no ponto.

Código de Defesa do Consumidor. Inaplicabilidade. É inaplicável, por não caracterizada relação de consumo, o diploma consumerista na revisão das cláusulas pertinentes aos custos da operação financeira.

Reajuste das prestações e do saldo devedor. PES. Não logrando êxito a autora em comprovar, ônus que lhe competia, a teor do art. 333, I do CPC, a infringência ao binômio prestação-salário, tampouco coligindo documentos comprobatórios de suas variações salariais e do contratante originário, não se há falar em infração à cláusula pertinente ao PES.

- A aplicação do PES - Plano de Equivalência Salarial ao reajustamento do saldo devedor é defesa, sob pena de infirmar o equilíbrio entre a fonte de custeio do empréstimo e a atualização do saldo devedor deste.

Tabela Price. Capitalização de juros. A utilização da Tabela Price, método científico de amortização de financiamento, nos contratos de mútuo para

aquisição de imóvel pelo Sistema Financeiro da Habitação, não acoima de nula a cláusula que a prevê, tampouco denota anatocismo. Precedente do C. Superior Tribunal de Justiça. A capitalização mensal dos juros não é vedada, já que expressamente autorizada pela Lei n. 4.595/1964, que revogou o Decreto n. 22.626/1933. Entendimento consolidado deste Órgão Fracionário. Decisão retificada no tópico.

Momento da amortização. O critério de correção do saldo devedor, aplicando-se a correção monetária e juros, para, após, abater a prestação paga não revela qualquer ilegalidade, tampouco viola a comutatividade das obrigações contratuais.

Coefficiente de Equiparação Salarial - CES. Cabimento. Nada obsta que, previsto contratualmente, seja exigido o Coeficiente de Equiparação Salarial, mormente ante o benefício que representa ao mutuário, naqueles negócios jurídicos ultimados sem a cobertura do FCVS.

Seguro. O pagamento de seguro nos contratos do SFH é obrigatório por força de lei, sujeitando-se mutuário e instituição financeira aos índices determinados. Caso em que a autora não comprovou a apregoada cobrança excessiva do encargo.

Preliminar rejeitada.

Apelação da autora parcialmente provida.

Apelo da ré provido.

Foram opostos embargos de declaração por ambas as partes, todos rejeitados (fls. 392-400 e 401-406).

Sobreveio recurso especial interposto por Dalva da Silva, apoiado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, no qual se alega, além de dissídio, ofensa ao art. 535 do CPC, em razão do desacolhimento dos embargos; arts. 130 e 330 do CPC, no que concerne à necessidade de produção de prova pericial; arts. 2º, 3º, 29, 46, 47, 51 e 54 do CDC; art. 9º, *caput*, da Lei n. 4.380/1964, e arts. 5º de 9º do Decreto-Lei n. 2.164/1984, no que concerne ao cálculo das prestações e do saldo devedor segundo o PES contratado; arts. 5º e 6º, alínea **c**, da Lei n. 4.380/1964, no tocante à ordem de amortização do saldo devedor; art. 4º do Decreto n. 22.626/1933 e art. 778 do CC/2002, no particular referente ao valor do seguro habitacional; arts. 368 e 369 do CC/1916, art. 876 do CC/2002 e art. 42, parágrafo único, do CDC, no que diz respeito à compensação e repetição do indébito em dobro; art. 273 do CPC, particularmente ao pleito de não inclusão do nome da mutuária em cadastros restritivos de crédito.

O recurso especial de Dalva da Silva foi admitido (fls. 578-589).

A Habitasul também interpusera recurso especial, ao qual foi negado seguimento na origem (fls. 578-589). Interposto agravo de instrumento, não foi este conhecido pela Presidência do STJ por ausência de peça obrigatória (Ag n. 1.140.598-RS), com trânsito em julgado da decisão.

Ascendendo os autos a esta Corte, verifiquei haver multiplicidade de recursos a versar controvérsia sobre a *forma pela qual deve o julgador aferir se há capitalização de juros com a utilização da Tabela Price*, razão pela qual afetei o julgamento do tema em destaque, inicialmente à Segunda Seção, para o deslinde da causa pelo rito do art. 543-C do CPC e Resolução STJ n. 8/2008 (fls. 655-656).

Posteriormente, melhor analisando o tema, reconheci que o litígio envolvia, sobretudo, matéria processual, comum, portanto, a todas as Seções do STJ, e que a controvérsia referente à utilização da Tabela Price em contratos de financiamento é tema julgado também pelas Turmas de Direito Público, no âmbito de suas respectivas competências.

Por isso, redirecionei a afetação anterior para esta eg. Corte Especial (fls. 779-780).

A Federação Brasileira de Bancos - Febraban, na condição de *amicus curiae*, propugnou pela aprovação das seguintes teses (fls. 640-655):

1) admite-se a pactuação de capitalização de juros com periodicidade inferior a uma ano (inclusive mensal ou diária) nos contratos firmados no âmbito do Sistema Financeiro Nacional desde 31.3.2000, salvo nos contratos do Sistema Financeiro da Habitação, em relação aos quais até a edição da Lei no 11.977/2009 somente era permitida a capitalização anual, passando, a partir de então, a ser admitida a pactuação de capitalização de juros com periodicidade mensal, excluídos os intervalos menores;

2) a mera utilização da Tabela PRICE não implica a incidência de juros sobre juros (capitalizados), razão pela qual a possibilidade da sua contratação é matéria que dispensa a produção de quaisquer provas;

3) a demonstração da eventual e excepcional incidência de juros sobre os juros de período anterior não pagos e incorporados ao capital somente é relevante nos casos em que a prática da capitalização não for permitida, devendo essa realidade ser comprovada mediante a realização de prova pericial de natureza contábil no contrato relacionado ao caso concreto, observados os ônus processuais da produção da prova;

4) caso se identifique a existência de juros não pagos capitalizados em periodicidade inferior à permissão legal, mostra-se adequado o seu lançamento

em conta separada, sujeita somente a correção monetária, na esteira do precedente definido no julgamento do AgRg no REsp no 954.113-RS.

O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - Idec, por sua vez, também como *amicus curiae*, propõe o acolhimento das seguintes conclusões (fls.:

1) A existência ou inexistência de juros capitalizados na Tabela Price independe de apreciação de fatos, o que afasta a incidência da Súmula n. 5 e 7 dessa Corte, e exige desse Tribunal o pronunciamento a respeito da legalidade de sua aplicação;

2) Nesse sentido, o sistema de amortização conhecido como Tabela Price tem em sua essência o processo de formação composta de juros e somente permitirá o pagamento periódico e equilibrado do saldo devedor visando à sua quitação com a contemporânea quitação das prestações apenas em ambiente livre de inflação ou quando a estimativa desta já integra a própria taxa de juros;

3) Partindo da premissa que a terminologia adotada pela legislação pátria (Decreto-Lei n. 22.626/1933) ao vedar a capitalização de juros – de periodicidade inferior à anual – diz respeito à prática onerosa, corrosiva e, portanto, abusiva de se contar novos juros sobre juros vencidos e não pagos, mister que se reconheça que essa prática é ilegal – com exceção dos casos em que a sua livre pactuação está expressa em lei – e pode decorrer da adoção do sistema de amortização da Tabela Price quando desconsideradas as premissas fundamentais para o seu uso, entre elas, um ambiente econômico sem inflação;

4) Desconsideradas, de antemão, as premissas fundamentais à utilização da Tabela Price como sistema de amortização, o seu uso é inválido. Deve ser ela afastada da previsão contratual e considerada ilegal.

O Ministério Público Federal, mediante parecer subscrito pelo i. Subprocurador-Geral da República Antônio Carlos Pessoa Lins, opinou pelo não provimento do recurso especial, por incidência das Súmulas n. 5 e 7 do STJ (fls. 766-771).

A Associação Brasileira das Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança - Abecip e a Confederação Nacional do Sistema Financeiro - Consif pleitearam ingresso como *amici curiae* (fls. 691-722 e 782-800, respectivamente).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 2. Preliminarmente, *indefiro* o ingresso da Associação Brasileira das Entidades de Crédito Imobiliário e

Poupança - Abecip e da Confederação Nacional do Sistema Financeiro - Consif como *amici curiae*, malgrado devam permanecer nos autos as contribuições que já trouxeram ao deslinde da causa.

De fato, muito embora tais entidades ostentem razoável grau de representatividade, tenho que os interesses em litígio estão bem representados pelas substanciosas manifestações da Febraban (fls. 640-655) e do Idec (666-679), motivo pelo qual se me afigura desnecessária a oitiva de outras entidades indiretamente interessadas no deslinde da controvérsia, não obstante as peças igualmente densas apresentadas nos autos (fls. 691-722 e 782-800).

3. Quanto ao mérito recursal, de saída anoto que, desde muito tempo, têm chegado ao Poder Judiciário demandas ajuizadas por mutuários do Sistema Financeiro da Habitação cujas teses, de regra, direta ou indiretamente, giram em torno da cobrança abusiva de juros e da prática de anatocismo, que é a cobrança de juros sobre juros (juros compostos ou capitalizados).

No afã de demonstrar eventual cobrança ilegal, os litigantes entregam ao Judiciário uma plethora de conceitos oriundos da matemática financeira, como “taxa nominal”, “taxa efetiva”, “amortização constante”, “amortização crescente”, “amortização negativa”, dentre outros.

O Sistema Francês de Amortização (Tabela Price), embora seja o mais utilizado, também é o mais polêmico sistema aplicado em contratos de financiamento.

Isso porque, de um lado, alega-se que a Tabela Price gera um distanciamento muito grande entre o valor mutuado inicialmente e o valor pago após calculados juros e correção monetária, o que sugere uma evolução não linear da dívida, compatível com a incidência de juros capitalizados. De outro lado, se assim ocorre, tal prática seria incongruente com o Sistema Financeiro da Habitação, o qual, notoriamente, tem como escopo principal facilitar a aquisição de habitação por parcela financeiramente menos beneficiada da população.

Destarte, mostra-se relevante a indagação acerca da existência de juros capitalizados na utilização da Tabela Price, uma vez que somente nos casos expressamente autorizados por norma específica, como nos mútuos rural, comercial ou industrial, é que se admite tal prática, se expressamente pactuada, nos termos da jurisprudência condensada na Súmula n. 93-STJ e Súmula n. 121-STF.

Em outros casos, no mais das vezes, a cobrança de juros capitalizados é interditada pela incidência do art. 4º da Lei da Usura (Decreto n. 22.626/1933):

Art. 4º. E proibido contar juros dos juros: esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente de ano a ano.

No âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, a Lei n. 4.380/1964, em sua redação original, não previa a possibilidade de cobrança de juros capitalizados, vindo a lume tal permissão apenas com a edição da Lei n. 11.977/2009, que acrescentou ao diploma de 1964 o art. 15-A, assim redigido:

Art. 15-A. É permitida a pactuação de capitalização de juros com periodicidade mensal nas operações realizadas pelas entidades integrantes do Sistema Financeiro da Habitação - SFH.

Daí por que a jurisprudência da Casa sempre ter sido tranquila em afirmar que, antes da vigência da Lei n. 11.977/2009, era vedada a cobrança de juros capitalizados em qualquer periodicidade nos contratos de mútuo celebrados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação.

Nesse sentido, apenas a título de exemplo, são os seguintes precedentes das Turmas de Direito Público e Privado: REsp n. 1.483.061-RS, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, *Segunda Turma*, julgado em 4.11.2014, DJe 10.11.2014; AgRg no REsp n. 1.043.793-RS, Rel. Ministro *Marco Buzzi*, *Quarta Turma*, julgado em 4.11.2014, DJe 14.11.2014; AgRg no AREsp n. 254.252-DF, Rel. Ministro *João Otávio de Noronha*, *Terceira Turma*, julgado em 15.8.2013, DJe 22.8.2013; REsp n. 917.463-RS, Rel. Ministro *Sidnei Beneti*, *Terceira Turma*, julgado em 2.12.2010, DJe 16.2.2011; AgRg no REsp n. 949.150-SP, Rel. Ministro *Paulo de Tarso Sanseverino*, *Terceira Turma*, julgado em 14.6.2011, DJe 27.6.2011; AgRg no Ag n. 1.077.566-SC, Rel. Ministro *Raul Araújo*, *Quarta Turma*, julgado em 3.3.2011, DJe 18.3.2011; AgRg no REsp n. 873.504-SP, Rel. Ministra *Maria Isabel Gallotti*, *Quarta Turma*, julgado em 21.10.2010, DJe 11.11.2010; AgRg nos EDcl no REsp n. 1.186.050-PR, Rel. Ministro *Hamilton Carvalhido*, *Primeira Turma*, julgado em 19.10.2010, DJe 6.12.2010; REsp n. 1.090.398-RS, Rel. Ministra *Denise Arruda*, *Primeira Turma*, julgado em 2.12.2008, DJe 11.2.2009; REsp n. 990.331-RS, Rel. Ministro *Castro Meira*, *Segunda Turma*, julgado em 26.8.2008, DJe 2.10.2008; REsp n. 1.018.094-PR, Rel. Ministro *Luiz Fux*, *Primeira Turma*, julgado em 12.8.2008, DJe 1º.10.2008; REsp n. 739.530-PE, Rel. Ministro *Teori Albino Zavascki*, *Primeira Turma*, julgado em 17.5.2005, DJ 30.5.2005, p. 261.

O mencionado entendimento foi sufragado em sede de julgamento de recurso especial repetitivo, submetido ao rito do art. 543-C do CPC, nos seguintes termos:

Nos contratos celebrados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, é **vedada a capitalização de juros em qualquer periodicidade. Não cabe ao STJ, todavia, aferir se há capitalização de juros com a utilização da Tabela Price, por força das Súmulas n. 5 e 7** (REsp n. 1.070.297-PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 9.9.2009, DJe 18.9.2009).

Como se percebe, no mesmo precedente tirado em sede de recurso especial representativo de controvérsia, a par de enunciar a vedação de capitalização de juros em contratos de financiamento no âmbito do SFH - antes da Lei n. n. 11.977/2009 -, a Segunda Seção decidiu que a possível capitalização de juros na utilização da Tabela Price *é matéria de fato e não de direito*, e é exatamente por isso que as insurgências dirigidas a esta Corte esbarram nos óbices das Súmulas n. 5 e 7 do STJ.

Naquela oportunidade, no que fui acompanhado pela unanimidade da Segunda Seção, afirmei que:

[...] partindo da premissa de que é vedada a capitalização de juros em qualquer periodicidade nos contratos de mútuo celebrados no Sistema Financeiro da Habitação, as manifestações dos *amici curiae* representantes de categorias ligadas a mutuários ou consumidores tentam demonstrar que a utilização da Tabela Price, como método de amortização, violaria essa vedação. Trazem doutrina na área das ciências atuárias e matemáticas, gráficos de evolução de dívidas, bem como tabelas comparativas dos diversos sistemas de amortização. De outra parte, os *amici curiae* representantes das instituições financeiras, como a FEBRABAN, apregoam a inexistência de anatocismo na Tabela Price, trazendo também vasto material que julgam pertinente.

É que caberá à Corte, se for o caso, decotar os juros capitalizados, se demonstrada a prática de anatocismo.

Porém, não pode o STJ chegar a esta ou àquela conclusão mediante análise de fórmulas matemáticas - em relação às quais sequer os matemáticos chegam a um consenso -, ou mediante apreciação de gráficos ou planilhas de evolução comparativa da dívida, de modo genérico e valendo para todos os casos.

Nessa situação, cada caso em julgamento, envolvendo as fórmulas adequadas, resultará em um valor do saldo devedor. A apuração correta do quantum, por certo, demandará realização da necessária perícia.

Em realidade, na estreita via do recurso especial, não está a Corte vocacionada à análise de provas, sejam elas estampadas em fórmulas matemáticas, gráficos ou planilhas, por força do enunciado nas Súmulas n. 5 e 7. (Sem grifo no original)

Esse posicionamento vem sendo acolhido de forma tranquila e sem divergências pelas Turmas de Direito Público e Privado.

Com efeito, das Turmas de *Direito Público*, colho, entre outros, os seguintes precedentes:

[...]

1. O STJ firmou posicionamento no sentido de que, nos contratos celebrados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, é vedada a capitalização de juros em qualquer periodicidade. Entretanto, **não cabe ao STJ, todavia, aferir se há capitalização de juros com a utilização da Tabela Price, por força das Súmulas n. 5 e 7** (REsp n. 1.070.297-PR, de relatoria do Exmo. Min. Luís Felipe Salomão, submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução n. 8/2008 do STJ).

[...]

(REsp n. 1.483.061-RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 4.11.2014, DJe 10.11.2014)

Processual Civil e Administrativo. SFH. Mútuo habitacional com cláusula de cobertura pelo FCVS. Agravo em recurso especial. Falta de prequestionamento. Súmula n. 211-STJ. Saldo devedor. Correção pela TR. Possibilidade. Tabela Price. Anotocismo. Taxa de seguro. Limites da SUSEP. Taxa de administração. Irregularidade. Averiguação. Súmulas n. 5 e 7-STJ. Sucumbência mínima. Aferição. Súmula n. 7-STJ. Agravo regimental. Indevida inovação recursal. Falta de impugnação a alicerce da decisão agravada. Súmula n. 182-STJ.

[...]

4. Não é possível, em recurso especial, averiguar a ocorrência de anatocismo pela aplicação da Tabela Price, ou a higidez dos valores cobrados a título de seguro e taxa de administração, ante as Súmulas n. 5 e 7-STJ.

[...]

(AgRg no AREsp n. 437.025-RS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 16.9.2014, DJe 24.9.2014)

Processual Civil e Administrativo. Agravo regimental no recurso especial. Sistema Financeiro de Habitação. Violação do art. 535 do CPC. Deficiência na fundamentação. Súmula n. 284-STF. Tabela Price. Legalidade da sua utilização. Anotocismo. Súmulas n. 5 e 7-STJ. Honorários advocatícios. Grau de sucumbência. Reexame de matéria fática. Súmula n. 7-STJ.

[...]

2. Impossível verificar, em sede de recurso especial, se a aplicação da Tabela Price enseja a cobrança de juros sobre juros. Incidência das Súmulas n. 5 e 7-STJ.

[...]

(AgRg no REsp n. 1.313.022-RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 25.6.2013, DJe 5.8.2013)

Processual Civil. Administrativo. Agravo regimental no agravo de instrumento. Sistema Financeiro da Habitação - SFH. Ausência de violação do artigo 535, II, do CPC. Capitalização de juros. Tabela Price. Súmula n. 7-STJ. Critérios de amortização do saldo devedor. Legalidade. Contratos com cobertura do FCVS. Inaplicabilidade do CDC.

[...]

2. Esta Corte consolidou o entendimento de que a existência, ou não, de capitalização de juros decorrente do Sistema Francês de Amortização - Tabela Price, constitui questão de fato, insuscetível de análise na via do recurso especial. Incidência da Súmula n. 7-STJ. Precedentes: AgRg nos EDcl no REsp n. 1.032.061-RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 18.3.2010; AgRg no REsp 958.248-RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 13.5.2011.

[...]

(AgRg no Ag n. 1.076.981-RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 21.8.2012, DJe 27.8.2012)

Processual Civil. Administrativo. Falta de prequestionamento. Súmulas n. 282-STF e 356-STF. Sistema Financeiro de Habitação (SFH). Tabela Price. Súmulas n. 5 e 7-STJ. Quitação de capital e juros. Determinação legal específica. Fundamento inatado. Determinação contratual. Súmulas n. 283-STF e 5-STJ.

[...]

2. As questões relativas ao exame da legalidade da Tabela Price não podem ser objeto de cognição, pois é uníssona a jurisprudência do STJ quanto ao não conhecimento de recurso especial fundado nesse tema, porquanto necessária a incursão no acervo fático-probatório do autos, e análise de cláusulas contratuais. Precedentes.

[...]

(REsp n. 954.588-RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 6.3.2012, DJe 14.3.2012)

Administrativo. Financiamento estudantil. Código de Defesa do Consumidor. Inaplicabilidade. Capitalização mensal. Análise de contrato e provas. Súmula n. 5-STJ. Súmula n. 7-STJ.

[...]

3. Para verificar se há ou não capitalização de juros decorrentes do Sistema Francês de Amortização (Tabela Price), seria necessário analisar cláusulas contratuais e provas documentais, o que é vedado em recurso especial. Inteligência das Súmulas n. 5-STJ e 7-STJ.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp n. 7.877-RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 20.10.2011, DJe 3.11.2011)

Processual Civil. Recurso especial. Alínea c. Não-demonstração da divergência. Contrato de financiamento estudantil. Tabela Price. Capitalização de juros. Reexame do conjunto fático-probatório e interpretação de cláusulas contratuais. Impossibilidade. Súmulas n. 5 e 7-STJ.

[...]

3. O STJ possui a orientação de que a capitalização de juros decorrente do Sistema Francês de Amortização, Tabela Price, constitui questão de fato a ser dirimida com base em interpretação de cláusulas contratuais ou provas documentais, o que é insuscetível de revisão na via especial, consoante as Súmulas n. 5 e 7 do STJ.

4. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no AREsp n. 38.290-RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 11.10.2011, DJe 17.10.2011)

Processual Civil. Administrativo. Agravo regimental no recurso especial. Sistema Financeiro de Habitação. FCVS. Violação do art. 535 do CPC. Não-ocorrência. Plano de Equivalência Salarial - PES. Correção do saldo devedor pelo mesmo índice aplicado à atualização das prestações mensais. Impossibilidade. Reajuste do saldo devedor do mútuo hipotecário antes da respectiva amortização. Legalidade. Sistema de amortização. Tabela Price. Seguros obrigatórios. Recálculo das prestações. Necessidade de reexame de matéria de prova. Súmula n. 7-STJ. Repetição de indébito em dobro. Má-fé não-configurada.

[...]

4. Para se constatar que a simples utilização da Tabela Price, mesmo quando não há amortização negativa, gera capitalização de juros, é indispensável o reexame do contexto fático-probatório dos autos, providência inviável em sede de recurso especial, conforme o disposto na Súmula n. 7-STJ.

[...]

(AgRg no REsp n. 933.393-PR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 10.2.2009, DJe 23.3.2009)

Recurso especial. Processual Civil e Administrativo. Sistema Financeiro da Habitação - SFH. Cobertura do Saldo Devedor pelo Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS. Compensação dos valores pagos em excesso com saldo devedor. Impossibilidade. Ausência de previsão legal. Art. 23 da Lei n. 8.004/1990. Capitalização dos juros. Impossibilidade. Sistemática da Tabela Price. Aferição. Incidência das Súmulas n. 5 e 7 deste STJ. Deficiência na fundamentação recursal. Falta de prequestionamento. Súmulas n. 282 e 356 do STF. Ausência de interesse em recorrer.

[...]

4. **O exame a respeito da incidência, ou não, de capitalização de juros encartada na sistemática da Tabela Price demanda detida análise da prova dos autos e cláusulas do contrato de mútuo hipotecário avençado entre os litigantes, insindicáveis neste sodalício ante o óbice das Súmulas n. 5 e 7 deste STJ**, que respectivamente dispõem: A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial; A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial (Precedentes: AgRg nos EDcl no REsp n. 890.160-RS, Relator Ministro *Humberto Martins*, Segunda Turma, DJ de 11 de abril de 2008; REsp n. 838.372-RS, Relator Ministro *Fernando Gonçalves*, Quarta Turma, DJ de 17 de dezembro de 2007; AgRg no REsp n. 907.754-RS, Relator Ministro *Francisco Falcão*, Primeira Turma, DJ de 7 de maio de 2007).

[...]

(REsp n. 848.855-RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 19.8.2008, DJe 15.9.2008)

SFH. Ação revisional. Cobertura pelo FCVS. CDC. Aplicação afastada pelo Tribunal de origem. Súmulas n. 283 e 284 do STF e 7 do STJ. Tabela Price. Aplicação. Verificação de anatocismo. Súmulas n. 5 e 7-STJ. CES. Incidência ao caso em tela obstada pelas Súmulas n. 5 e 7-STJ. Aplicação da TR como índice de correção do saldo devedor, em contratos com cláusula PES. Possibilidade somente ao reajuste das parcelas. Honorários. Sucumbência mínima. Sucumbência recíproca. Súmula n. 7-STJ.

[...]

III - **A verificação de anatocismo ou não, pelo emprego da Tabela Price, esbarra nos óbices Sumulares n. 5 e 7 desta Corte**. Precedentes: AGREsp n. 587.284-SC, Rel. Min. *Nancy Andrighi*, DJ de 31.5.2004 e AGA n. 542.435-RS, Rel. Min. *Antônio de Pádua Ribeiro*, DJ de 14.3.2005.

[...]

(AgRg no REsp n. 1.018.053-SC, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 12.8.2008, DJe 27.8.2008)

Administrativo e Processual Civil. SFH. Contrato de mútuo. Art. 535, II, do CPC. Omissão. Inexistência. Art. 2º, § 3º, da Lei n. 10.150/2000. Falta de prequestionamento. Tabela Price. Capitalização de juros. Súmula n. 7-STJ. Correção de saldo devedor. Aplicação da TR. Art. 6º, e, da Lei n. 4.380/1964. Limitação dos juros. Art. 6º, alínea c, da Lei n. 4.830/1964. Sistema de amortização do saldo devedor. Legalidade. Devolução em dobro das quantias cobradas indevidamente. Inaplicabilidade.

[...]

3. Inviável, no âmbito do recurso especial, verificar se a Tabela Price - sistema de amortização utilizado no contrato firmado pelas partes - acarreta a capitalização de juros, por requerer o reexame do conteúdo fático-probatório. Incidência da Súmula n. 7-STJ.

[...]

(REsp n. 920.944-RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 14.8.2007, DJ 27.8.2007, p. 213)

Administrativo. Sistema Financeiro de Habitação. Ausência de prequestionamento. Índice de reajuste do saldo devedor. Contratos celebrados antes da edição da Lei n. 8.177/1991. TR. Aplicabilidade da Tabela Price. Súmulas n. 5 e 7-STJ. Juros. Capitalização. Impossibilidade. Art. 6º, e, da Lei n. 4.380/1964. Limitação dos juros. Atualização monetária. Amortização do saldo devedor.

[...]

3. Incabível em sede de recurso especial o exame de questão relativa à aplicabilidade da Tabela Price, mormente no que diz respeito à incidência do critério de amortização negativa, se, para tanto, faz-se necessário o reexame dos elementos fático-probatórios considerados para o deslinde da controvérsia, sobretudo o teor do contrato de mútuo celebrado entre as partes. Inteligências das Súmulas n. 5 e 7-STJ.

[...]

(REsp n. 630.309-PR, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.4.2007, DJ 25.4.2007, p. 303)

Processual Civil e Administrativo. Recurso especial. Ausência de prequestionamento. Reexame de matéria fática e cláusulas contratuais. Não conhecimento. Sistema Financeiro de Habitação. Amortização. Tabela Price. Honorários advocatícios. Sucumbência recíproca

[...]

3. O sistema de amortização pela "Tabela Price" pode importar a incorporação de juros sobre juros, circunstância essa cuja verificação não

é cabível em sede de recurso especial, já que supõe exame de prova e de interpretação de cláusula contratual (Súmulas n. 5 e 7-STJ). Precedentes.

[...]

(REsp n. 585.589-PR, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 17.5.2005, DJ 30.5.2005, p. 218)

No âmbito das Turmas de *Direito Privado*, o entendimento tem sido o mesmo.

Entre muitos outros julgados, confram-se os seguintes:

Agravo regimental. Agravo em recurso especial. Sistema Financeiro da Habitação. Tabela Price. Anatocismo. Súmulas n. 5 e 7 do STJ. Recurso repetitivo.

1. A jurisprudência desta Corte, em sede de recurso repetitivo, já decidiu que **não cabe ao STJ aferir a ocorrência de capitalização no desenvolvimento da relação contratual em decorrência do uso da Tabela Price, a teor das Súmulas n. 5 e 7-STJ.**

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp n. 483.497-RS, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 9.9.2014, DJe 16.9.2014)

Agravo regimental. Agravo em recurso especial. Sistema Financeiro da Habitação. Ação revisional. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. Plano de Equivalência Salarial. Taxa referencial. Tabela Price. Seguro habitacional. Atualização do saldo devedor. Coeficiente de Equiparação Salarial. Repetição do indébito. Má-fé não comprovada. Decisão agravada mantida.

[...]

4.- **A análise da existência de capitalização de juros no sistema de amortização da Tabela Price afigura-se inviável na via estreita do Recurso Especial, pois a modificação do julgado esbarra no óbice da Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.**

[...]

(AgRg no AREsp n. 509.684-RS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 19.8.2014, DJe 29.8.2014)

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Processual Civil. Alegada violação ao art. 535 do CPC. Não ocorrência. Discussão sobre o tipo de contrato assinado no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação - SFH. Súmulas n. 5 e 7-STJ. Reexame de matéria fático-probatória e interpretação de cláusula contratual. Alegação de anatocismo na aplicação da Tabela Price. Súmulas n. 5 e 7-STJ. REsp n. 1.070.297-PR. Decisão mantida pelos próprios fundamentos.

[...]

3. **É inviável, em sede de recurso especial, saber se houve a utilização da Tabela Price com a capitalização de juros, por depender da interpretação de cláusula contratual e do reexame do conjunto fático-probatório, o que se sabe vedado pelas Súmulas n. 5 e 7 desta eg. Corte Superior de Justiça.** Nesse sentido, o Recurso Especial n. 1.070.297-PR, da relatoria do em. Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 18.9.2009, afetado à eg. Segunda Seção com base no procedimento previsto no art. 543-C do Código de Processo Civil.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp n. 233.848-SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 5.8.2014, DJe 21.8.2014)

Processual Civil. Agravo regimental no recurso especial. Sistema Financeiro da Habitação. Tabela Price. Apreciação das provas. Princípio do livre convencimento motivado. Reexame pelo STJ. Súmulas n. 5 e 7-STJ.

[...]

2. **É incabível ao STJ aferir se há ou não capitalização de juros com a utilização da tabela Price, em face dos óbices das Súmulas n. 5 e 7-STJ.** Recurso Especial repetitivo n. 1.070.297-PR.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 1.231.496-SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 18.3.2014, DJe 1º.4.2014)

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Sistema Financeiro de Habitação. Ausência de negativa de prestação jurisdicional. Falta de prequestionamento. Súmula n. 282-STF. Tabela Price e sucumbência. Súmula n. 7-STJ. Taxa referencial (TR) e CES. Aplicabilidade. Sistema de prévio reajuste e posterior amortização. Possibilidade. Repetição do indébito em dobro. Ausência de má-fé. Inadmissibilidade.

[...]

3. **Não compete ao STJ verificar a existência de capitalização de juros com a utilização da Tabela Price por força das Súmulas n. 5 e 7.** Precedente.

[...]

(AgRg no AREsp n. 198.188-RS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 25.6.2013, DJe 9.8.2013)

Agravo regimental. Recurso especial. Sistema Financeiro da Habitação. Violação ao art. 535 do CPC. Inocorrência. Dissídio. Ausência de configuração. Cotejo não realizado. Necessidade de inversão do ônus da prova. Impossibilidade de revisão. Súmula n. 7-STJ. Cerceamento de defesa. Apuração. Reexame fático-probatório. **Tabela Price. Anatocismo.** Análise. Impossibilidade. Súmulas n. 5 e 7-STJ.

[...]

6. Inviável, em sede de recurso especial, a verificação da existência da capitalização de juros no sistema de amortização dos contratos regidos pelo sistema financeiro da habitação, em face dos óbices das Súmulas n. 5 e 7 desta Corte. Precedentes específicos.

7. *Agravo regimental desprovido.*

(AgRg no REsp n. 1.257.546-RS, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 11.12.2012, DJe 18.12.2012)

Processo Civil. Agravo no recurso especial. Fundamentação. Ausente. Deficiente. Súmula n. 284-STF. Embargos de declaração. Omissão, contradição ou obscuridade. Não ocorrência. Prequestionamento. Ausência. Súmula n. 211-STJ. Tabela Price. Incidência de juros capitalizados. Reexame de prova. Súmulas n. 5 e 7-STJ. Dissídio jurisprudencial. Cotejo analítico e similitude fática. Ausência.

[...]

- A existência, ou não, de capitalização de juros no sistema de amortização conhecido como Tabela Price, constitui questão de fato, a ser solucionada a partir da interpretação das cláusulas contratuais e/ou provas documentais e periciais, procedimento que encontra óbice nas Súmulas n. 5 e 7, ambas do STJ.

[...]

(AgRg no REsp n. 1.203.656-MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 20.9.2012, DJe 27.9.2012)

Recurso especial. Ação revisional. Mútuo firmado no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação. Insurgência casa bancária.

[...]

3. Incidência das Súmulas n. 5 e 7-STJ no que concerne à existência de capitalização de juros na Tabela Price. Tribunal local que asseverou que a contratação do sistema de amortização redundava em capitalização de juros, obstando a revisão do tema na instância extraordinária, por envolver matéria eminentemente fática.

[...]

(REsp n. 1.091.744-SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 21.6.2012, DJe 29.6.2012)

4. Assim, firmada essa premissa, remanesce a discussão sobre a *forma* pela qual deve o julgador chegar à conclusão acerca da existência/inexistência de capitalização com a utilização do Sistema Francês, ou Tabela Price.

Ressalto que, a par de ser matéria de viés processual, comum, portanto, a todas as Seções do STJ, o questionamento acerca da legalidade da capitalização de juros ocorre em diversos tipos de financiamento, cujo deslinde também é entregue às Turmas de Direito Público, como nos já citados financiamentos imobiliários com suporte do Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS e dos contratos referentes a *financiamento estudantil*, casos em que diversos precedentes têm analisado a controvérsia sob a ótica da utilização da Tabela Price: AgRg no REsp n. 1.358.474-AL, Rel. Ministro *Sérgio Kukina, Primeira Turma*, julgado em 5.8.2014, DJe 13.8.2014; AgRg no REsp n. 1.318.172-RS, Rel. Ministro *Benedito Gonçalves, Primeira Turma*, julgado em 20.2.2014, DJe 6.3.2014; REsp n. 1.319.121-RS, Rel. Ministro *Herman Benjamin, Segunda Turma*, julgado em 25.9.2012, DJe 3.10.2012; AgRg no AREsp n. 7.877-RS, Rel. Ministro *Castro Meira, Segunda Turma*, julgado em 20.10.2011, DJe 3.11.2011.

Nesse passo, é importante notar que a existência de juros capitalizados na Tabela Price tem gerado divergências inclusive nas instâncias ordinárias, razão pela qual compactuo com a preocupação - que é de todos - no sentido de não ser aceitável que os diversos tribunais de justiça das unidades federativas, somados aos regionais federais, possam cada qual manifestar entendimentos diversos sobre a utilização do Sistema Francês de amortização de financiamentos.

Deveras, a dispersão jurisprudencial deve ser preocupação de todos e, exatamente por isso, é sempre conveniente afirmar que, “se a divergência de índole doutrinária é saudável e constitui importante combustível ao aprimoramento da ciência jurídica, o dissídio jurisprudencial é absolutamente indesejável, porquanto a ele subjaz, invariavelmente, pernicioso tratamento desigual a jurisdicionados com o mesmo direito alegado, na contramão dos mais caros alicerces do Estado Democrático de Direito e erodindo, deveras, a própria higidez do ordenamento jurídico pátrio” (REsp n. 753.159-MT).

Não parece possível que uma mesma tese jurídica - saber se a Tabela Price, por si só, representa capitalização de juros - possa receber tratamento absolutamente distinto, a depender da unidade da Federação e se a jurisdição é federal ou estadual.

Porém, a meu juízo, para a solução da questão, as “regras de experiência comum” e as “as regras da experiência técnica” devem ceder vez à necessidade de “exame pericial” (art. 335, CPC), cabível sempre que a prova do fato “depender do conhecimento especial de técnico” (art. 420, I, CPC).

Sobre o tema referente à prova técnica, confira-se o autorizado magistério de Humberto Theodoro Júnior:

Não raras vezes, portanto, terá o juiz de se socorrer de auxílio de pessoas especializadas, como engenheiros, agrimensores, médicos, contadores, químicos, etc., para examinar as pessoas, coisas ou documentos envolvidos no litígio e formar sua convicção para julgar a causa, com a indispensável segurança.

Aparece, então, a prova pericial como o meio de suprir a carência de conhecimentos técnicos de que se ressente o juiz para apuração dos fatos litigiosos.

[...]

O juiz, enfim, não está adstrito ao laudo (art. 436), mas, ao recusar o trabalho técnico, deve motivar fundamentadamente a formação de seu convencimento em rumo diverso.

O que de forma alguma se tolera é desprezar o juiz o laudo técnico para substituí-lo por seus próprios conhecimentos científicos em torno do fato periciado. Eventualmente, o magistrado pode deter cultura técnica além da jurídica, mas não poderá utilizá-la nos autos, porque isto equivaleria a uma inaceitável cumulação de funções inconciliáveis. Assim como o juiz não pode ser testemunha no processo submetido a seu julgamento, também não pode ser, no mesmo feito, juiz e perito. A razão é muito simples: se ao julgar, ele invoca dados que só seu conhecimento científico lhe permite alcançar, na verdade estará formando sua convicção a partir de elementos que previamente não passaram pelo crivo do contraditório, e que, efetivamente, nem sequer existem nos autos. Todo meio de convencimento, para ser útil ao processo, tem de obedecer ao respectivo procedimento legal de produção dentro dos autos, sempre com inteira submissão ao princípio do contraditório. Quod non est in actis no est in mundo. Informes técnicos, estranhos ao campo jurídico, portanto, somente podem penetrar no processo por intermédio de laudo pericial produzido na forma da lei, por perito regularmente nomeado para a diligência probatória (JÚNIOR, Humberto Theodoro. Curso de direito processual civil, vol. I. 52 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 486-493).

Realmente, diversos trabalhos são publicados no sentido de não haver anatocismo na utilização da Tabela Price - a alguns, inclusive, fez-se referência no amplo material carreado aos autos pelos *amici curiae*.

Porém, há diversos outros em direção exatamente oposta, como, por exemplo, o trabalho também científico publicado pelo Departamento de Matemática Aplicada - Instituto de Matemática e Estatística - da Universidade de São Paulo (USP) - *Saldo Capitalizável e Saldo Não Capitalizável: Novos Algoritmos para o Regime de Juros Simples*, de Frank Michael Forger, no sentido de que “a metodologia usual e atualmente praticada pelas instituições financeiras

no Brasil na administração de créditos [...] implica, *necessária e inevitavelmente*, em *capitalização de juros*, ainda que de forma camuflada”. O autor da tese lembra, inclusive, afirmação do próprio Richard Price, segundo quem sua fórmula é baseada na contagem de juros compostos - *compound interest*.

Colho também do trabalho *Tabela Price e Anatocismo*, de Luis Roberto Antonik e Márcio da Silva Assunção, publicado pela Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP), as duas correntes existentes sobre o tema, ao final do qual tentam os autores demonstrar que o anatocismo é inerente à utilização da Tabela Price, *verbis*:

O objetivo deste trabalho é apresentar as duas diferentes visões contraditórias existentes sobre o assunto. Uma, que é vigente no sistema financeiro e defendida pela maioria, de que não existe o anatocismo na Tabela Price pois não há juro sobre juro. Os juros são cobrados mensalmente e não se incorporam ao principal. A outra visão, defendida no meio jurídico, é de que o anatocismo já está embutido na Tabela Price, pois essa já é calculada no contexto do juro composto, o que realmente é uma verdade exposta até no trabalho do autor inglês. Como metodologia, partimos do conceito de fluxo de caixa descontado para visualizar que *o juro composto está implícito no sistema Price de amortização; não há como negar o anatocismo.* (sem grifo no original)

As contradições, os estudos técnicos dissonantes e as diversas teorizações só demonstram o que já se afirmou no precedente paradigma de minha relatoria, que, em matéria de Tabela Price, nem “sequer os matemáticos chegam a um consenso”.

Nessa seara de incertezas, cabe ao Judiciário conferir a solução ao caso concreto, mas não lhe cabe imiscuir-se em terreno movediço nos quais os próprios *experts* tropeçam.

Os juízes não têm conhecimentos técnicos para escolher entre uma teoria matemática e outra, uma vez que não há perfeito consenso neste campo. Não há como saber sequer a idoneidade de cada trabalho publicado nessa área.

Com efeito, se bem compreendido, o dissídio jurisprudencial quanto à utilização ou vedação da Tabela Price decorre, por vezes, dessa invasão do magistrado ou tribunal em questões técnicas, estabelecendo, a seu nuto, que o chamado Sistema Francês de Amortização é legal ou ilegal.

Porém, penso que não pode o STJ - sobretudo, e com maior razão, porque não tem contato com as provas dos autos - cometer o mesmo equívoco por vezes observado, permitindo ou vedando, em abstrato, o uso da Tabela Price.

É que, se a análise acerca da legalidade da utilização do Sistema Francês de Amortização passa, necessariamente, pela averiguação da forma pela qual incidiram os juros, *nem a legalidade nem a ilegalidade* do uso da Tabela Price pode ser reconhecida em abstrato, sem apreciação dos contornos do caso concreto.

4.1. A solução, segundo penso, é outra.

O melhor para a segurança jurídica, parece-me, é ajustar o procedimento adotado nas instâncias ordinárias, corrigindo as hipóteses de deliberações arbitrárias ou divorciadas do exame probatório do caso concreto.

É dizer, quando o juiz ou o Tribunal, *ad nutum*, afirmar a legalidade ou ilegalidade da Tabela Price, sem antes verificar, no caso concreto, a ocorrência ou não de juros capitalizados (compostos ou anatocismo), há ofensa aos arts. 131, 333, 335, 420, 458 ou 535 do CPC, ensejando novo julgamento com base nas provas ou nas consequências de sua não produção, levando-se em conta o ônus probatório de cada litigante.

Essa solução foi conferida pela Quarta Turma, no julgamento do REsp n. 952.569-SC, relator Ministro João Otávio de Noronha. No caso, a sentença havia extinto o processo sem resolução de mérito e o Tribunal, valendo-se da teoria da “causa madura” (art. 515, § 3º, CPC), julgou diretamente o mérito afirmando que a Tabela Price era ilegal porque incorporaria juros capitalizados. A Turma anulou o acórdão e determinou a realização de perícia, porquanto a matéria não era exclusivamente de direito, como exige o art. 515, § 3º, CPC.

Nessa direção se manifestou o ilustre relator:

A irresignação merece prosperar.

Com efeito, a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente afirmado que é questão de fato a verificação se na utilização da Tabela Price, existe capitalização de juros, pois necessária a interpretação de cláusulas contratuais e de provas documentais e periciais em cada caso concreto.

[...]

Por sua vez, dispõe o § 3º do art. 515 do CPC que, “nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento”.

Desta forma, tendo em vista que o julgamento envolve questão de fato, *não se tratando de matéria exclusivamente de direito*, inviável se faz a aplicação do referido dispositivo, devendo os autos retornarem ao juízo de origem para que

haja novo pronunciamento, *após porém, a devida dilação probatória que visa comprovar a existência ou não de capitalização de juros no presente caso* (sem grifo no original).

A ementa do acórdão ficou assim redigida:

Agravo regimental no recurso especial. Sistema Financeiro Nacional. Tabela Price. Capitalização de juros. Verificação. Questão de fato. Necessidade de verificação de provas. Art. 515, § 3º, do CPC. Inaplicabilidade.

1. *É questão de fato verificar se, na utilização da Tabela Price, existe capitalização de juros, pois, para tanto, faz-se necessária a interpretação de cláusulas contratuais e de provas documentais e periciais.*

2. *Se o julgamento da questão não envolve matéria exclusivamente de direito, é inviável a aplicação do art. 515, § 3º, do CPC.*

3. Agravo regimental provido.

(AgRg no REsp n. 952.569-SC, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 10.8.2010, DJe 19.8.2010)

Na mesma linha - acolhendo a tese acerca da necessidade de prova técnica para a aferição da capitalização de juros -, confirmam-se os seguintes precedentes:

SFH. Contrato. Revisão. Tabela Price. Incidência de juros capitalizados. Reexame de prova. Súmulas n. 5 e 7-STJ.

- A existência, ou não, de capitalização de juros no sistema de amortização conhecido como ***Tabela Price, constitui questão de fato, a ser solucionada a partir da interpretação das cláusulas contratuais e/ou provas documentais e periciais***, procedimento que encontra óbice nas Súmulas n. 5 e 7-STJ.

- Do ponto de vista estritamente econômico-financeiro, a taxa efetiva de juros pressupõe capitalização. Isto é, temos a taxa nominal, em que o período de formação e incorporação dos juros ao capital não coincide com aquele a que a taxa está referida (ex: 12% ao ano, com capitalização mensal), e a taxa efetiva, em que tais períodos coincidem (ex: 1% ao mês, com capitalização mensal). Em outras palavras, na taxa efetiva de juros a unidade de tempo de referência é igual à unidade de tempo dos períodos de capitalização.

A despeito disso, em contratos bancários é comum o uso de metodologias próprias de cálculo de juros, inclusive com a utilização equivocada de termos econômico-financeiros, sem rigorismo técnico. ***Diante disso, somente por intermédio de cálculos matemáticos é possível certificar-se quanto à existência ou não de capitalização nas taxas de juros aplicadas ao negócio.***

Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp n. 894.682-RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 13.10.2009, DJe 29.10.2009)

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Financiamento imobiliário. Taxa referencial. Questão já pacificada por esta Corte Superior. Súmula n. 83-STJ. Tabela Price. Anatocismo. Necessidade de aferição em cada caso concreto. Prova pericial. Indeferimento. Cerceamento de defesa ocorrido. Agravo regimental desprovido.

1. "Pactuada a correção monetária nos contratos do SFH pelo mesmo índice aplicável à caderneta de poupança, incide a taxa referencial (TR) a partir da vigência da Lei n. 8.177/1991" (Enunciado n. 454-STJ).

2. ***Deve ser concedida, em cada caso concreto, a oportunidade de a parte demonstrar, por todos os meios de prova admitidos em direito, a existência ou não de anatocismo no sistema de amortização conhecido como Tabela Price.***

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 219.959-SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 18.2.2014, DJe 28.2.2014)

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Exaurimento de instância. Contrato de mútuo. Revisão. Capitalização. Tabela Price. Prova pericial. Agravo regimental a que se nega seguimento.

1. Ao contrário do alegado pela agravante, a recorrida esgotou as vias ordinárias antes da interposição do recurso especial perante esta Corte.

2. ***A Corte local não pode afastar a aplicação da Tabela Price sem a realização da prova requerida pela recorrida, visando demonstrar a existência de capitalização de juros.***

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp n. 420.450-DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 1º.4.2014, DJe 7.4.2014)

Processual Civil e Administrativo. Crédito imobiliário. Tabela Price. Anatocismo. Necessidade de aferição em cada caso concreto. Prova pericial. Indeferimento. Cerceamento de defesa ocorrido.

1. Esta Corte tem firmado o entendimento de que a análise da existência de anatocismo na Tabela Price deve ser feita com detida incursão no contrato e nas provas de cada caso concreto.

Precedentes.

2. Diante disso, ***não se mostra correto o indeferimento da prova pericial solicitada pelos autores com o objetivo de comprovar o alegado anatocismo, sob o fundamento apenas de inexistência, abstratamente considerada, desse procedimento na Tabela Price.***

3. Cerceamento de defesa reconhecido na hipótese.

4. Recurso especial conhecido e provido, para acolher o pedido alternativo de anulação de todos os atos processuais desde a sentença que julgou antecipadamente a lide, inclusive.

(REsp n. 877.541-SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 23.4.2009, DJe 19.5.2009)

Agravo regimental. Sistema Financeiro da Habitação. Cerceamento de defesa. Tabela Price. TR. Agravo improvido.

[...]

II - Decidiu a Terceira Turma desta Corte, no julgamento do REsp n. 410.775-PR, que a **“existência, ou não, de capitalização de juros no sistema de amortização conhecido como Tabela Price, constitui questão de fato, a ser solucionada a partir da interpretação das cláusulas contratuais e/ou provas documentais e periciais, quando pertinentes ao caso”**.

III - A jurisprudência deste Tribunal Superior é pacífica quanto à “ausência de vedação legal para utilização da TR como indexador do contrato sob exame, ainda que anterior à Lei n. 8.177/1991, desde que seja o índice que remunera a caderneta de poupança, critério este avençado” (EDclEResp n. 453.600-DF, Corte Especial, Relator o Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ de 24.4.2006).

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 888.732-SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 18.9.2008, DJe 3.10.2008)

4.2. Deveras, a jurisprudência do STJ deve manter-se coerente com suas bases jurídicas. Na medida em que se reconhece, por inúmeros precedentes já consolidados, que eventual capitalização de juros na Tabela Price é questão de fato, há de franquear às partes a produção da prova necessária à demonstração dos fatos constitutivos do direito alegado, sob pena de cerceamento de defesa e invasão do magistrado em seara técnica com a qual não é afeita.

Ressalte-se que a afirmação, em abstrato, acerca da ocorrência de capitalização de juros quando da utilização da Tabela Price - como reiteradamente se constata - tem dado azo a insurgências tanto dos consumidores quanto das instituições financeiras, haja vista que uma ou outra conclusão dependerá unicamente do ponto de vista do julgador, manifestado quase que de forma ideológica, por vez às cegas e desprendida da prova dos autos - em não raros casos, também, simplesmente inexistente.

Assim, reservar à prova pericial tal análise, de acordo com as particularidades do caso concreto, a meu juízo, é solução que beneficia tanto os mutuários como as instituições financeiras, porquanto nenhuma das partes ficará ao alvedrio de valorações superficiais do julgador acerca de questão técnica.

É providência que, segundo penso, pode colocar termo à imemorial divergência existente entre tribunais diversos, e que, como afirmado, não se hospeda exatamente em questões jurídicas, mas em matéria acerca da qual, em regra, deveria o magistrado se abster de manifestar juízo de valor.

4.3. Caso adotado o entendimento ora apresentado por esta eg. Corte, de fato, já se anteveem questões relacionadas à dificuldade de produção da prova pericial, tendo em vista que, em não raras vezes, o autor da demanda é consumidor e/ou beneficiário de justiça gratuita (Lei n. 1.060/1950).

Porém, essa aparente dificuldade pode ser solucionada a partir da correta distribuição do ônus da prova e do ônus de custear a prova, temas esses com farta jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça.

No caso de o autor ser consumidor e o magistrado determinar, de forma fundamentada, a inversão do ônus da prova com base no art. 6º, inciso VIII, do CDC, a parte ré - instituição financeira - deverá produzir a prova pericial. É certo que, nessas hipóteses, a inversão do ônus da prova não acarreta a inversão do ônus de custear a prova. Assim, nesse caso, ao invés de determinar ao réu que adiante os honorários do perito - a instituição financeira poderá fazê-lo apenas se assim desejar -, o magistrado deverá resolver a controvérsia com base nas consequências processuais da não produção da prova.

Com efeito, na hipótese de inverter-se o ônus da prova contra a instituição financeira ré e esta não providenciar sua produção, em regra - e sempre observados os contornos do caso concreto -, tem-se por não provado o fato que seria objeto da prova, vale dizer, no particular, que a cobrança na forma que está prevista no contrato não capitaliza juros. Isso porque, tal como anteriormente reconhecido, se tal capitalização é questão fática, é certo que sobre fatos incidem os efeitos da prova não produzida em relação a quem recaía tal ônus.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes, entre muitos outros:

Civil. Processual. Monitória. Relação de consumo. Inversão ônus probatório. Honorários periciais. Pretensão de atribuir-se o ônus de pagamento à parte contrária. Descabimento.

I. A inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII, do CDC, não acarreta o encargo financeiro de custear as despesas pela parte adversa, mas, apenas, o faz arcar com as conseqüências jurídicas pertinentes.

II. Precedentes.

III. Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 683.518-DF, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 21.11.2006, DJ 26.2.2007, p. 596)

Agravo regimental no agravo regimental no agravo (art. 544 do CPC). Na origem, trata-se de agravo de instrumento no bojo de ação de indenização por danos decorrentes de contaminação proveniente do descarte de material de limpeza de tanques da Petrobrás no Município de São Sebastião (SP). Decisão monocrática que conheceu do agravo para dar parcial provimento ao recurso especial a fim de afastar a obrigação pelo adiantamento dos honorários periciais decorrente da inversão do ônus probatório. Irresignação da empresa petrolífera.

[...]

3. Responsabilidade pelo adiantamento dos honorários do perito. Não é lícito obrigar a parte contra quem o ônus da prova foi invertido a custear os honorários do perito, porque lhe assiste a faculdade de não produzir a prova pericial e arcar com as conseqüências processuais da omissão. Precedentes.

4. O recurso apresentado às fls. 656-662 não é admissível em razão da violação ao princípio da unirrecorribilidade, a ensejar a aplicação do óbice da preclusão consumativa.

5. Agravo regimental desprovido e petitório de fls. 656-662 não conhecido.

(AgRg no AgRg no AREsp n. 153.797-SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 5.6.2014, DJe 16.6.2014)

Por outro lado, caso o ônus da prova permaneça com beneficiário da justiça gratuita (geralmente, consumidor), igualmente não cabe impor ao réu o ônus de custear sua produção - salvo se exclusivamente por ele requerida (art. 33 do CPC). Nessa hipótese, há que buscar *expert* que aceite confeccionar a perícia sem adiantamento de honorários, para recebê-los ao final da parte sucumbente ou do Estado, no caso de a sucumbência recair sobre o beneficiário da Lei n. 1.060/1950, ou, ainda, deverá ser nomeado técnico de estabelecimento oficial especializado ou repartição administrativa do ente público responsável pelo custeio da prova pericial.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

Processual Civil. Agravo regimental. Justiça gratuita. Honorários periciais. Prescrição. Prazo quinquenal. Pagamento. Obrigação do Estado. Súmula n. 83-STJ.

1. É quinquenal o prazo de prescrição para a cobrança dos honorários do perito quando a parte vencida for beneficiária da gratuidade de justiça, consoante os arts. 12 da Lei n. 1.060/1950 e 1º do Decreto n. 20.910/1932.

2. Conforme a recente e reiterada jurisprudência de ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção do STJ, é dever do Estado arcar com o ônus do pagamento dos honorários periciais nos casos em que o beneficiário da assistência judiciária gratuita ficar sucumbente.

3. O acórdão recorrido encontra-se em consonância com a jurisprudência do STJ. Incidência da Súmula n. 83-STJ.

4. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no REsp n. 1.338.974-MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 8.5.2014, DJe 22.5.2014)

Direito Processual Civil. Recurso especial. Ação cautelar de produção antecipada de prova. Assistência judiciária gratuita. Inclusão dos honorários do perito. Responsabilidade do Estado pela sua realização.

1. Nos termos da jurisprudência dominante deste Tribunal, os benefícios da assistência judiciária gratuita incluem os honorários do perito, devendo o Estado assumir os ônus advindos da produção da prova pericial.

2. Caso o perito nomeado não consinta em receber seus honorários futuramente, do Estado ou do réu, se este for vencido, deve o juiz nomear outro perito, devendo a nomeação recair em técnico de estabelecimento oficial especializado do ente público responsável pelo custeio da prova pericial. Precedentes.

3. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp n. 1.356.801-MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 18.6.2013, DJe 24.6.2013)

Recurso especial. Processual Civil. Assistência judiciária. Perícia requerida por ambas as partes. Adiantamento dos honorários do perito. Imposição à ré. Impossibilidade.

1. O artigo 33 do Código de Processo Civil estabelece que “cada parte pagará a remuneração do assistente técnico que houver indicado; a do perito será paga pela parte que houver requerido o exame, ou pelo autor, quando requerido por ambas as partes ou determinado de ofício pelo juiz”, não podendo, por isso, ser imposto à ré o adiantamento dos honorários, relativos à perícia também requerida pela autora.

2. Recurso especial provido.

(REsp n. 955.976-MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 12.4.2011, DJe 4.5.2011)

5. O caso concreto é realmente emblemático e retrata bem o voluntarismo existente na análise de controvérsias desse jaez.

A sentença julgou antecipadamente a lide, afastando a utilização da Tabela Price porquanto esse método, segundo o entendimento do juízo de piso, contaria juros sobre juros. Vale dizer, manifestou entendimento contrário ao interesse da instituição financeira, sem que nenhuma prova fosse produzida.

A fundamentação, no particular, foi a seguinte:

De fato, não há como negar a incidência de capitalização de juros no sistema, o que se constata pela circunstância de que os juros são calculados por ocasião de cada pagamento, incidentes sobre o saldo devedor. Como somente a amortização é deduzida do saldo devedor, os juros jamais são abatidos, o que acarreta amortização menor e pagamento de juros maiores em cada prestação.

[...]

A própria insistência em utilizar a tabela price, em detrimento de outros sistemas, está a escancarar que existe capitalização, gerando vantagem ao banco. Veja-se que, se não é pela capitalização, não se aponta qualquer outro motivo que determine tanta insistência em manter o sistema. (fl. 228)

O acórdão recorrido, no que concerne ao pleito de realização de prova técnica, rejeitou a preliminar de nulidade do processo, nos termos da seguinte fundamentação:

Não merece guarida a alegação de cerceamento de defesa, derivado do julgamento antecipado da lide. É que a matéria controvertida nos autos é eminentemente de direito, prescindindo, para a solução da lide, da produção de prova técnica. (fl. 365)

No ponto relativo à Tabela Price, o acórdão recorrido deu provimento ao recurso de apelação da instituição financeira para permitir a utilização do método francês - vale dizer, de forma contrária à sentença e aos interesses do consumidor, mas ainda sem apreciação de nenhuma prova -, nos termos da seguinte fundamentação:

A singela opção pela Tabela Price, conquanto não se ignore a onerosidade que lhe é insita, não acoima de nula a avença, tampouco a cláusula que a prevê.

Trata-se de método amplamente utilizado, que visa *“justamente à amortização inicial dos juros remuneratórios, de tal sorte que o principal começa a decrescer, com maior intensidade, à medida que se aproxima a fase final do financiamento, inexistindo, pois, qualquer evidência de que o pagamento de todas as prestações não*

sejam capazes de proporcionar o adimplemento integral da obrigação, sem saldo devedor”, conforme bem sublinhado pelo Em. Des. Luiz Ary Vessini de Lima, na Apelação Cível n. 70001399666.

De outro lado, a capitalização dos juros que é observada no indigitado método de amortização, não denota anatocismo.

Ao revés, segundo homótono posicionamento desta Célula Julgadora, inexistente vedação à capitalização mensal de juros, já que autorizada pela Lei n. 4.595/1964, que revogou o Decreto n. 22.626/1933. Nesse norte, o seguinte aresto:

Sistema Financeiro da Habitação. Processual Civil. (...) Juros. Capitalização. Possibilidade. Percentual. Limitação. *Inaplicabilidade da Lei de Usura às instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional - Súmula n. 596 do Supremo Tribunal Federal. Inexistência de limitação constitucional. Possibilidade de capitalização mensal. (...) Preliminar acolhida para desconstituir a sentença em parte. Apelação do réu procedente e improcedente o recurso do autor. Ação julgada improcedente. Unânime. (Apelação Cível n. 70009843871, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 28.4.2005)*

E, ainda, excerto da Apelação Cível n. 191150200, citado pelo insigne Des. Paulo Antônio Kretzmann na Apelação Cível n. 70010621787:

Não há que se falar em incidência da Lei da Usura ou respeito à Súmula n. 121 do STF, após o advento da Lei n. 4.595/1964, encontrando-se superada pela Súmula n. 596. A matéria mereceu enfrentamento pelo STF: Juros capitalizados. Cobrança pelo banco. Legalidade. Aplicação da Súmula n. 596 do STF. Não é ilegal a cobrança de juros capitalizados, desde que efetuada por instituição pública ou privada que integra o Sistema Financeiro Nacional (RJ,599/191-192). (grifei).

Assim, não evidenciada qualquer ilegalidade na aplicação da Tabela Price, sistema de amortização pactuado pelos litigantes, bem como na capitalização de juros, que lhe é ínsita, é de ser mantidos os termos pactuados, reformando-se, no tópico, a decisão vergastada.

A recorrente opôs embargos de declaração, no que interessa, para arguir a

[...] imprescindibilidade de produção da prova pericial, para fim de se constatar, essencialmente, a ocorrência da capitalização mensal de juros e de amortização negativa no contrato de financiamento, sob pena de contrariar os artigos 130 e 330 do Código de Processo Civil (fl. 382). (grifado no original)

Os embargos foram rejeitados, mantendo-se, em suma, o desacolhimento da tese de cerceamento de defesa.

Daí por que o recurso especial alegou - e, a meu juízo, com razão - ofensa aos arts. 130 e 330 do CPC, tendo em vista que, segundo o entendimento da recorrente, se mostrava imprescindível a realização de prova pericial para o fim de comprovar a ocorrência de capitalização mensal de juros e de amortização negativa do contrato. A prova técnica, segundo penso, é absolutamente necessária para aferir, em concreto, a existência ou não de cobrança de juros não lineares no contrato em apreço, bem como a alegada amortização negativa.

6. Diante do exposto, para os fins do art. 543-C do CPC, encaminho as seguintes teses:

a) a análise acerca da legalidade da utilização da Tabela Price - mesmo que em abstrato - passa, necessariamente, pela constatação da eventual capitalização de juros (ou incidência de juros compostos, juros sobre juros ou anatocismo), que é questão de fato e não de direito, motivo pelo qual não cabe ao Superior Tribunal de Justiça tal apreciação, em razão dos óbices contidos nas Súmulas n. 5 e 7 do STJ;

b) é exatamente por isso que, em contratos cuja capitalização de juros seja vedada, é necessária a interpretação de cláusulas contratuais e a produção de prova técnica para aferir a existência da cobrança de juros não lineares, incompatíveis, portanto, com financiamentos celebrados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação antes da vigência da Lei n. 11.977/2009, que acrescentou o art. 15-A à Lei n. 4.380/1964;

c) em se verificando que matérias de fato ou eminentemente técnicas foram tratadas como exclusivamente de direito, reconhece-se o cerceamento, para que seja realizada a prova pericial.

7. No caso em exame, conheço parcialmente do recurso especial e, na extensão, dou-lhe provimento para anular a sentença e o acórdão, determinando a realização de prova técnica para aferir se, concretamente, há ou não capitalização de juros (anatocismo, juros compostos, juros sobre juros, juros exponenciais ou não lineares) ou amortização negativa, prejudicados os demais pontos trazidos no recurso.

É como voto.

VOTO

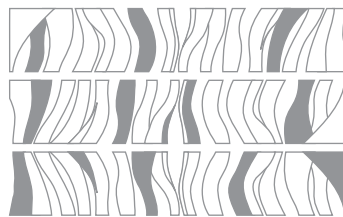
O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Senhora Presidente, as ponderações do Sr. Ministro Raul Araújo são bem plausíveis. Mas entendo

que a solução dada pelo Sr. Ministro Luis Felipe Salomão, no voto, para mim é a mais consentânea. Ainda que haja essa postura ideológica de matemáticos, dos *experts*, portanto, na origem, essa prova será objeto de contrastação ou contestação das partes em tempo e momento próprios nas vias ordinárias.

E talvez, Sr. Ministro Raul Araújo, com essa delimitação feita pelo Sr. Ministro Luis Felipe Salomão, aqui, de ser condição *sine qua* a existência de perícia, quem sabe essa divergência que hoje existe nas cortes ordinárias comessem a se dissipar já que, lamentavelmente, se coloca o tema dentro da álea. Ou seja, se cai com o juiz que tem algum pendor contábil, ele terá facilidade, capacidade, de discriminar ou de fazer o *distinguishing*. De outra forma, se não for assim, ele terá de se louvar, como deve se louvar o juiz, porque ele não pode ser um generalista na análise da prova técnica que submeterá ao rito do contraditório.

De forma que, com todas as vênias, penso que as ponderações de V. Exa., Sr. Ministro Raul, são absolutamente pertinentes. Mas para nós, na conformação constitucional dada ao Superior Tribunal de Justiça, seria inviável revisar a jurisprudência assentada até aqui, salvo se futuramente nós consigamos chegar a uma conclusão como, por exemplo, no âmbito do Conselho da Justiça Federal já se chegou, moldar-se uma tabela de cálculos para Justiça Federal, inserindo nesta tabela um item, também, em relação à Tabela *Price*. Mas isso deixaríamos para um momento posterior. Até aqui penso que se houve com correção e acerto o eminente Ministro Relator pelas razões que ora exponho.

Sra. Presidente, acompanho o voto do eminente Ministro Relator integralmente.



Primeira Seção

MANDADO DE SEGURANÇA N. 20.952-DF (2014/0088782-7)

Relator: Ministro Benedito Gonçalves
Impetrante: Fernando Vítório Freitas Fonseca
Advogado: Ricardo Dantas Escobar e outro(s)
Impetrado: Ministro de Estado da Fazenda
Interessado: União

EMENTA

Mandado de segurança. Administrativo. Servidor público. Demissão. Manifestação de servidor que compôs o trio processante sobre os fatos em sindicância anterior. Isenção. Imparcialidade. Ausência.

1. Mandado de segurança no qual ex-Auditor-Fiscal da Receita Federal, demitido com fundamento nos artigos 117, X, e 132, XIII, da Lei n. 8.112/1990 (PAD n. 16301.000007/2009-13), por participar de gerência ou administração de sociedade privada, afirma nulidade do ato demissório e de todo o processo administrativo disciplinar ao argumento de que dois dos membros que compuseram o trio processante não atuaram com isenção e imparcialidade.

2. Não há que se declarar ilegalidade quanto a atuação do Sr. Hugo Muniz de Pinho Sobrinho, pois não foi membro da Comissão de Inquérito no PAD n. 16301.000007/2009-13, mas apenas da Comissão de Investigação Patrimonial que sugeriu a instauração do processo administrativo disciplinar.

3. Na Sindicância no Processo n. 35013.004459/2006-11 (Portaria MPS/SRP/CORREG n. 69, de 13.2.2007) o Sr. Emanuel Castro Oliveira fez diligência que ensejou manifestação sobre a participação do impetrante em ações trabalhistas como patrono de empresa privada, o que posteriormente veio a ser apurado nos autos do PAD n. 16301.000007/2009-13. Os referidos fatos foram objeto das conclusões da Comissão Processante, da qual ele participou, ainda que temporariamente, e constou dos Pareceres Coger/Esco05 n. 30/2013 e PGFN/COJED n. 2.298/2013, os quais subsidiaram o ato

demissório. Há, no caso, falta de isenção e de imparcialidade a ensejar a nulidade do ato demissório e do processo administrativo disciplinar, pelo menos quantos aos atos nos quais foi registrada a participação desse membro do trio processante.

4. Ordem parcialmente concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencida a Sra. Ministra Marga Tessler, que denegou a segurança, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

A Sra. Ministra Assusete Magalhães e os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Napoleão Nunes Maia Filho, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques votaram com o Sr. Ministro Relator. Concederam a segurança, em maior extensão, os Srs. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho e Mauro Campbell Marques. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Herman Benjamin.

Brasília (DF), 12 de novembro de 2014 (data do julgamento).

Ministro Benedito Gonçalves, Relator

DJe 25.11.2014

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Trata-se de mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado por Fernando Vitório Freitas Fonseca contra ato do Sr. Ministro de Estado da Fazenda, no qual lhe foi imposta a penalidade de demissão do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal, com fundamento nos artigos 117, X, e 132, XIII, da Lei n. 8.112/1990, diante do apurado no PAD n. 16301.000007/2009-13.

Narra o impetrante que em 10.5.2007 teve contra si instaurada a Sindicância Administrativa Disciplinar n. 35013.004459/2006-11 para verificar a sua responsabilidade no suposto extravio de 2 (dois) processos administrativos fiscais previdenciários que tramitavam na Delegacia da Receita Previdenciária de Salvador-BA. Com fundamento na Lei n. 11.457/2007, os autos da aludida

sindicância foram transferidos para o Escritório da Corregedoria da 5ª Região Fiscal (Escor 5ª RF) que prosseguiu na apuração dos fatos. Ao final, determinou-se o arquivamento dessa investigação ante a inexistência de provas da conduta. Informa que nessa primeira sindicância a Comissão de Inquérito teria se manifestado também a respeito do seu suposto envolvimento no exercício de gerência de empresa privada.

Em 5.2.2009 foi instaurado o PAD n. 16301.000007/2009-13 para investigar a sua participação na administração de pessoa jurídica, o qual culminou no ato demissório ora impugnado. Segundo o impetrante, o ato que o demitiu, bem como o processo administrativo disciplinar são nulos diante da falta de imparcialidade dos membros da comissão processante, Srs. Emanuel Castro Oliveira e Hugo Muniz de Pinho Sobrinho, pois já haviam se manifestado anteriormente sobre os fatos na Sindicância Administrativa Disciplinar n. 35013.004459/2006-11 e atuaram em outras etapas do procedimento que resultou na sua demissão (fl. 9, item 16 e fl. 10, item 20).

Ao final, requer-se a declaração de nulidade da Portaria n. 592/2013 (ato coator) e do PAD n. 16301.000007/2009-13 ante a ofensa ao artigo 150 da Lei n. 8.112/1990.

Ingresso da União no feito à fl. 187.

A autoridade impetrada prestou informações e impugnou os supostos vícios no processo disciplinar, sob os seguintes argumentos (fls. 192-284): (a) não foi demonstrado o direito líquido e certo e o *mandamus* não comporta dilação probatória; (b) é inviável o exame do mérito do ato administrativo; (c) o servidor público Hugo Muniz de Pinto Sobrinho não foi membro da Comissão de Inquérito do PAD n. 16301.00007/2009-13; (d) não se pode confundir a ciência prévia da Administração de que o indiciado era sócio da Empresa Santa Mônica Transportes Ltda., ocorrida na Sindicância Administrativa n. 35013.004459/2006, com a notícia de que o impetrante exercia a gerência da referida sociedade empresarial, pois esta informação só teria sido veiculada por meio do relatório final da Investigação Patrimonial; (e) não se comprovou a imparcialidade dos servidores, o que denota a ausência de prejuízo; (f) o exercício de atividades de diretor ou gerente de empresa privada foi satisfatoriamente demonstrado nos autos do processo administrativo disciplinar.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. Dilton Carlos Eduardo França, opinou pela concessão da ordem (fl. 337):

Mandado de segurança. Servidor público. Processo Administrativo Disciplinar - PAD. Pena de demissão. Ilegalidade. Impedimento de membros da Comissão. Participação em sindicância investigativa anterior. Ausência de isenção e imparcialidade. Nulidade do PAD.

Nos termos do art. 150 da Lei n. 8.112/1990, a Comissão exercerá suas atividades com independência e imparcialidade, assegurando o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da administração.

Nas informações prestadas pela autoridade coatora, por meio do Parecer PGFN/CRJ/ n. 759/2014, restou confirmada a participação de Emanuel Castro Oliveira no PAD n. 16301.000007/2009-13, bem como que Hugo Muniz de Pinho Sobrinho participou da Comissão de Investigação Patrimonial que deu origem ao aludido PAD.

Demonstrada a ausência de isenção e imparcialidade, imperioso reconhecer a nulidade do Processo Administrativo Disciplinar.

Parecer pela concessão da segurança para declarar a nulidade do PAD e, por conseguinte, da Portaria n. 592, de 13 de dezembro de 2013, que o demitido impetrante do cargo de Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, determinando sua reintegração.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves (Relator): O impetrante, ex-Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, foi demitido com fundamento nos artigos 117, X, e 132, XIII, da Lei n. 8.112/1990 por participar de gerência ou administração de sociedade privada, conforme fez constar a autoridade coatora (fl. 109), respaldada no Parecer PFN/COJED n. 2.298/2013 (fls. 110-148).

Faz-se necessário estabelecer, de plano, os limites do que se alega como direito líquido e certo neste *writ*.

Segundo consta da inicial, o ato coator é nulo, e nulo também se apresenta todo o processo administrativo disciplinar porque duas das autoridades que participaram, em tese, da Comissão Processante no PAD n. 16301.000007/2009-13, Srs. Hugo Muniz de Pinho Sobrinho e Emanuel Castro Oliveira, não exerceram suas atividades com imparcialidade.

Os autos informam que o impetrante respondeu anteriormente a Sindicância no Processo n. 35013.004459/2006-11 (Portaria MPS/SRP/

CORREG n. 69, de 13.2.2007) instaurada para apurar o desaparecimento de dois processos administrativos tributários e suposta extorsão para a liberação dos aludidos feitos (fl. 21, item 3). Na oportunidade, concluiu-se pela improcedência do indiciamento ante a inexistência de provas contra o servidor (fl. 25, item 22). Em 14 de agosto de 2009 (fl. 200), foi instaurado o PAD n. 16301.000007/2009-13, no qual foi apurada a participação do impetrante no exercício de gerência ou administração de sociedade privada, o que resultou na sua demissão.

Não se antevê falta de isenção ou parcialidade do Sr. Hugo Muniz de Pinho Sobrinho. Conforme informações prestadas pela autoridade coatora à fl. 200, o referido servidor público não foi membro da Comissão de Inquérito que atuou no PAD n. 16301.000007/2009-13, mas apenas da Comissão de Investigação Patrimonial que sugeriu a instauração do processo administrativo disciplinar. Assim, se não foi membro da Comissão Processante, desinfluyente se mostra perquirir a participação deste servidor na Sindicância anterior (Processo n. 35013.004459/2006-11, ocorrida em 2007) ou em investigação preliminar.

Por outro lado, as informações apresentadas (fls. 192-284) dão conta que o Sr. Emanuel Castro Oliveira foi membro da Comissão de Inquérito do PAD n. 16301.000007/2009-13 até julho de 2013, tendo sido substituído conforme Portaria Escor 05 n. 49, de 29.7.2013 (fl. 200). Também consta dos autos que o referido servidor público participou da Sindicância anterior (Processo n. 35013.004459/2006-11, fl. 20).

Ocorre que o Sr. Emanuel Castro Oliveira, à época em que investigou os fatos referentes ao desaparecimento dos processos fiscais e a suposta extorsão, registrou na Sindicância de 2007 a participação do ex-servidor como patrono de empresa privada em ações trabalhistas, bem como a respeito da acumulação de cargos. Confira-se (fl. 03):

4. Ao efetuar pesquisas nos sítios eletrônicos de busca na *Internet* para identificar possível exercício de atividade incompatível por parte do auditor-fiscal Fernando Vitório Feitas Fonseca, face ao objeto da representação, foram localizadas publicações de ações trabalhistas nas quais figura como patrono do reclamado em ações que tramitam nas Varas de Trabalho o mencionado auditor e, ainda, a Resolução SEF n. 2.989, de 5 de Janeiro de 1999, em que o Secretário de Estado da Fazenda do Estado do Rio de Janeiro estabelece a lotação dos Fiscais de Rendas daquele Estado, entre os quais o auditor-fiscal Fernando Vitório Freitas Fonseca, nomeado para o cargo de auditor-fiscal da Previdência Social em 2 de abril de 1987, data anterior, portanto, à expedição da Resolução acima mencionada.

Após o atendimento ao solicitado ao Senhor Delegado da Receita Federal, o servidor acusado deverá ser notificado para ciência das peças juntadas, em consagração ao princípio do contraditório e à ampla defesa.

Emanoel Castro Oliveira
Presidente

Com efeito, o excerto acima revela diligência que ensejou o conhecimento e manifestação sobre fatos que vieram a ser posteriormente apurados nos autos do PAD n. 16301.000007/2009-13 e foram objeto das conclusões da Comissão Processante, conforme constou dos Pareceres Coger/Escor05 n. 30/2013 e PGFN/COJED n. 2.298/2013, os quais subsidiaram o ato demissório. Confirmam-se:

Parecer Coger/Escor05 n. 30/2013 (fl. 95):

III. Da Indicação

16. A CI pautou os trabalhos de apuração administrativa tomando por base os indícios de irregularidades descritos no RIP. Os aventados ilícitos perpetrados pelo servidor Fernando Vitória estão relacionados à prática de atos de gerência e administração da pessoa jurídica Santa Mônica Transportes Ltda.

[...]

19. Além disso, constatou-se que o servidor que o servidor Fernando Vitória foi citado em processos trabalhistas onde a Santa Mônica foi demandada por ex-empregados, participando como preposto em audiências, ocasião em que demonstrou envolvimento com as atividades de gerência de empresa no ano de 2001 (fls. 988-989; 1.007-1.008 e 1.012-1.014).

Parecer PGFN/COJED n. 2.298/2013 (fls. 117, 135 e 146):

Da acusação de participação ou administração de sociedade privada

38. No que diz respeito ao primeiro fato investigado, há provas suficientes colhidas pela Comissão de Inquérito no decorrer da instrução probatória que comprovam ter o indiciado praticado atos de gerência e administração da sociedade privada Santa Mônica Transportes Ltda.

39. Com efeito, foram detectados diversos atos de gerência/administração protagonizados pelo indiciado, como nomeação de preposto perante a Justiça do Trabalho, nomeação de procuradores da sociedade privada em questão, assinando como sócio-gerente, contratação e demissão de empregado, receber citação em nome da sociedade, testemunhos que identificam o indiciado como diretor e gerenciamento das finanças da sociedade empresarial por meio de sua conta corrente pessoal. Todas essas provas encontram-se resumidas no Parecer

Coger /Escor 05 n. 30/2013 (fls. 1.726-1.741), do qual transcrevemos o seguinte trecho:

III. Da Indiciação

[...]

As alegações trazidas pela defesa, relativamente à acusação formulada no item 9 do Termo de Indiciação, antes transcritas, não merecem acolhida. É fato que, nesta acusação, o Colegiado recorreu, mais de uma vez, a provas indiciárias. Contudo, o Colegiado formulou acusação e não “indício”, como registrado pela defesa. Não se trata de acusação pela prática de ato típico de gerência. Tanto é assim que na peça acusatória está expressamente registrado que “O conhecimento destes detalhes do contrato deste empregado por parte do servidor indiciado, bem como o próprio fato de este ter atuado como preposto da empresa Santa Mônica Transportes Ltda, na referida audiência, mostram o envolvimento do servidor indiciado com as atividades de gerência da empresa Santa Mônica Transportes Ltda. naquele ano de 2001.

[...]

Desse modo, a conclusão exarada pela Comissão Processante no Relatório Final, fls. 1.610-1.722, mostra-se correta, pela comprovação da materialidade do fato e pela imputação da infração funcional tipificada no art. 117, inciso X, participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário.

Assim, conclui-se que o servidor Emanuel Castro Oliveira não deveria ter participado da Comissão de Inquérito porque já havia se manifestado em sindicância anterior a respeito da relação entre o impetrante e a empresa, e essa circunstância foi utilizada como parte da fundamentação para a sua demissão.

Há, no caso, falta de isenção e de imparcialidade a ensejar a nulidade do ato demissório e do processo administrativo disciplinar, pelo menos quantos aos atos nos quais foi registrada a participação desse membro do trio processante.

A propósito, confira-se:

Administrativo. Servidor público federal. Processo administrativo disciplinar. Demissão. Suspeição do servidor que determinou a instauração do procedimento e aprovou o relatório final. Vício configurado. Segurança concedida.

1. A teor do art. 150 da Lei n. 8.112/1990, a imparcialidade, o sigilo e a independência devem nortear os trabalhos da comissão que dirige o

procedimento administrativo, assegurando ao investigado a materialização dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

2. O servidor que realizou as investigações em sindicância prévia e exarou juízo preliminar acerca da possível responsabilidade disciplinar do acusado, considerando presentes a autoria e materialidade de infração administrativa, está impedido de determinar, posteriormente, a instauração de processo administrativo disciplinar e de aprovar o relatório final.

3. Segurança concedida para anular o processo administrativo disciplinar a partir de sua instauração (MS n. 15.107-DF, Rel. Min. Jorge Mussi, Terceira Seção, DJe 9.10.2012).

Ante o exposto, concedo parcialmente a ordem para anular o ato demissório e os atos do processo disciplinar em que houve a participação do servidor Emanuel Castro Oliveira, sem prejuízo de que a apuração dos fatos prossiga no processo administrativo disciplinar. Ato contínuo, determino a reintegração do impetrante no cargo, se por outro motivo não houver sido excluído do quadro da Receita Federal do Brasil. Os efeitos funcionais devem retroagir à data do ato demissório. Já os efeitos financeiros incidem a partir da data da impetração, nos termos das Súmulas n. 269 e 271 do STF, ficando reservado o direito às diferenças remuneratórias às vias ordinárias. Custas, nos termos da lei. Sem o pagamento de honorários, conforme disciplina o artigo 25 da Lei n. 12.016/2009 e a Súmula n. 105-STJ.

É como voto.

VOTO VENCIDO

A Sra. Ministra Marga Tessler (Juíza Federal convocada do TRF 4ª Região): Sr. Presidente, peço a máxima vênias ao eminente Ministro Relator e aos Ministros que acompanharam o voto de S. Exa., porque não verifico ilegalidade pelo fato, em virtudes das circunstâncias concretas aqui. Trata-se de uma imputação muito objetiva levantada documentalmente inclusive. Participou em demandas trabalhistas, foi o preposto da empresa, praticou atos de gerência, documentalmente comprovados. Aquele cidadão, servidor, que fez aquele levantamento documental e, depois é nomeado para integrar uma comissão processante, não produziu, naquela empreitada anterior, juízo de valor. Enfim, ele se limitou a recolher elementos. Nessas circunstâncias, não entendo comprometida a rigidez do PAD. Denego a segurança com a vênias de quem pensa em contrário.

MANDADO DE SEGURANÇA N. 21.045-DF (2014/0133556-2)

Relatora: Ministra Marga Tessler (Juíza Federal convocada do TRF 4ª Região)

Impetrante: Renê de Oliveira Garcia Júnior

Advogado: Lucas Aires Bento Graf e outro(s)

Impetrado: Ministro de Estado Chefe da Controladoria Geral da União

EMENTA

Administrativo. Mandado de segurança. Penalidade de conversão da exoneração do cargo de Superintendente da SUSEP - Superintendência de Seguros Privados em destituição do cargo em comissão. Instauração de cinco (5) procedimentos administrativos: 2 (duas) sindicâncias investigativas - com conclusão favorável ao impetrante -, e 3 (três) processos administrativos: (1) Um com resultado favorável ao impetrante e (2) Outro anulado. Penalidade aplicada apenas no terceiro (3º). Prescrição da pretensão punitiva administrativa. Prazo prescricional de 5 (cinco) anos (art. 142, inciso I, Lei n. 8.112/1990). Ação penal. Contagem do prazo prescricional de acordo com a lei penal (art. 142, § 2º, Lei n. 8.112/1990, e art. 109 do Código Penal). Prazo prescricional de 3 (três) anos (art. 109, inciso VI, do Código Penal). Reconhecimento da prescrição. Nulidade do ato coator e cassação de seus efeitos. Segurança concedida.

No que se refere aos ilícitos administrativos, praticados por qualquer agente público, servidor ou não, causadores de prejuízo ao erário, a Constituição da República, no § 5º do artigo 37 contém determinação sobre os prazos de prescrição, *verbis*: “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”.

Em cumprimento à essa determinação constitucional, o estatuto dos servidores públicos federais - a Lei n. 8.112/1990, e que rege a aplicação das sanções disciplinares a esses servidores, assim dispõe quanto à prescrição:

Art. 142. A ação disciplinar prescreverá:

I - em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão;

II - em 2 (dois) anos, quanto à suspensão;

III - em 180 (cento e oitenta) dias, quanto à advertência.”

§ 1º O prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido.

§ 2º *Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime.* (grifo inexistente no original).

§ 3º A abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente.

§ 4º Interrompido o curso da prescrição, o prazo começará a correr a partir do dia em que cessar a interrupção.

Para efeito de contagem do prazo prescricional, a situação do impetrante enquadra-se tanto na hipótese do inciso I do artigo 142 da Lei n. 8.112/1990, porquanto lhe foi aplicada a pena de conversão de sua exoneração em destituição do cargo em comissão (fl. 120), quanto na hipótese do § 2º do artigo 142 da Lei n. 8.112/1990, em razão de sua condenação criminal, na qual lhe foi aplicada a pena de seis (6) meses de detenção, na Ação Penal que contra si foi promovida (fls. 89-115).

Em razão da condenação criminal do impetrante - 6 (seis) meses de detenção -, o prazo prescricional da pretensão punitiva aplicável obedece a disposição do artigo 109, inciso VI, do Código Penal, qual seja, a de que regula-se “em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano. (Redação dada pela Lei n. 12.234, de 2010)”.

A análise da prescrição da pretensão punitiva administrativa passa por dois (2) marcos iniciais, quais sejam, o administrativo e o penal.

No marco prescricional administrativo, ocorrem duas (2) hipóteses de contagem do prazo prescricional: (1) se considerada a *data de destituição* do então liquidante da liquidação extrajudicial, Sr. Antonio Roberto Nóbrega Telles de Menezes, - 5 de julho de 2006 -,

temos que a *prescrição da pretensão punitiva administrativa* ocorreria em 5 de julho de 2011; (2) se considerada a *constituição da 1ª (Primeira) Sindicância Investigativa - 14 de setembro de 2007*, a *prescrição da pretensão punitiva administrativa* consumar-se-ia em 14 de setembro de 2012.

No caso do marco prescricional penal - hipótese do § 2º do artigo 142 da Lei n. 8.112/1990 -, regulado “em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano. (Redação dada pela Lei n. 12.234, de 2010)”, em obediência à disposição do artigo 109, inciso VI, do Código Penal, temos que a 2ª (Segunda) Sindicância Investigativa, instaurada em 17 de junho de 2008, cujo Relatório Final foi apresentado em 15 de agosto de 2008, teve pleno conhecimento da Ação Penal que foi promovida pelo Ministério Público Federal em face do impetrante.

Como na Ação Penal a pena em concreto foi fixada em seis (6) meses de detenção, transitada em julgado em 31 de maio de 2010 perante o Supremo Tribunal Federal, da combinação do artigo 142 com o artigo 109, inciso VI, o artigo 110, § 1º, e 112, inciso I, do Código Penal, surge que o prazo prescricional é trienal.

Como a contagem do prazo teve início na data em que o fato se tornou conhecido (cf. § 1º do art. 142 da Lei n. 8.112/1990) - a Primeira (1ª) Sindicância Investigativa foi instaurada em 14 de setembro de 2010, pela Portaria n. SE/MF 304, a prescrição se consumou em 14 de setembro de 2010 (prescrição trienal - art. 109, inciso VI, do Código Penal).

Considerando-se a prescrição trienal - art. 109, inciso VI, do Código Penal -, em razão da aplicação da pena de seis (6) meses de detenção, a prescrição da pretensão punitiva administrativa ocorreu três (3) anos após a interrupção, ou seja, em 2 de janeiro de 2013.

Fulminada a pretensão punitiva administrativa da Administração, pela prescrição, que fica reconhecida, e, por consequência, declarada a nulidade do ato coator, a Portaria n. 1.055, de 1º de junho de 2011, e cassados todos os seus efeitos.

Segurança concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a segurança nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.” Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Assusete Magalhães, Sérgio Kukina e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Compareceu à sessão, o Dr. Lucas Aires Bento Graf, pelo impetrante.

Brasília (DF), 10 de dezembro de 2014 (data do julgamento).

Ministra Marga Tessler (Juíza Federal convocada do TRF 4ª Região),
Relatora

DJe 16.12.2014

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Marga Tessler (Juíza Federal convocada do TRF 4ª Região): Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por Renê de Oliveira Garcia Júnior contra o ato do Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União, a Portaria n. 227, de 5.2.2014, publicada no D.O.U. 6.2.2014, que lhe aplicou a penalidade de conversão de exoneração do cargo de Superintendente da SUSEP - Superintendência de Seguros Privados em destituição do cargo em comissão (fora nomeado Superintendente em março de 2003 e, em agosto de 2007, teve acolhido o seu pedido de exoneração).

A referida Portaria n. 227/2014 resultou expedida em face do Processo Administrativo Disciplinar n. 00190-012172-2011-41, deflagrado pela Portaria n. 1.055, de 1º de junho de 2011, e visava à apuração “de eventuais responsabilidades administrativas constantes dos Processos n. 0019.024803/2005-11 e 00190.008502/2011-50, bem como “proceder ao exame de outros fatos, atos e omissões que porventura venham a ser identificados no curso de seus trabalhos e que guardam conexão com o objeto presente” (fls. 26-27).

A notificação prévia, a si endereçada, expressamente indicou o propósito de “notificá-lo de que encontra-se na situação de acusado, tendo em vista a

reinstauração do Processo Disciplinar constituído pela Portaria n. 1.597/2008” (fl.).

Após a instrução, o impetrante foi indiciado em face de quatro (4) supostos fatos irregulares, assim descritos:

a) Renê Garcia de Oliveira Júnior, ex-Superintendente da SUSEP, valeu-se do cargo ao substituir Antonio Roberto Nóbrega Teles de Menezes da função de liquidante da empresa Interunion Capitalização pelo senhor Renato Sobrosa Cordeiro, visando beneficiar o ex-controlador Arthur Falk em futuro julgamento perante o Tribunal Regional Federal da 2ª Região. O objetivo de tal substituição teria sido o de autorizar o pagamento de maneira antecipada dos pequenos credores quirografários, detentores de títulos de capitalização “Papa Tudo”, visando melhorar a sua condição perante o Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Resultou enquadrado no artigo 117, inciso IX, da Lei n. 8.112/1990, eis que teria se valido do cargo para proveito pessoal ou de outrem em detrimento da dignidade da função;

b) O segundo fato teria sido que a substituição de Telles de Menezes por Renato Sobrosa Cordeiro teria possibilitado a inserção de informação falsa no Quadro Geral de Credores para beneficiar o controlador, Arthur Falk. O escopo teria sido amenizar-lhe a situação perante o Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Aponta infração ao artigo 107, inciso IX, da Lei n. 8.112/1990.

c) A antes referida substituição, de Telles de Menezes por Sobrosa Cordeiro, teria violado o princípio da eficiência e moralidade, o que teria prejudicado o andamento célere da liquidação. Assim, teria incidido nos artigos 132, inciso V, da Lei n. 8.112/1990, e 101, inciso I, da Lei n. 8.429/1992, e artigo 11, inciso I, da Lei de Improbidade Administrativa.

d) O quarto fato teria sido a prática do crime de prevaricação, pois, ao ser questionado pelo Ministério Público Federal sobre os motivos que levaram à substituição do liquidante da Interunion, informou falsamente que tal se dera por solicitação do Banco Central. Assim, prestou informação que não seria verdadeira e violou o artigo 132, inciso I, da Lei n. 8.112/1990 e o artigo 319 do Código Penal. O Relatório Final afastou os fatos 2 (dois) e 3 (três) e o condenou pelos 1º (primeiro) e 4º (quarto) fatos com a aplicação da restrição do art. 137, parágrafo único, da Lei n. 8.112/1990 e condenando em razão da suposta infração aos artigos 117, inciso IX, e 132, inciso I, da Lei n. 8.112/1990.

Notícia que, no âmbito administrativo, foi submetido a duas (2) sindicâncias investigativas e a três (3) processos administrativos disciplinares, a saber:

a) *1ª Sindicância Investigativa n. 15414.003253/2006-44 SE/MF*, constituída em 14 de setembro de 2007, por força da Portaria MF n. 394, a com o objetivo de “investigar a pertinência da acusação de que o Sr. Renê de Oliveira Garcia Júnior, no exercício do cargo de Superintendente da SUSEP (Superintendência de Seguros Privados), teria agido, em conluio com o Sr. Renato Sobrosa Cordeiro, para produzir fatos que favoreceriam a defesa do Sr. Artur de Osório Marques Falk, em processo que tramita no Poder Judiciário” (fl. 7, item 24);

b) *2ª Sindicância Administrativa n. 15414.003253/2006-44 SE/MF*, instaurada em 17 de junho de 2008, pela Portaria n. 180, composta por integrantes da Secretaria Executiva do Ministério da Fazenda, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e do Banco Central, com o propósito de apurar, entre outros pontos, “2.3 Suposto conluio entre acionistas da Interunion Capitalização S/A, o ex- superintendente da SUSEP – Renê de Oliveira Garcia Junior e o Liquidante – Renato Sobrosa Cordeiro (...) 2.5. Demissão do ex-liquidante – Antonio Nóbrega Telles de Menezes, supostamente, em decorrência de resistência a pleitos indevidos com relação à condução do processo de liquidação (...) 2.7 Suspeição que o liquidante – Renato Sobrosa Cordeiro, teria sido nomeado com o intuito de favorecer defesa judicial de acionista da Interunion Capitalização S/A(...)” (fl. 11);

c) *1º Processo Administrativo Disciplinar n. 00190.0026803/2009-41*, foi instaurado pela Controladoria-Geral da União, em 13 de agosto de 2009, Portaria n. 1.597, D.O.U. e teve ampliado o âmbito dos trabalhos anteriores com vista à “apuração de eventuais responsabilidades administrativas constantes dos Processos n. 00190.004610/2006-96 e 15414.003253/2006-44, bem como proceder ao exame de outros fatos, ações e omissões que porventura venham a ser identificados no curso de seus trabalhos e que guardem conexão com o objeto presente” (fls. 17-18);

d) *2º Processo Administrativo Disciplinar n. 00190.0008502/2011-50*, foi instaurado mediante Portaria n. 552, de 18 de março de 2011, com o escopo de apurar “eventuais responsabilidades administrativas constantes do Processo n. 00190.026803/2009-41 bem como proceder ao exame de outros fatos, ações e omissões que porventura venham a ser identificados no curso de seus trabalhos e que guardem conexão com o objeto presente.” (fl. 23);

e) *3º Processo Administrativo Disciplinar n. 00190-012173/2011-41*, instaurado mediante Portaria n. 1.055, de 1º de junho de 2011, com nova

“Comissão de Processo Administrativo Disciplinar visando à apuração de eventuais responsabilidades administrativas constantes dos Processos n. 00190.026803/2009-41 e 00190.008502/2011-50, bem como proceder ao exame de outros fatos, ações e omissões que porventura venham a ser identificados no curso de seus trabalhos e que guardem conexão com o objeto presente.” (fls. 26-27).

As duas sindicâncias investigativas concluíram pela ausência de evidências sobre a prática das infrações administrativas em comento. Mesmo assim, teve aberto contra si o Processo Administrativo Disciplinar n. 00190.0026803/2009-41, pela Controladoria-Geral da União, em 13 de agosto de 2009, pela Portaria n. 1.597, com a seguinte redação:

O Corregedor-Geral da Controladoria-Geral da União, no uso da competência que lhe conferem os inciso III e IV, artigo 15, Anexo I do Decreto n. 5.683, de 24 de janeiro de 2006; os artigos 43, inciso V, e 81, inciso II, da Portaria CGU n. 570, de 11 de maio de 2007; e tendo em vista o disposto nos artigos 143 e 152 da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, resolve:

N. 1.597 - Art. 1º. Designar *Miguel Ferreira Peres*, Procurador Federal, matrícula SIAPE n. 0769133; *Walter Godoy Neto*, Analista de Finanças e Controle, matrícula SIAPE n. 1538413; e *Jarildo de Almeida Queiroz*, Analista de Finanças e Controle, matrícula SIAPE n. 1537674, para, sob a presidência do primeiro, constituírem Comissão de Processo Administrativo Disciplinar visando à apuração de eventuais responsabilidades administrativas constantes dos Processos n. 00190.004610/2006-96 e 15414.003253/206-34, bem como proceder ao exame de outros fatos, ações e omissões que porventura venham a ser identificados no curso de seus trabalhos e que guardem conexão com o objeto presente. (fl. 434).

O fato que gerou as duas sindicâncias, antes referidas, foi um só, e sempre o mesmo: de ter, o impetrante, em 05 de julho de 2006, na condição de Superintendente da SUSEP, destituído da função de Liquidante, o senhor Antonio Roberto Nóbrega Telles de Menezes, servidor do Banco Central, e nomeado o senhor Renato Sobrosa Cordeiro. O ato de destituição foi publicado pela Portaria SUSEP n. 2.479, de 05 de julho de 2006, tornando-se público a partir daí.

O primeiro processo administrativo disciplinar, embora a conclusão a que chegaram os inquéritos, foi aberto em 13 de agosto de 2009, e ampliou o aspecto investigativo para mencionar que destinava-se também “a proceder ao exame de outros fatos, ações e omissões que porventura venham a ser identificados no curso de seus trabalhos e que guardem conexão com o objeto presente” (fl. 434).

Tal Processo Administrativo Disciplinar n. 00190.0026803/2009-41 foi concluído por relatório de mais de noventa (90) laudas, em maio de 2010, no sentido de que não havia elementos ou provas que comprometessem a lisura profissional do impetrado e de Renato Sobrosa.

Em que pese as conclusões da Comissão Investigativa, e nem a manifestação final da digna autoridade na forma do artigo 167, § 4º, c.c. o artigo 168 da Lei n. 8.112/1990, em 23 de fevereiro de 2011, sobreveio despacho no sentido de que petições do Ministério Público contendo informação sobre ação penal e de improbidade contra si movidas, seria precipitado o arquivamento. Naquele momento, decidiu-se pela instauração do novo Processo Administrativo Disciplinar. Tal novo PAD, com nomeação de nova comissão, foi instaurado em 18 de março de 2011, o PAD n. 00190.008502/2011-50, e, sem ao menos cientificá-lo, citá-lo para defesa, propôs a aplicação da pena de conversão da exoneração em pena de demissão (art. 132, inciso I, da Lei n. 8.112/1990). Após tão evidente agressão ao devido processo legal, a própria Controladoria-Geral da União anulou o referido segundo PAD n. 00190.008502/2011-50, em razão dos vícios insanáveis.

Em 1º de junho de 2011, pela Portaria CGU n. 1.055, foi instalada contra si a terceira Comissão de Processo Disciplinar, que visava à apuração de eventuais responsabilidades constantes dos Processos Administrativos Disciplinares n. 00190.026803/2005-41 e 00190.008502/2011-50, bem como proceder ao exame de outros fatos, ações e omissões que porventura viessem a ser identificados. Foi notificado, tendo em vista a reinstauração do PAD constituído pela Portaria n. 1.597/2008 (fl. 434). A referida Comissão de Processo Disciplinar entendeu pela subsistência de duas (2) das quatro (4) imputações, qual sejam, a 1ª (primeira) e a 4ª (quarta). A Assessoria Jurídica rejeitou a prejudicial de prescrição, feita em razões finais, acatando o relatório final. Encaminhado à autoridade coatora, em 5 de janeiro de 2014, esta aplicou-lhe a penalidade ora combatida. Assim agindo, teria incidido em ilegalidade manifesta. Acolheu evidente perseguição de que foi vítima, bem como desconsiderou fato novo, qual seja, o acolhimento de revisão criminal.

Invoca o artigo 142, inciso I, da Lei n. 8.112/1990, que estabelece a prescrição quinquenal da ação disciplinar. Afirmar que o ato apontado como violador dos deveres funcionais, qual seja, a destituição do liquidante, ocorreu em 5 de julho de 2006, ocasião em que foi publicado. A prescrição se consumou em 5 de julho de 2011, ou, na melhor hipótese para a Administração, em

14 de setembro de 2012, quando cumpridos cinco (5) anos da instalação da primeira Comissão de Sindicância Investigativa. Por outro lado, em 15 de agosto de 2008, no Relatório Final, a Comissão tomou ciência da Ação Penal n. 2008.51.01.8026656-1 (prevaricação).

Neste momento, de acordo com o § 2º do artigo 142 da Lei n. 8.112/1990, aplicam-se os prazos de prescrição da Lei Penal. Houve sentença penal condenatória e, em assim sendo, a pena em concreto foi fixada em 6 (seis) meses de detenção (Processo n. 2008.51.01.80656-1). O prazo de prescrição se computa pela sanção em concreto aplicada nos termos dos artigos 109 e 110 do Código Penal. A hipótese em tema é de prescrição trienal. Ao tempo do fato imputado, 5.7.2006, o artigo 109 do Código Penal regulava a rescrição em dois (2) anos, se o máximo da pena fosse inferior a um ano. A pretensão condenatória, na esfera administrativa, estava fulminada em 13 de agosto de 2011, o ato coator é de 6.2.2014.

Ressalta que a condenação criminal versava sobre a conduta típica da prevaricação - artigo 319 do Código Penal Brasileiro - que seria decorrente de alegada informação inverídica ao Ministério Público Federal, em ofício sobre os motivos da destituição do liquidante Telles Menezes. Assim, o fato é um e só aquele da destituição do referido liquidante, não havendo autonomia da suposta infração administrativa em relação ao suposto crime de prevaricação.

Sublinha que, como fato novo, foi desconsiderado que a condenação criminal, mesmo cumprida pelo impetrante, não subsiste no tempo em face da Revisão Criminal (acórdão anexo). Tece consideração em torno da circunstância de de ser discricionário o ato de destituição do liquidante. Não haver provas de qualquer proveito pessoal seu ou de outrem. Não existiu qualquer benefício a acionistas. Em momento algum é traçada minimamente em que a destituição teria afrontado a dignidade da função pública. Há evidente ilegalidade e perseguição ao impetrante com imputações renovadas e fatiadas, em afronta ao “*ne bis in idem*”. A pena imposta lhe acarreta ilegal e perpétua restrição na vida profissional e acadêmica. Houve abusividade na reiteração e condução dos PADs. Pediu liminar. Reiterou petitório noticiando o descumprimento, comprovando-o com ata notarial (fls. 718-745).

Liminar concedida pelo eminente Ministro Ari Pargendler, em 24 de junho de 2014 (fls. 642-643).

A digna autoridade prestou informações (fls. 650-690), afastando a alegação de prescrição. Reconhece a condenação criminal concretizada em 6

(seis) meses de detenção pela prevaricação mas havia mais imputações no citado PAD, conforme constara a fl. 81 do Relatório Final.

Reconhece que o PAD em questão é um “desdobramento” dos PADs n. 00190.026803/2009-41 e 00190.008502/2011-50, mas tinha ainda o escopo de proceder ao exame de outros fatos e omissões a serem identificados. Seria autônomo e distinto dos anteriores. A prescrição só se operará em 2016. A jurisprudência permite a utilização da prova emprestada no âmbito do PAD. Não houve demonstração de prejuízo ao impetrante.

A via eleita é inadequada. O impetrante afastou Telles de Menezes para beneficiar Arthur Falk. A sentença penal não produziu efeitos na esfera administrativa. A vedação de retorno ao serviço público do art. 137 da Lei n. 8.112/1990 não caracteriza penalidade perpétua.

O parecer ministerial (fls. 700-710) de lavra do douto Subprocurador-Geral da República Dilton França secunda a manifestação da digna autoridade. Afasta a alegação da prescrição. O prazo começa a correr por inteiro após 140 (cento e quarenta) dias da instauração do último PAD. O impetrante valeu-se do cargo em detrimento da dignidade da função pública.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Marga Tessler (Juíza Federal convocada do TRF 4ª Região) (Relatora): O ponto fulcral da questão debatida no presente mandado de segurança cinge-se à análise da ocorrência do instituto da prescrição da pretensão punitiva administrativa.

Para melhor se situar a questão, necessário rememorar-se os fatos.

Em apertada síntese, o impetrante, no exercício do cargo de Superintendente da Superintendência de Seguros Privados - SUSEP, no âmbito administrativo, foi submetido a duas (2) sindicâncias investigativas e a três (3) processos administrativos disciplinares, a saber:

a) *1ª Sindicância Investigativa n. 15414.003253/2006-44 SE/MF*, constituída em 14 de setembro de 2007, com o objetivo de “investigar a pertinência da acusação de que o Sr. Renê de Oliveira Garcia Júnior, no exercício do cargo de Superintendente da SUSEP (Superintendência de Seguros Privados), teria agido, em conluio com o Sr. Renato Sobrosa Cordeiro, para

produzir fatos que favoreceriam a defesa do Sr. Artur de Osório Marques Falk, em processo que tramita no Poder Judiciário” (fl. 7, item 24);

b) **2ª Sindicância Administrativa n. 15414.003253/2006-44 SE/MF**, instaurada em 17 de junho de 2008, pela Portaria n. 180, composta por integrantes da Secretaria Executiva do Ministério da Fazenda, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e do Banco Central, com o propósito de apurar, entre outros pontos, “2.3 Suposto conluio entre acionistas da Interunion Capitalização S/A, o ex- superintendente da SUSEP – Renê de Oliveira Garcia Júnior e o Liquidante – Renato Sobrosa Cordeiro (...) 2.5. Demissão do ex-liquidante – Antonio Nóbrega Telles de Menezes, supostamente, em decorrência de resistência a pleitos indevidos com relação à condução do processo de liquidação (...) 2.7 Suspeição que o liquidante – Renato Sobrosa Cordeiro, teria sido nomeado com o intuito de favorecer defesa judicial de acionista da Interunion Capitalização S/A(...)” (fl. 11);

c) **1º Processo Administrativo Disciplinar n. 00190.0026803/2009-41**, foi instaurado pela Controladoria-Geral da União, em 13 de agosto de 2009, Portaria n. 1.597, D.O.U. e teve ampliado o âmbito dos trabalhos anteriores com vista à “apuração de eventuais responsabilidades administrativas constantes dos Processos n. 00190.004610/2006-96 e 15414.003253/2006-44, bem como proceder ao exame de outros fatos, ações e omissões que porventura venham a ser identificados no curso de seus trabalhos e que guardem conexão com o objeto presente” (fls. 17-18);

d) **2º Processo Administrativo Disciplinar n. 00190.0008502/2011-50**, foi instaurado mediante Portaria n. 552, de 18 de março de 2011, com o escopo de apurar “eventuais responsabilidades administrativas constantes do Processo n. 00190.026803/2009-41 bem como proceder ao exame de outros fatos, ações e omissões que porventura venham a ser identificados no curso de seus trabalhos e que guardem conexão com o objeto presente.” (fl. 23);

e) **3º Processo Administrativo Disciplinar n. 00190-012173/2011-41**, instaurado mediante Portaria n. 1.055, de 1º de junho de 2011, com nova “Comissão de Processo Administrativo Disciplinar visando à apuração de eventuais responsabilidades administrativas constantes dos Processos n. 00190.026803/2009-41 e 00190.0008502/2011-50, bem como proceder ao exame de outros fatos, ações e omissões que porventura venham a ser identificados no curso de seus trabalhos e que guardem conexão com o objeto presente.” (fls. 26-27).

Importa salientar, ainda, que, em relação às Sindicâncias Investigativas e aos Processos Administrativos Disciplinares, a conclusão das respectivas Comissões Processantes foram as seguintes:

a) **1ª Sindicância Investigativa n. 15414.003253/2006-44**, constituída em 14 de setembro de 2007, por força da Portaria MF n. 394:

6. *Conclusão* A demissão do Sr. Antonio Nóbrega Telles de Menezes da função de Liquidante da Interunion Capitalização S/A foi ato de gestão praticado no âmbito das atribuições do Superintendente da SUSEP, mesmo que cercado por circunstâncias indicadoras de controvérsias, nas explicações utilizadas pela Autarquia, para justificar sua decisão.

Nesse sentido, foi a decisão proferida nos autos do Agravo Interno interposto no Processo n. 2007.02.01.000621-9, perante o Tribunal Regional Federal da Segunda Região, segundo a qual não se vislumbra a prática de atos por parte de Renê de Oliveira Garcia que justificasse a manutenção de seu afastamento das funções de Superintendente, uma vez que os atos praticados eram discricionários e inerentes à sua função. Com efeito, ainda na decisão de 1º Grau, o MM. Juiz da Segunda Vara Federal, quando do recebimento da ação civil, indeferiu o afastamento liminar do Superintendente.

Cumpra, por oportuno, esclarecer que a referida ação civil pública (2006.51.01.014878-4-46006) resta pendente de julgamento.

A Comissão não teve como avaliar a questão relacionada com a inserção de expressão explicitando que os ativos da massa liquidanda eram suficientes para liquidação dos créditos habilitados pelo fato de que a complexidade da questão requereria análise mais aprofundada dos procedimentos aplicáveis ao processo de liquidação a cargo da Autarquia, situando-se fora do escopo de atuação estabelecido para a condução dos trabalhos.

Também não foi possível identificar fatos que corroborem as denúncias de existência de vínculos ou de conluio entre Renê de Oliveira Garcia Júnior, Renato Sobrosa Cordeiro e Artur Osório Marques Falk, capazes de comprometer a legitimidade da atuação de Renato Sobrosa como Liquidante de Interunion Capitalização S/A.

Por outro lado, não se consumou a tentativa de reabrir a Comissão de Inquérito e de certa forma tiveram eficácia os termos do Ofício Interunion n. 289, com o arquivamento final do processo que tratava do pedido de revisão das conclusões da Comissão de Inquérito.

Ressaltamos que os trabalhos da Comissão ficaram restritos a investigar se o Superintendente da SUSEP, Sr. Rene de Oliveira Garcia Júnior, praticou atos, em conluio com o Sr. Renato Sobrosa Cordeiro, que pudessem favorecer os interesses de Artur Osório Marques Falk, em detrimento dos interesses da Massa, representada pela Interunion Capitalização.

Assim, a Comissão, tendo compulsado a documentação disponível nos autos do presente processo e os demais elementos obtidos em contatos com a SUSEP, inclusive com seus técnicos e executivos da Autarquia, não localizou atos praticados pelo Sr. Renê de Oliveira Garcia Júnior, no exercício da função de Superintendente da SUSEP, que pudessem ser classificados contrários aos interesses da massa liquidanda da Interunion Capitalização S/A.

No entanto, consideramos relevante ressaltar que a Comissão não aprofundou análise de questões relativas ao processo liquidatório a cargo da SUSEP, principalmente no que diz respeito às características do Aviso contendo a inserção atípica no quadro de credores, bem como quanto à pertinência da tentativa de reabertura da Comissão de Inquérito face às repercussões que a medida poderia acarretar e ainda quanto ao acerto da publicação do Quadro Geral de Credores da Massa da liquidanda Interunion Capitalização S/A sem a inclusão dos créditos representativos dos títulos denominados Papatudo, por entender que trabalho com essa abrangência se situa na esfera de competência dos órgãos de controle.

Com essas observações, apresentamos o presente Relatório à deliberação superior, sugerindo encaminhamento de cópia do processo à CGU. (fls. 142-144).

b) *2ª Sindicância Administrativa n. 15414.003253/2006-44 SE/MF*, instaurada em 17 de junho de 2008, pela Portaria n. 180:

8. *Conclusão* A presente Comissão desenvolveu seus trabalhos investigatórios com foco em esclarecer as denúncias apresentadas no âmbito do Processo de Liquidação Extrajudicial de Interunion Capitalização S/A, liquidação essa, sob a supervisão da Superintendência de Seguros Privados - SUSEP.

A denúncia inaugural foi apresentada pelo Sr. João José Ferreira Filho, através da Notificação Extrajudicial de 10.7.2006, junto ao Sr. Renê de Oliveira Garcia Júnior, Superintendente da SUSEP à época, tendo como fato motivador a substituição do liquidante da massa à época, Sr. Antonio Roberto Nóbrega Telles de Menezes. Registra-se que o Sr. João José Ferreira Filho encaminhou nova correspondência ao titular da SUSEP, em 13.7.2006, retratando-se da representação apresentada em 10.7.2006, onde solicita que se desconsidere os termos contidos na citada notificação, bem como solicita a devolução do documento, ou, na impossibilidade do atendimento, que seja o mesmo arquivado naquela Autarquia.

Calcado na Notificação extrajudicial acima citada, o Sr. Antonio Roberto Nóbrega Telles de Menezes, já na condição de ex-liquidante, apresenta, ao Conselho Diretor da SUSEP, em 11.7.2006, com posterior reiteraões, um conjunto de denúncias envolvendo o acionista Artur Osório Marques Falk, o Sr. Renato Sobrosa Cordeiro e o Sr. Renê de Oliveira Garcia Júnior, sintetizadas no item 2 deste Relatório.

A Comissão optou por dar continuidade ao processo constituído a partir da denúncia inaugural, retro mencionada (Processo n. 15414.003253/2006-44), objetivando manter nos mesmos autos toda a sequência documental que retrata os atos e fatos ocorridos no âmbito das denúncias postuladas inerentes ao processo de liquidação extrajudicial de Interunion Capitalização S/A.

Registra-se que os autos, atualmente formados por dez volumes, trazem em seu bojo as diversas denúncias movidas contra as partes envolvidas, merecendo destaque que a maioria das denúncias apresentam-se no campo das suposições, com insuficiência de provas cabais que permitam um juízo de valor mais acentuado.

A Comissão adotou, como procedimento de instrução processual, leitura de toda a documentação já acostada aos autos, como também a interação com outros órgãos da Administração Pública, tais como SUSEP, Banco do Brasil, Controladoria-Geral da União - CGU-PR e a Ouvidoria-Geral do Ministério da Fazenda, e, por fim, procedeu a oitiva das pessoas relacionadas no item deste Relatório.

Vale um destaque especial, que o assunto objeto das denúncias ora investigadas encontra-se sob o crivo do Poder Judiciário, através de diversos processos judiciais em trânsito na Justiça Federal, na forma disposta no item 6 deste Relatório. Em tempo, cabe esclarecer que o Banco Central do Brasil também examinou o assunto em comento, por meio da instauração de Processo Administrativo Disciplinar contra o ex-liquidante Antonio Roberto Nóbrega Telles de Menezes, conforme citada no item 4.4 deste Relatório.

O posicionamento desta Comissão encontra-se expresso no item 7 e seus respectivos subitens 7.1 a 7.13. Tal posicionamento foi construído com os elementos alcançados pela Comissão, não obstante a existência de outros que poderiam influenciar as manifestações. Mas, deve-se consignar que o nosso posicionamento está lastreado em fatos comprovados. A Comissão optou por não criar juízo de valor, evitando induzir a autoridade superior à tomada de decisão sem o correspondente subsídio, nos casos em que não foi possível confirmar as suposições acerca de acontecimentos reputados como irregulares, apesar de não haver olvidado nenhum esforço no intuito de buscar comprovação de tais fatos.

Considerando a definição desta Comissão registrada no item deste Relatório, sem a intenção de “acusar”, da análise processual a Comissão identificou pontos que podem ser identificados como Inobservância de Normativos, ocorridos no âmbito da SUSEP, tais como:

- Aprovação do Aviso do Quadro de Credores Provisório;

Constatou-se que foi aprovado pela SUSEP o Aviso do Quadro de Credores Provisório da Interunion Capitalização S/A - em processo de liquidação extrajudicial, o qual continha créditos sem a devida consistência legal para ali figurarem. No mais, a Comissão não identificou prejuízo decorrente de tal

ato, uma vez que o liquidante à época tomou providências para a correção da situação-problema, incentivado pela própria SUSEP.

Registra-se que, no âmbito do Processo Administrativo Disciplinar, instaurado pelo Banco Central do Brasil, contra o Sr. Antonio Roberto Nóbrega Telles de Menezes, esse ato foi imputado com responsabilidade ao syndicado.

(...)

Sugerimos o exame pela Controladoria-Geral da União - CGU/PR, sobre os atos e fatos inerentes a denúncia de supostos indícios de ocorrência de crime de lavagem de dinheiro, onde contas bancárias destinadas ao recebimento de créditos bancários pela Interunion Capitalização S/A estariam sendo utilizadas com outras finalidades, nas gestões dos senhores Antônio Roberto Nóbrega Telles de Menezes e Renato Sobrosa Cordeiro (Ag. 0183-X – c/c 8409-3 - Banco do Brasil). Ato contínuo, caso seja identificada a pertinência da denúncia, o assunto pode, se for o caso, ser levado ao crivo do Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF/MF, órgão responsável pela apuração de ilegalidades dessa natureza.

Ato contínuo, após as sugestões ora apresentadas, se entender a autoridade instauradora a necessidade aprofundar a investigação dos fatos, seria sugestivo a instauração de processo administrativo. (fls. 158-207).

c) *1º Processo Administrativo Disciplinar n. 00190.0026803/2009-41*, instaurado pela Controladoria-Geral da União, em 13 de agosto de 2009, Portaria n. 1.597, D.O.U. de 14.8.2009:

Assim, com base nos depoimentos das testemunhas e ancorado nos documentos carreados aos autos ao longo deste Processo Administrativo Disciplinar, verificou-se que não há elementos ou provas que comprometam a lisura profissional dos acusados Renê de Oliveira Garcia Júnior e Renato Sobrosa Cordeiro, razão pela qual não há como se concluir pela existência das irregularidades que foram apontadas que pudessem levar ao convencimento desta Comissão a manifestar-se pela culpabilidade dos acusados.

Dessa forma, propõe-se à autoridade julgadora, o arquivamento do presente Processo Administrativo Disciplinar, pelas razões expostas ao longo deste. (fls. 444-536).

d) *2º Processo Administrativo Disciplinar n. 00190.0008502/2011-50*, instaurado mediante Portaria n. 552, de 18 de março de 2011, D.O.U. de 23 de março de 2011, que concluiu pela instauração de procedimentos contra diversos funcionários, e “entendeu que o Sr. Renato Sobrosa Cordeiro deve, como ocupante da função de liquidante, responder pelos seus atos nas esferas civil e penal, conforme a Lei n. 6.024, de 13 de março de 1974” e se declarou

“incompetente para processar o Sr. Renato Sobrosa Cordeiro, quando ex-liquidante da Interunion Capitalização S/A”. Quanto ao impetrante, sugeriu a Comissão Processante que se convertesse “a exoneração do servidor público federal, Sr. Renê de Oliveira Garcia Júnior - ocorrida em 20 de agosto de 2007, publicada no DOU n. 161, Seção 2, página 1, de 21 de agosto de 2007-, em destituição do cargo de Superintendente da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), nos termos do art. 132, inciso I c.c. o art. 127, inciso V, ambos da Lei n. 8.112/1990, à vista de sentença penal, exarada em 24 de setembro de 2008 pela Juíza Valéria Caldi Magalhães, transitada em julgado em 31 de maio de 2010, após desprovimento de agravo regimental no Agravo de Instrumento n. 769.352, no Supremo Tribunal Federal, que confirmou a condenação do referido servidor por crime de prevaricação, a teor dos autos do Processo n. 2008.51.01.802656-1, originário do 8º Juizado Especial Adjunto à 8ª Vara Federal Criminal, Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro” (relatório - fls. 549-625 [conclusão - fls. 599-600]).

Entretanto, a Assessoria Jurídica da Corregedoria-Geral da União apontou vários gravames, cometidos pela Comissão Processante, no supradito Processo Administrativo Disciplinar, entre os quais o de furtar-se “de realizar a investigação necessária nos processos judiciais relacionados a lide disciplinar”, “a não notificação das partes, acerca de sua constituição”, ocorrendo “a violação de um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito que é a integração do particular na esfera pública, de acordo com o que as normas jurídicas preestabeleceram”, que precipitou-se em “sugerir a abertura de processo disciplinar em face dos servidores do BACEN e SUSEP, sem o embasamento adequado para a instauração, ou seja, sem provas convincentes e sem fortes indícios da ocorrência de ilícito disciplinar”, igualmente em relação “a questão da instauração de sindicância patrimonial”, e sugeriu que o Processo Administrativo Disciplinar fosse “acoimado de *nulidade*, com base no art. 169 da Lei n. 8.112/1990, em razão dos vícios insanáveis constatados nos autos” (fl. 628).

Diante dessa conclusão, o Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União, interino, declarou nulo o Relatório Final da Comissão Processante, acatando a manifestação da Assessoria Jurídica da Corregedoria-Geral da União, “por entender que a demanda foi acoimada de vício insanável, em razão da não concretização do contraditório nos autos”, mas determinou a instauração de novo processo administrativo disciplinar (fls. 627-630).

e) **3º Processo Administrativo Disciplinar n. 00190-012173/2011-41**, instaurado mediante Portaria n. 1.055, de 1º de junho de 2011, D.O.U. de 3 de junho de 2011, onde a Comissão Processante concluiu, “enquadrando a conduta do indiciado no artigo 132, I, d Lei n. 8.112/1990, em razão da doutrina e jurisprudência estar vinculada a uma condenação transitada em julgado pretérita”, qual seja, a “proferida pelo 8º Juizado Especial Adjunto à 8ª Vara Federal Criminal Processo n. 2008.51.01.802656-1”, e que a perda do cargo somente pode ocorrer em condenação “por crime contra a Administração a pena maior ou igual a 1 (um) ano”, sendo que, no caso de “pena inferior a um ano ou, ainda, não estando expressa na peça condenatória, caberá à Administração a instauração de processo disciplinar assegurada ampla defesa e contraditório”, pela responsabilização do impetrante, com a conversão de “sua exoneração do cargo em comissão em destituição, nos termos do artigo 135, parágrafo único da Lei n. 8.112/1990, por infringência do artigo 117, IX, da Lei n. 8.112/1990, e 132, I, do mesmo diploma legal, aplicando-se a restrição prevista no artigo 137, parágrafo único do Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Federais” (relatório - fls. 262-322 [conclusão do relatório - fls. 321-322]).

No que se refere aos ilícitos administrativos, praticados por qualquer agente público, servidor ou não, causadores de prejuízo ao erário, a Constituição da República, no § 5º do artigo 37 contém determinação sobre os prazos de prescrição, *verbis*: “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”.

Em cumprimento à essa determinação constitucional, o estatuto dos servidores públicos federais - a Lei n. 8.112/1990, e que rege a aplicação das sanções disciplinares a esses servidores, assim dispõe quanto à prescrição:

Art. 142. A ação disciplinar prescreverá:

I - em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão;

II - em 2 (dois) anos, quanto à suspensão;

III - em 180 (cento e oitenta) dias, quanto à advertência.”

§ 1º O prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido.

§ 2º Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime.

§ 3º A abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente.

§ 4º Interrompido o curso da prescrição, o prazo começará a correr a partir do dia em que cessar a interrupção.

Consoante o disposto no dispositivo legal supra transcrito, para efeito de contagem do prazo prescricional, a situação do impetrante enquadra-se na hipótese do inciso I, porquanto lhe foi aplicada a pena de conversão de sua exoneração em destituição do cargo em comissão (fl. 120).

Por outro lado, a situação do impetrante também enquadra-se na hipótese do § 2º do artigo 142 da Lei n. 8.112/1990, em razão de sua condenação criminal, na qual lhe foi aplicada a pena de seis (6) meses de detenção, na Ação Penal que contra si foi promovida (fls. 89-115).

Examinados ambos os enquadramentos, temos que, em razão da condenação criminal do impetrante - 6 (seis) meses de detenção -, o prazo prescricional da pretensão punitiva aplicável obedece a disposição do artigo 109, inciso VI, do Código Penal, qual seja, a de que regula-se “em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano. (Redação dada pela Lei n. 12.234, de 2010)”.

Nesse passo, a análise da prescrição da pretensão punitiva administrativa passa por dois (2) marcos iniciais, quais sejam, o administrativo e o penal.

Examinando-se o marco prescricional administrativo, ocorrem duas (2) hipóteses de contagem do prazo prescricional: (1) se considerada a *data de destituição* do então liquidante da liquidação extrajudicial, Sr. Antonio Roberto Nóbrega Telles de Menezes, - 5 de julho de 2006 -, temos que a *prescrição da pretensão punitiva administrativa* ocorreria em 5 de julho de 2011; (2) se considerada a *constituição da 1ª (Primeira) Sindicância Investigativa* - 14 de setembro de 2007, a *prescrição da pretensão punitiva administrativa* consumar-se-ia em 14 de setembro de 2012.

No caso do marco prescricional penal - hipótese do § 2º do artigo 142 da Lei n. 8.112/1990 -, regulado “em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano. (Redação dada pela Lei n. 12.234, de 2010)”, em obediência à disposição do artigo 109, inciso VI, do Código Penal, temos que a 2ª (Segunda) Sindicância Investigativa, instaurada em 17 de junho de 2008, cujo Relatório Final foi apresentado em 15 de agosto de 2008, teve pleno conhecimento da Ação Penal que foi promovida pelo Ministério Público Federal em face do impetrante.

Assim, nessa Ação Penal, a pena em concreto foi fixada em seis (6) meses de detenção, transitada em julgado em 31 de maio de 2010 perante o Supremo Tribunal Federal. Da combinação do artigo 142 com o artigo 109, inciso VI, o artigo 110, § 1º, e 112, inciso I, do Código Penal, surge que o prazo prescricional é trienal.

Como a contagem do prazo teve início na data em que o fato se tornou conhecido (cf. § 1º do art. 142 da Lei n. 8.112/1990) - a Primeira (1ª) Sindicância Investigativa foi instaurada em 14 de setembro de 2007, pela Portaria n. SE/MF 304, a prescrição se consumou em 14 de setembro de 2010 (prescrição trienal - art. 109, inciso VI, do Código Penal).

Doutro lado, considerando que a prescrição foi interrompida com o 1º (Primeiro) Processo Administrativo Disciplinar n. 00190.0026803/2009-41, pela Controladoria-Geral da União, em 13 de agosto de 2009, o curso da prescrição seria retomado após cento e quarenta (140) dias, na forma do § 3º do artigo 142 c.c. os artigos 152 e 167 da Lei n. 8.112/1990, em 2 de janeiro de 2010.

Considerando-se a prescrição trienal - art. 109, inciso VI, do Código Penal -, em razão da aplicação da pena de seis (6) meses de detenção, a prescrição da pretensão punitiva administrativa ocorreu três (3) anos após a interrupção, ou seja, em 02 de janeiro de 2013.

Seja por ângulo ou por outro, o instituto da prescrição alcançou a pretensão punitiva administrativa.

Ante o exposto, fulminada está a pretensão punitiva administrativa da Administração, pela prescrição, que fica reconhecida, e, por consequência, declaro a nulidade do ato coator, a Portaria n. 1.055, de 1º de junho de 2011, e cassados todos os seus efeitos.

RECURSO ESPECIAL N. 1.361.900-SP (2013/0011728-3)

Relator: Ministro Benedito Gonçalves
Recorrente: Marcelo Sanches Moreno
Advogado: Ricardo Soares Caiuby e outro(s)

Recorrido: Conselho Regional de Educação Física do Estado de São Paulo
Advogados: Cláudio Araújo Pinho e outro(s)
Jonatas Francisco Chaves e outro(s)

EMENTA

Processual Civil e Administrativo. Recurso especial representativo de controvérsia. Art. 543-C do CPC. Conselho Regional de Educação Física. Profissional formado em educação física na modalidade de licenciatura de graduação plena. Impossibilidade de atuar na área destinada ao profissional que concluiu o curso na modalidade de bacharelado.

1. Caso em que se discute se o profissional formado em educação física, na modalidade licenciatura de graduação plena, pode atuar, além de no ensino básico (área formal), em clubes, academias, hotéis, spas, dentre outros (áreas não formais)

2. Atualmente, existem duas modalidades de cursos para profissionais de educação física, quais sejam: o curso de licenciatura de graduação plena, para atuação na educação básica, de duração mínima de 3 anos, com carga horária mínima de 2.800 (duas mil e oitocentas) horas/aula; e o curso de graduação/bacharelado em educação física, para atuação em áreas não formais, com duração mínima de 4 anos, com carga horária mínima de 3.200 (três mil e duzentas) horas/aula, conforme estabelecem os arts. 44, II, e 62 Lei n. 9.394/1996, regulamentados pelos arts. 5º do Decreto n. 3.276/1999, 1º e 2º da Resolução CNE/CP n. 2/2002, 14 da Resolução CNE/CES n. 7/2004 e 2º, inciso III, a, c.c. Anexo, da Resolução CNE/CES n. 4/2009.

3. O profissional de educação física o qual pretende atuar de forma plena, nas áreas formais e não formais (sem nenhuma restrição, como pretende, o recorrente), deve concluir os cursos de graduação/bacharelado e de licenciatura, já que são distintos, com disciplinas e objetivos particulares.

4. O curso concluído pelo recorrente é de licenciatura e, por isso mesmo, é permitido que ele tão somente atue na educação básica (escolas), sendo-lhe defeso o exercício da profissão na área não formal,

porquanto essa hipótese está em desacordo com a formação por ele concluída.

5. As Resoluções do Conselho Nacional de Educação foram emitidas com supedâneo no art. 6º da Lei n. 4.024/1961 (com a redação conferida pela Lei n. 9.131/1995), em vigor por força do art. 92 da Lei n. 9.394/1996, sendo certo que tais Resoluções, em momento algum, extrapolam o âmbito de simples regulação, porque apenas tratam das modalidades de cursos previstos na Lei n. 9.394/1996 (bacharelado e licenciatura).

6. Recurso especial parcialmente conhecido (ausência de questionamento) e, nessa extensão, não provido. Acórdão que deve ser submetido ao rito do art. 543-C do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Assusete Magalhães e os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Marga Tessler (Juíza Federal convocada do TRF 4ª Região), Napoleão Nunes Maia Filho, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Herman Benjamin.

Brasília (DF), 12 de novembro de 2014 (data do julgamento).

Ministro Benedito Gonçalves, Relator

DJe 18.11.2014

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Trata-se de recurso especial interposto por Marcelo Sanches Moreno, às fls. 423-432, com arrimo na alínea **a** do permissivo constitucional, contra acórdão oriundo do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, cuja ementa está consignada nos seguintes termos:

Apelação em ação ordinária. Conselho Regional de Educação Física. Inscrição para atuação plena. Impossibilidade. Graduação em licenciatura.

1- A Lei n. 9.696/1998 criou o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Educação Física, com o objetivo maior de fiscalizar as referidas atividades profissionais.

2- Quanto às diretrizes e bases da educação, cuidou a Lei n. 9.394/1996, diferenciando os cursos destinados à formação de professores, conforme as normas do Título VI. Nesse sentido, quem conclui curso credenciado no Ministério da Educação como *licenciatura de graduação plena* poderá atuar profissionalmente apenas no exercício do magistério na educação infantil e nas quatro primeiras séries do ensino fundamental, não estando apto a exercer as atribuições do bacharel ou graduado naquela determinada área do conhecimento.

3- Já o bacharelado destina-se à formação de profissionais que desejem atuar no mercado de trabalho em geral, ou seja, não há nesta modalidade, disciplinas concernentes ao desempenho de atividades voltadas à educação. Por outro lado, estão previstas outras que não se exigem na licenciatura.

4- A inscrição do profissional nos quadros do Conselho Regional de Educação Física deve se dar de acordo com a formação concluída pelo apelante. Logo, tendo cursado licenciatura de graduação plena, a inscrição deve se ater ao exercício profissional previsto no artigo 62 da Lei n. 9.394/1996 e demais disposições legislativas aplicáveis.

5- O histórico escolar do apelante, anexados à fl. 28, mostra que o curso por ele frequentado teve 3 anos de duração, contando com carga horária total de 2.800 horas/aula, haja vista 80 horas/aula serem do trabalho de conclusão de curso e 200 horas/aula de atividades acadêmico, científico e culturais, as quais devem ser excluídas do cômputo total, havendo, por tal razão, impossibilidade de se registrar as apelantes junto ao conselho profissional na forma por elas pretendida.

6- Apelação a que se nega provimento (fls. 420-421).

Noticiam os autos que Marcelo Sanches Moreno, ora recorrente, ajuizou ação ordinária de obrigação de fazer, com requerimento para a antecipação da tutela de mérito, em desfavor do Conselho Regional de Educação Física do Estado de São Paulo, ora recorrido, pretendendo exercer a sua profissão de forma plena, sem a restrição imposta pelo réu.

Nesse sentido, o autor argumentou que concluiu o curso de educação física e, ao receber sua carteira profissional do réu, notou que havia restrição quanto à área de atuação, ou seja, foi autorizado tão somente a atuar no ensino básico (educação infantil, ensino fundamental e ensino médio) e não em todas as área da educação física (atuação plena), como, por exemplo, em academias, clubes

associações e spas, já que o réu considera que o curso concluído por si é de licenciatura de graduação plena em educação física.

Acrescentou que o Conselho réu legislou, de forma indevida, sobre a sua profissão, ao editar a Recomendação n. 5/2005, que criou três tipos de graduação em educação física, quais sejam: (i) licenciatura plena em educação física, criada pelo extinto Conselho Federal de Educação por meio da Resolução n. 03/87, tinha duração de quatro anos e possibilitava a atuação do profissional em qualquer área relativa à educação física; (ii) licenciatura de graduação plena em educação física, criada pela Resolução n. 01/02, do Conselho Nacional de Educação (Conselho Pleno), tem duração de três anos e possibilita que profissional apenas atue no ensino básico (educação infantil, ensino fundamental e ensino médio); (iii) graduação em educação física em nível de graduação plena ou bacharelado, criada pela Resolução n. 07/04, do Conselho Nacional de Educação (Conselho Pleno), tem duração de quatro anos e confere aos formados o direito de exercer a profissão em quase todas as áreas da educação física, com exceção do ensino básico.

Por fim, requereu a condenação do réu na obrigação de fazer consistente na expedição de sua carteira profissional, com autorização para que exerça sua profissão em regime de atuação plena, sob pena de ser imposta multa diária.

O Juízo singular da 8ª Vara Cível da Justiça Federal da 1ª Subseção Judiciária do Estado de São Paulo julgou improcedente a pretensão autoral, com o fundamento de que “[o] profissional formado em licenciatura plena em educação física somente pode atuar como professor de educação física na educação básica, como prevêm os artigos 61 e 62 da Lei n. 9.394/1996, que estão inseridos no título ‘Dos profissionais da Educação’” (fl. 272).

Irresignado, o autor apelou da sentença do Juízo de primeiro grau, sendo certo que seu recurso de apelação não foi provido pelo TRF da Terceira Região, na conformidade da ementa supra.

No bojo do apelo nobre, o recorrente alega que o acórdão recorrido violou o art. 61 da Lei n. 9.394/1996 e os arts. 1º, 2º e 3º da Lei n. 9.96/98, estes por entender que o Conselho recorrido extrapolou suas atribuições, ao criar condicionantes para exercício da educação física, e aquele porquanto inexistente distinção legal entre bacharelado e licenciatura.

Às fls. 437-447, consta recurso extraordinário dirigido ao egrégio Supremo Tribunal Federal.



O recorrido apresentou contrarrazões ao recurso especial, às fls. 458469, e requereu, em sede preliminar, o não conhecimento do apelo nobre em virtude incidência das Súmulas n. 7-STJ e 282, 283 e 356 do STF.

Acaso sejam vencidas as preliminares suscitadas, pugnou pela manutenção do acórdão recorrido.

O recurso especial foi admitido pela corte de origem como representativo de controvérsia (fls. 488-489).

O Ministério Público Federal, em seu parecer de fls. 530-538, opinou pelo não provimento do apelo nobre.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves (Relator): Preliminarmente, impõe-se afastar a incidência da Súmula n. 7-STJ ao presente. Isso porque a questão controvertida é puramente de direito em consiste em saber se o recorrente, formado em licenciatura de graduação plena em educação física, pode atuar em área informais (academias, clubes, hotéis, spas, dentre outros)

O recurso em apreço não merece conhecimento relativamente à alegação de contrariedade aos arts. 1º, 2º e 3º da Lei n. 9.96/1998. Isso porque não foi cumprido o requisito do prequestionamento. Infere-se que o Tribunal *a quo* não emitiu nenhuma consideração quanto aos temas insertos nos dispositivos supra, de modo que é defeso ao STJ indicar a respeito dessas questões.

É imperioso que o recorrente, em caso de omissão, oponha embargos de declaração para que o Tribunal *a quo* se pronuncie sobre os dispositivos infraconstitucionais tidos por afrontados. Sucede que o recorrente se furtou a manejar os imprescindíveis embargos de declaração. Tem-se, inarredavelmente, a aplicação do disposto na Súmula n. 211 do STJ, que tem o seguinte teor: “[i]nadmíssível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*”.

Ainda em sede preliminar, o apelo nobre deve ser conhecido no concernente à exposição de mau interpretação do art. 61 da Lei n. 9.394/1996. Isso porque foram cumpridos o prequestionamento e os demais requisitos de admissibilidade recursal.

Todavia, no mérito, a pretensão recursal não merece guarida, e o acórdão recorrido deve permanecer incólume, conforme adiante exposto.

A Resolução n. 3/1987, do extinto Conselho Federal de Educação determinava, que “a formação dos profissionais de Educação Física será feita em curso de graduação que conferirá o título de Bacharel e/ou Licenciado em Educação Física”.

O art. 4º da referida Resolução impunha que a duração desses cursos era de (04) quatro anos, com carga horária mínima de 2.880 (duas mil e oitocentos e oitenta) horas de aula.

Conclui-se, portanto, que existiam duas possibilidades de formação em educação física; o bacharelado, que restringia o exercício dos profissionais em área não formais, como, *v. g.*, a clubes, hotéis e academias, vedando a atuação em instituições de ensino, e a licenciatura plena, facultando a prática profissional na educação básica, assim como em áreas não formais, acima referidas, valendo salientar que ambos os casos tinham a mesma carga horária.

Pois bem, após a edição da Constituição Federal de 1988, foi promulgada a Lei n. 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação), que diferenciou os cursos destinados à formação superior em duas áreas; a graduação, também conhecida como bacharelado (art. 44, II), e a licenciatura (art. 62).

Por oportuno, confira a redação dos dispositivos em foco:

Art. 44. A educação superior abrangerá os seguintes cursos e programas:

[...]

II - de graduação, abertos a candidatos que tenham concluído o ensino médio ou equivalente e tenham sido classificados em processo seletivo;

[...]

Art. 62. A formação de docentes para atuar na educação básica far-se-á em nível superior, em curso de licenciatura, de graduação plena, em universidades e institutos superiores de educação, admitida, como formação mínima para o exercício do magistério na educação infantil e nas quatro primeiras séries do ensino fundamental, a oferecida em nível médio, na modalidade Normal.

Posteriormente, foi criada outra modalidade de formação, qual seja: a licenciatura de graduação plena, cuja destinação é reservada às pessoas diplomadas em conhecimentos especializados, para atuarem na educação básica, no exercício do magistério, na educação infantil e nas quatro primeiras séries



do ensino fundamental, sendo vedado o exercício de atribuições do bacharel ou graduado naquela determinada área de conhecimento.

O art. 5º do Decreto n. 3.276/1999 regulamenta essa outra modalidade de formação:

Art. 5º: Conselho Nacional de Educação, mediante proposta do Ministro de Estado da Educação, definirá as diretrizes curriculares nacionais para a formação de professores da educação básica.

§ 1º: As diretrizes curriculares nacionais observarão, além do disposto nos artigos anteriores, as seguintes competências a serem desenvolvidas pelos professores que atuarão na educação básica:

I- comprometimento com os valores estéticos, políticos e éticos inspiradores da sociedade democrática;

II- compreensão do papel social da escola;

III- domínio dos conteúdos a serem socializados, de seus significados em diferentes contextos e de sua articulação interdisciplinar;

IV- domínio do conhecimento pedagógico, incluindo as novas linguagens e tecnologias, considerando os âmbitos do ensino e da gestão, de forma a promover a efetiva aprendizagem dos alunos;

V- conhecimento de processos de investigação que possibilitem o aperfeiçoamento da prática pedagógica;

VI- gerenciamento do próprio desenvolvimento profissional.

§ 2º: diretrizes curriculares nacionais para formação de professores devem assegurar formação básica comum, distribuída ao longo do curso, atendidas as diretrizes curriculares nacionais definidas para a educação básica e tendo como referência os parâmetros curriculares nacionais, sem prejuízo de adaptações às peculiaridades regionais, estabelecidas pelos sistemas de ensino. (Retificado no D.O. de 8.12.1999)

O art. 6º da Lei n. 4.024/1961, com a redação conferida pela Lei n. 9.131/1995, em pleno vigor por força do art. 92 da Lei n. 9.394/1996, atribui competência ao Ministério da Educação para exercer as atribuições do Poder Público Federal em matéria da educação, contando, para o desempenho de suas funções, com a colaboração do Conselho Nacional de Educação - CNE.

Dessarte, o Conselho Pleno do Conselho Nacional de Educação, no regular uso de suas atribuições, editou a Resolução CNE/CP n. 1/2002, instituindo “as diretrizes curriculares nacionais para a formação de professores da educação básica, em nível superior, curso de licenciatura, de graduação plena”.

Essa resolução, conforme estabelece o art. 62 da Lei n. 9.394/1996, trata, com exclusividade, da educação básica, e difere, portanto, da disciplina versada na Resolução CFE n. 3/1987, pois, nesta, a licenciatura plena permitia o exercício dos profissionais formados em educação física nas áreas formal e não formal, enquanto a licenciatura de graduação plena, regulamentada posteriormente pela Resolução CNE/CP n. 1/2002, permite ao profissional tão somente atuar no ensino básico, ou seja, em área formal.

Posteriormente, o Conselho Pleno do Conselho Nacional de Educação editou a Resolução CNE/CP n. 2/2002 a qual regulou “a duração e a carga horária dos cursos de licenciatura, de graduação plena, de formação de professores da Educação Básica em nível superior” e determinou o período mínimo de 3 anos e a carga de 2.800 (duas mil e oitocentas) horas/aula para conclusão. Confira-se o teor dos arts. 1º e 2º da referida Resolução:

Art. 1º A carga horária dos cursos de Formação de Professores da Educação Básica, em nível superior, em curso de licenciatura, de graduação plena, será efetivada mediante a integralização de, no mínimo, 2800 (duas mil e oitocentas) horas, nas quais a articulação teoria-prática garantida, nos termos dos seus projetos pedagógicos, as seguintes dimensões dos componentes comuns: [...]

Art. 2º A duração da carga horária prevista no Art. 1º desta Resolução, obedecidos os 200 (duzentos) dias letivos/ano dispostos na LDB, será integralizada em, no mínimo, 3 (três) anos letivos.

Por fim, a Câmara de Educação Superior do Conselho Nacional de Educação editou a Resolução CNE/CES n. 7/2004, que cuida, especificamente, dos cursos de graduação/bacharelado em Educação Física, dispondo o seguinte:

Art. 1º A presente Resolução institui as Diretrizes Curriculares Nacionais para o curso de graduação em Educação Física, em nível superior de graduação plena, assim como estabelece orientações específicas para a licenciatura plena em Educação Física, nos termos definidos nas Diretrizes Curriculares Nacionais para a Formação de Professores da Educação Básica.

A Resolução CNE/CES n. 7/2004 deixou para a Câmara de Educação Superior estabelecer a duração do curso e quantidade de horas/aulas, conforme o seu art. 14:

Art. 14. A duração do curso de graduação em Educação Física será estabelecida em Resolução específica da Câmara de Educação Superior.

Por isso, a Câmara de Educação Superior editou a Resolução CNE/CES n. 4/2009, a qual, ao disciplinar, dentre outros cursos de graduação/bacharelado, que o curso de educação física, na modalidade graduação/bacharelado, tem tempo mínimo de 4 (quatro) anos de duração e carga horária mínima de 3.200 (três mil e duzentas) horas/aula, em conformidade com o art. 2º, inciso III, **a**, c.c. Anexo. Por tanto, constata-se que, a despeito do aumento da carga horária, foi mantido o prazo mínimo de conclusão de 4 (quatro) anos para o bacharelado.

Após o exame de todas as normas que disciplinam a matéria, ressoa evidente haver, atualmente, duas modalidades de cursos para profissionais de educação física, quais sejam: o curso de licenciatura, de graduação plena, para atuação na educação básica, de duração mínima de 3 anos, e o curso de graduação/bacharelado em educação física, para atuação em áreas não formais, com duração mínima de 4 anos.

Logo, é simples concluir que o profissional o qual pretende atuar de forma plena, nas áreas formais e não-formais (sem nenhuma restrição, como pretende, o recorrente), deve concluir os cursos de graduação/bacharelado e licenciatura, já que são distintos, com disciplinas e objetivos particulares.

O curso concluído pelo recorrente é de licenciatura e, por isso mesmo, é permitido que ele tão somente atue na educação básica (escolas), sendo-lhe defeso o exercício da profissão na área não formal, porquanto essa hipótese está em desacordo com a formação por ele concluída.

Foi exatamente isso que concluiu o Tribunal *a quo*, com cognição plenária e exauriente, ou seja, o curso do recorrente teve três anos de duração, razão pela qual a sua inscrição no Conselho Regional de Educação Física está de acordo com a sua formação. Confira-se:

O histórico escolar do apelante, anexados à fl. 28, mostra que o curso por ele frequentado teve 3 anos de duração, contando com carga horária total de 2.800 horas/aula, haja vista 80 horas/aula serem do trabalho de conclusão de curso e 200 horas/aula de atividades acadêmico, científico e culturais, as quais devem ser excluídas do cômputo total, havendo, por tal razão, impossibilidade de se registrar as apelantes junto ao conselho profissional na forma por elas pretendida.

Obviamente, a inscrição do profissional nos quadros do Conselho Regional de Educação Física deve se dar de acordo com a formação concluída pelo apelante. Logo, tendo cursado licenciatura de graduação plena, a inscrição deve se ater ao exercício profissional previsto no artigo 62 da Lei n. 9.394/1996 e demais disposições legislativas aplicáveis (fls. 416-417).

A regulamentação levada a efeito pela Resolução CNE/CP n. 2/2002 está em consonância com a diretriz normativa traçada pelo art. 62 da Lei n. 9.394/1996. Diante disso, não se cogita ilegalidade pelo fato de que professores de educação física em licenciatura, com duração mínima de 3 (três) anos e carga de 2.800 (duas mil e oitocentas) horas/aula, apenas possam atuar na educação básica.

Ademais, as Resoluções do Conselho Nacional de Educação foram emitidas com supedâneo no art. 6º da Lei n. 4.024/1961 (com a redação conferida pela Lei n. 9.131/1995), em vigor por força do art. 92 da Lei n. 9.394/1996, sendo certo que tais Resoluções, em momento algum, extrapolam o âmbito de simples regulação, porque apenas tratam das modalidades de cursos previstos na Lei n. 9.394/1996 (bacharelado e licenciatura).

Portanto, é perfeitamente legal a conduta do recorrido, de fazer constar, no registro profissional do recorrente, apenas a atuação em educação básica, atendendo a formação por ele concluída.

Isso posto, conheço do recurso especial parcialmente e, nessa extensão, *negotio-provimento*.

Por se tratar de recurso representativo de controvérsia, sujeito ao procedimento do art. 543-C do Código de Processo Civil, determino, após a publicação do acórdão, a comunicação à Presidência do STJ, aos Ministros da Primeira Seção, aos Tribunais Regionais Federais, bem como aos Tribunais de Justiça dos Estados, com a finalidade de dar cumprimento ao disposto no § 7º do artigo 543-C do Código de Processo Civil e nos arts. 5º, II, e 6º, da Resolução STJ n. 8/2008.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.377.507-SP (2013/0118318-6)

Relator: Ministro Og Fernandes

Recorrente: Fazenda Nacional

Advogado: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

Recorrido: ACEMIL Eletricidade Ltda e outro

Advogados: José Pereira do Nascimento
Paulo Sergio do Nascimento e outro(s)

EMENTA

Tributário. Recurso especial representativo de controvérsia. Art. 543-C do CPC e Resolução STJ n. 8/2008. Execução fiscal. Art. 185-A do CTN. Indisponibilidade de bens e direitos do devedor. Análise razoável do esgotamento de diligências para localização de bens do devedor. Necessidade.

1. Para efeitos de aplicação do disposto no art. 543-C do CPC, e levando em consideração o entendimento consolidado por esta Corte Superior de Justiça, firma-se compreensão no sentido de que *a indisponibilidade de bens e direitos autorizada pelo art. 185-A do CTN* depende da observância dos seguintes requisitos: (i) citação do devedor tributário; (ii) inexistência de pagamento ou apresentação de bens à penhora no prazo legal; e (iii) a não localização de bens penhoráveis após *esgotamento das diligências* realizadas pela Fazenda, caracterizado quando houver nos autos (a) pedido de acionamento do Bacen Jud e consequente determinação pelo magistrado e (b) a expedição de ofícios aos registros públicos do domicílio do executado e ao Departamento Nacional ou Estadual de Trânsito - DENATRAN ou DETRAN.

2. O bloqueio universal de bens e de direitos previsto no art. 185-A do CTN não se confunde com a penhora de dinheiro aplicado em instituições financeiras, por meio do Sistema BacenJud, disciplinada no art. 655-A do CPC.

3. As disposições do art. 185-A do CTN abrangerão todo e qualquer bem ou direito do devedor, observado como limite o valor do crédito tributário, e dependerão do preenchimento dos seguintes requisitos: (i) citação do executado; (ii) inexistência de pagamento ou de oferecimento de bens à penhora no prazo legal; e, por fim, (iii) não forem encontrados bens penhoráveis.

4. A aplicação da referida prerrogativa da Fazenda Pública pressupõe a comprovação de que, em relação ao último requisito,

houve o esgotamento das diligências para localização de bens do devedor.

5. Resta saber, apenas, se as diligências realizadas pela exequente e infrutíferas para o que se destinavam podem ser consideradas suficientes a permitir que se afirme, com segurança, que não foram encontrados bens penhoráveis, e, por consequência, determinar a indisponibilidade de bens.

6. O deslinde de controvérsias idênticas à dos autos exige do magistrado ponderação a respeito das diligências levadas a efeito pelo exequente, para saber se elas correspondem, razoavelmente, a todas aquelas que poderiam ser realizadas antes da constrição consistente na indisponibilidade de bens.

7. A análise razoável dos instrumentos que se encontram à disposição da Fazenda permite concluir que houve o esgotamento das diligências quando demonstradas as seguintes medidas: (i) acionamento do Bacen Jud; e (ii) expedição de ofícios aos registros públicos do domicílio do executado e ao Departamento Nacional ou Estadual de Trânsito - DENATRAN ou DETRAN.

8. No caso concreto, o Tribunal de origem não apreciou a demanda à luz da tese repetitiva, exigindo-se, portanto, o retorno dos autos à origem para, diante dos fatos que lhe forem demonstrados, aplicar a orientação jurisprudencial que este Tribunal Superior adota neste recurso.

9. Recurso especial a que se dá provimento para anular o acórdão impugnado, no sentido de que outro seja proferido em seu lugar, observando as orientações delineadas na presente decisão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Assusete Magalhães, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Herman Benjamin e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Marga Tessler (Juíza Federal convocada do TRF 4ª Região).

Compareceu à sessão, a Dra. Flavia Palmeira de Moura Coelho, pela Fazenda Nacional.

Brasília (DF), 26 de novembro de 2014 (data do julgamento).

Ministro Humberto Martins, Presidente

Ministro Og Fernandes, Relator

DJe 2.12.2014

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Trata-se de recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região assim ementado (e-STJ, fls. 268-269):

Processo Civil. Agravo legal em agravo de instrumento. Artigo 557 do CPC. Execução fiscal. Decretação de indisponibilidade de bens do executado. Artigo 185-A do CTN. Ausência de esgotamento de diligências para localização de bens passíveis de penhora. Medida que deve ser aplicada somente em casos excepcionais.

1. Para que se adote a medida excepcional e extrema de decretação da indisponibilidade dos bens e direitos dos executados, devem ser observados requisitos exigidos pela jurisprudência.

2. Da análise dos documentos acostados aos autos, extrai-se que não houve, nos autos subjacentes, esgotamento das diligências para localização de bens passíveis de penhora, especialmente com relação aos co-executados (sócios).

3. Portanto, ao menos por ora, a situação que se apresenta não se enquadra na hipótese excepcional justificadora da decretação de indisponibilidade de bens.

4. Agravo legal a que se nega provimento.

Os embargos de declaração opostos na sequência (e-STJ, fls. 273-280) foram rejeitados, nos termos da decisão de e-STJ, fls. 282-288, cuja ementa segue abaixo:

Processual Civil. Irregularidade formal não apontada. Inexistência de omissão, dúvida ou contradição no acórdão. Embargos de declaração rejeitados.

1. Os embargos declaratórios não se destinam a veicular mero inconformismo com o julgado, revolvendo questões já adequadamente apreciadas.
2. O órgão julgador não precisa pronunciar-se sobre cada alegação lançada no recurso, sobretudo quando os fundamentos do decisum são de tal modo abrangentes que se tornam desnecessárias outras considerações.
3. No tocante ao pretendido prequestionamento, o entendimento do STJ é no sentido de seu cabimento na hipótese de haver necessidade de o tema objeto do recurso ser examinado pela decisão atacada, o que foi observado por ocasião do julgamento, razão pela qual tal pretensão também não é acolhida.
4. Embargos de declaração conhecidos e rejeitados.

Alega a recorrente, nas razões do especial, violação do art. 185-A do CTN, ao fundamento de que, mesmo diante dos requisitos previstos nesse dispositivo (quais sejam, citação do devedor, ausência de pagamento, não apresentação de bens à penhora e infrutífera localização de bens penhoráveis), as instâncias ordinárias negaram pedido formulado pela Fazenda para bloquear bens e direitos do devedor para fins indisponibilidade.

Sem contrarrazões, conforme certidão de e-STJ, fl. 304.

O recurso especial foi admitido na origem como representativo da controvérsia (e-STJ, fls. 306-309).

Em decisão de e-STJ, fl. 321, admitiu-se o processamento do feito como representativo de controvérsia, nos termos do art. 543-C do CPC e Resolução STJ n. 8/2008.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal apresentou parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Moacir Guimarães Moraes Filho, opinando pelo “conhecimento e provimento do recurso especial” (e-STJ, fls. 327-336).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes (Relator): Na origem, o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS ajuizou a Ação de Execução Fiscal n. 4.849/08 contra a ACEMIL Eletricidade Ltda., com vistas à satisfação dos créditos tributários constantes das CDAs n. 35.479.586-4; 35.479.587-2; 35.479.592-9; 35.534.148-4, no valor de R\$ 346.982,12 (trezentos e quarenta e seis mil novecentos e oitenta e dois reais e doze centavos).

Tendo em vista a informação de que foi decretada a falência da empresa executada, o Juízo de primeiro grau deferiu pedido formulado pela parte exequente para incluir os sócios Celso Luiz Piva e Milton Amaro Marcelino no polo passivo da execução (e-STJ, fl. 120).

O executado Celso Luiz Piva opôs exceção de pré-executividade, que ficou indeferida nos termos das decisões de e-STJ, fls. 173, 189-196 e 199-206.

Em seguida, a parte exequente requereu a indisponibilidade dos bens dos executados, até o limite do débito, acrescido de custas processuais e demais encargos legais, atualizados monetariamente, com fundamento no art. 185-A (e-STJ, fls. 214-216), o que foi indeferido tanto pelo Juízo de primeira instância (e-STJ, fl. 214) como pelo TRF da 3ª Região (e-STJ, fls. 247-250 e 264-269), este último sob os seguintes fundamentos:

(i) para que se adote a medida excepcional e extrema de decretação da indisponibilidade dos bens e direitos dos executados, devem ser observados os requisitos exigidos pela jurisprudência; e

(ii) da análise dos documentos acostados aos autos, extrai-se que não houve, nos autos subjacentes, esgotamento das diligências para localização de bens passíveis de penhora, especialmente com relação aos coexecutados (sócios).

Sustenta a recorrente ter realizado as diligências que estavam ao seu alcance, sendo elas, contudo, infrutíferas. E que, por essa razão, entende ser caso do bloqueio cautelar de bens previsto no art. 185-A do CTN, ante a não localização de bens passíveis de penhora.

Dito isso, passa-se à análise da tese repetitiva e, na sequência, à aplicação do resultado ao caso concreto.

Busca-se, nos presentes autos, interpretar a legislação federal nos termos em que foi prequestionada nas instâncias ordinárias com as seguintes finalidades: (i) *saber se*, para que o juiz determine a *indisponibilidade dos bens e direitos do devedor*, na forma do art. 185-A do CTN, faz-se necessária a comprovação do exaurimento dos meios disponíveis para localização de bens penhoráveis por parte do credor; e (ii) definir quais diligências devem ser razoavelmente exigidas da Fazenda para que se considerem esgotados os meios de busca de bens.

Registre-se, de logo, que não se trata, simplesmente, da penhora *on-line*, mas de pretensão voltada ao bloqueio de bens a fim de lhes tornar indisponíveis, nos termos do art. 185-A do CTN.

Naqueles casos (penhora *on-line*), esta Corte Superior já firmou orientação, sob o rito do art. 543-C do CPC, no sentido de que, “após o advento da Lei n. 11.382/2006, o Juiz, ao decidir acerca da realização da penhora *on-line*, não pode mais exigir a prova, por parte do credor, de exaurimento de vias extrajudiciais na busca de bens a serem penhorados” (REsp n. 1.112.943-MA, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Corte Especial, DJe 23.11.2010).

Feita essa consideração, tem-se que a solução da controvérsia perpassa, primeiramente, pela análise do *caput* do art. 185-A do CTN, nos termos seguintes:

Art. 185-A. Na hipótese de o devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal e *não forem encontrados bens penhoráveis*, o juiz determinará a indisponibilidade de seus bens e direitos, comunicando a decisão, preferencialmente por meio eletrônico, aos órgãos e entidades que promovem registros de transferência de bens, especialmente ao registro público de imóveis e às autoridades supervisoras do mercado bancário e do mercado de capitais, a fim de que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a ordem judicial. (Incluído pela Lcp n. 118, de 2005)

Antes de adentrar nos requisitos desse artigo, importante deixar claro que ele foi inserido no CTN em capítulo que estabelece garantias e privilégios do crédito tributário, ou seja, medidas que, *por razões de interesse público*, buscam aumentar a probabilidade de pagamento pelo devedor (CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. - 23. ed. - São Paulo: Saraiva, 2011, p. 645; CARNEIRO, Cláudio. Curso de direito tributário e financeiro. - 4. ed. - São Paulo: Saraiva, 212, p. 757).

A leitura do dispositivo, portanto, deve ser realizada sob essa perspectiva, sob pena de impossibilitar a real intenção do legislador complementar, qual seja, aumentar as chances de satisfação do crédito tributário.

Quanto aos requisitos, infere-se do art. 185-A do CTN que a ordem judicial para a decretação da indisponibilidade de bens e direitos do devedor ficou condicionada aos seguintes: (i) citação do executado; (ii) inexistência de pagamento ou de oferecimento de bens à penhora no prazo legal; e, por fim, (iii) não serem encontrados bens penhoráveis.

Nesse sentido, o seguinte precedente desta Corte:

Agravo regimental no recurso especial. Tributário. Execução fiscal. Indisponibilidade patrimonial. Art. 185-A do CTN. Impossibilidade, diante da

ausência de citação do contribuinte/devedor. Agravo regimental a que se nega provimento.

1. Para se decretar a indisponibilidade de bens prevista no art. 185-A do CTN, esta Corte já orientou que é indispensável que (a) o devedor tributário seja devidamente citado; (b) não pague o tributo, nem apresente bens a penhora; e (c) o esgotamento das diligências promovidas com a finalidade de encontrar patrimônio que possa ser judicialmente constrito, o que não se verifica no caso concreto, já que o contribuinte não foi sequer citado. Precedente: AgRg no AG n. 1.164.948-SP, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 2.2.2011.

2. Não há, nas razões recursais da recorrente, qualquer argumento relevante a justificar a medida extrema requerida com fundamento no art. 798 do CPC, visto que a exequente não aponta em qualquer atitude do contribuinte o intuito de causar ao direito da Fazenda Pública lesão grave e de difícil reparação.

3. Agravo Regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp n. 1.409.433-PE, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 3.12.2013, DJe 18.12.2013)

Ainda sobre o tema, especificamente em relação ao último requisito - não localização bens penhoráveis - a orientação das Turmas que integram a Primeira Seção deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de que o credor deve comprovar o esgotamento das diligências aptas à localização dos bens do devedor, quando pretender a *indisponibilidade de bens e direitos*. Confira-se:

Processual Civil e Tributário. Execução fiscal. Art. 535 do CPC. Inexistência de violação. Bloqueio de bens. Art. 185-A do CTN. Não esgotamento das diligências. Divergência fática entre o acórdão recorrido e a insurgência recursal. Súmula n. 7-STJ.

1. Não viola o art. 535, do CPC, o acórdão que decide de forma suficientemente fundamentada, não estando a Corte de origem obrigada a emitir juízo de valor expresso a respeito de todas as teses e dispositivos legais invocados pelas partes.

2. Esta Corte firmou o entendimento de que a determinação de indisponibilidade de bens e direitos prevista no art. 185-A do CTN pressupõe que o exequente comprove o esgotamento de diligências para a localização de bens do devedor.

3. O Tribunal de origem, com base no arcabouço probatório, concluiu que a exequente não esgotou todas as diligências aptas a possibilitar o bloqueio de bens do devedor. Rever essa afirmação implica adentrar em matéria fática, vedada pela Súmula n. 7 do STJ.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp n. 343.969-RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 26.11.2013, DJe 3.12.2013)

Tributário. Processual Civil. Execução fiscal. Indisponibilidade de bens. Art. 185-A do CTN. Esgotamento dos meios necessários para busca de bens penhoráveis. Necessidade.

1. “O bloqueio universal de bens e de direitos, previsto no art. 185-A do CTN, não se confunde com a penhora de dinheiro aplicado em instituições financeiras, por meio do Sistema BacenJud, disciplinada no art. 655-A do CPC (redação conferida pela Lei n. 11.382/2006). Aquele bloqueio incide na hipótese em que ‘o devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis’, e abrangerá todo e qualquer bem ou direito do devedor, observado como limite o valor do crédito tributário, se verificado o concurso dos requisitos previstos no art. 185-A do CTN. Consoante a jurisprudência do STJ, a aplicação da referida prerrogativa da Fazenda Pública pressupõe a comprovação do esgotamento das diligências para localização de bens do devedor” (AgRg no REsp n. 1.356.796-RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 7.3.2013, DJe de 13.3.2013).

2. Na via especial, não cabe a análise de tese recursal que demande a revisão dos elementos fático-probatórios insertos nos autos.

Inteligência da Súmula n. 7-STJ.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp n. 421.994-RS, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 26.11.2013, DJe 6.12.2013)

Tributário. Execução fiscal. Art. 185-A do CTN. Necessidade de comprovação de esgotamento das diligências destinadas à localização de bens.

1. A jurisprudência desta Corte é firme quanto à necessidade de comprovação do esgotamento de diligências para localização de bens do devedor, a fim de que se possa determinar a indisponibilidade de bens e direitos prevista no art. 185-A do CTN, o que impede o conhecimento da insurgência também pelo dissídio pretoriano invocado. Precedentes: AgRg no REsp n. 1.341.860-SC, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 24.6.2013 e AgRg no REsp n. 1.328.132-PR, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 21.2.2013.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp n. 428.902-BA, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 21.11.2013, DJe 28.11.2013)

Tributário. Agravo regimental no recurso especial. Execução fiscal. Art. 185-A do CTN. Indisponibilidade de bens e direitos do devedor. Esgotamento de diligências para localização de bens do devedor. Necessidade. Agravo não provido.

1. “A jurisprudência desta Corte é firme quanto à necessidade de comprovação do esgotamento de diligências para localização de bens do devedor, a fim de que se possa determinar a indisponibilidade de bens e direitos prevista no art. 185-A do CTN” (AgRg no REsp n. 1.202.428-BA, Rel. Min. *Sérgio Kukina*, Primeira Turma, DJe 10.4.2013).

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp n. 1.341.860-SC, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, julgado em 4.6.2013, DJe 24.6.2013)

Falta saber, apenas, se as diligências realizadas pela exequente, e infrutíferas para o que se destinavam, podem ser consideradas suficientes a permitir que se afirme, com segurança, que não foram encontrados bens penhoráveis, e, por consequência, determinar a indisponibilidade de bens.

Para tanto, exige-se do magistrado ponderação a respeito das diligências levadas a efeito pela exequente, para saber se elas correspondem, razoavelmente, a todas aquelas que poderiam ser realizadas extrajudicialmente antes da constrição consistente na indisponibilidade de bens requerida no âmbito do Poder Judiciário.

Assim, cabe a este Tribunal Superior, no exercício da interpretação da legislação federal que lhe compete, delimitar o que seria razoável exigir do credor, a título de diligências, para fins de atendimento ao pedido de indisponibilidade de bens fundado no art. 185-A do CTN.

Importante considerar, contudo, o que se disse acima a respeito desse dispositivo, no sentido de que o legislador complementar o inseriu no CTN com a seguinte finalidade: aumentar a probabilidade de satisfação do crédito tributário.

Sob essa ótica, tem-se que a análise dos meios que possibilitam a identificação de bens em nome do devedor e que se encontram à disposição da Fazenda permite concluir que o acionamento do Bacen Jud e a expedição de ofícios aos registros públicos de bens no cartório do domicílio do executado são medidas extrajudiciais razoáveis a se exigir do Fisco, quando este pretender a indisponibilidade de bens do devedor.

Essa, inclusive, é a orientação constante de preciso voto sobre o tema, da lavra do Ministro Herman Benjamin, nos termos seguintes (AgRg no Ag n. 1.429.330-BA, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 22.8.2012, DJe 3.9.2012):

Entende-se como “esgotamento de diligências” o uso dos meios ordinários que possibilitam a localização de bens e direitos de titularidade da parte executada. Por exemplo, o acionamento do sistema Bacen Jud e a expedição de ofícios aos registros públicos de bens para que informem se há patrimônio em nome do devedor.

Por outro lado, não se pode exigir que a Fazenda Pública expeça ofícios a todos os registros de imóveis do País. A razoabilidade impõe que tal medida seja adotada no cartório do domicílio do executado.

Além dessas medidas, tem-se ainda por razoável, ao meu sentir, a exigência de prévia expedição de ofício ao Departamento de Trânsito Nacional ou Estadual (DENATRAN ou DETRAN), pois se houver um veículo na titularidade do executado - na época em que se vive, inimaginável que alguém não tenha um veículo automotor -, facilmente se identificará por intermédio do RENAVAN (Registro Nacional de Veículos Automotores).

Assim, com base na jurisprudência deste Tribunal Superior e na fundamentação supramencionada, firma-se orientação, para fins do art. 543-C do CPC e da Resolução n. 8-STJ, no sentido de que *a indisponibilidade de bens e direitos autorizada pelo art. 185-A do CTN* depende da observância dos seguintes requisitos: (i) citação do devedor; (ii) inexistência de pagamento ou apresentação de bens à penhora; e (iii) a não localização de bens penhoráveis *após esgotamento das diligências realizadas pela Fazenda*, caracterizado quando houver nos autos (a) *pedido de acionamento do Bacen Jud e consequente determinação pelo magistrado* e (b) *a expedição de ofícios aos registros públicos do domicílio do executado e ao Departamento Nacional ou Estadual de Trânsito - DENATRAN ou DETRAN*.

Passa-se, portanto, à análise do caso concreto, à luz da orientação supramencionada.

Verifica-se dos autos que o executado foi devidamente citado e que não houve pagamento ou apresentação de bens à penhora.

No que se refere ao terceiro requisito - não localização de bens penhoráveis -, o Tribunal de origem resumiu-se a dizer que, “da análise dos documentos acostados aos autos, extrai-se que não houve, nos autos subjacentes, esgotamento das diligências para localização de bens passíveis de penhora, especialmente com relação aos coexecutados (sócios)” (e-STJ, fl. 266). Constata-se desse fundamento, contudo, a inexistência de qualquer indicação a respeito das medidas já realizadas pela Fazenda Nacional, nem daquelas que a Corte *a quo* entenderia como suficientes para caracterizar o esgotamento das diligências e, por consequência, determinar a indisponibilidade de bens.

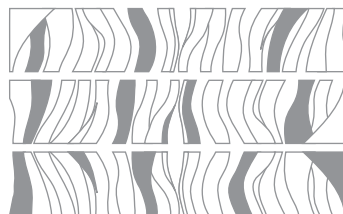
Desse modo, considerando que o Tribunal de origem apreciou a demanda sem explicitar quais diligências teriam sido realizadas e quais entenderia serem necessárias, este Tribunal Superior encontra-se impossibilitado de aplicar a tese que ora se firma, razão pela qual o retorno dos autos à origem é medida que se impõe, para que a instância ordinária reaprecie a controvérsia, mas agora com suporte na orientação estabelecida neste recurso especial.

Registre-se, por oportuno, não ser o caso de aplicação da Súmula n. 7 deste Tribunal, uma vez que os fatos submetidos à apreciação nas instâncias ordinárias foram julgados com base em premissas diversas daquelas que ora se estabelecem neste julgado.

Adotem-se as providências relativas à Resolução n. 8/2008 do STJ, inclusive a comunicação aos Presidentes de todos os TRFs.

Diante do exposto, *dou provimento ao recurso especial para anular o acórdão impugnado*, para que outro seja proferido em seu lugar, observando as orientações delineadas no presente voto.

É como voto.



Primeira Turma

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 1.261.072-SP
(2011/0069468-5)**

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho
Agravante: Ministério Público Federal
Agravado: Antônio José Fabbri
Advogado: Luiz Manoel Gomes Junior e outro(s)
Interessado: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA

Administrativo. Agravo regimental. Recurso especial. Improbidade administrativa. Ato de improbidade administrativa. Ausência de concurso público na contratação de servidor. Autorização constante de lei municipal vigente há mais de 10 anos afasta a configuração de dolo. Declaração tardia de sua inconstitucionalidade. Indispensabilidade de comprovação do efetivo prejuízo ao erário e do dolo do agente. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.

1. Agravo Regimental em face de decisão em que se deu provimento a Recurso Especial com base na ausência de comprovação dos requisitos objetivo (ocorrência de prejuízo ao erário) e subjetivo (ausência de demonstração do dolo do agente) necessários para a configuração do ato de improbidade administrativa.

2. O Tribunal *a quo* reconheceu expressamente a ausência de dano ao Erário e enriquecimento ilícito do agente, bem como que não se demonstrou nenhum elemento de prova direto que evidenciasse o agir doloso do administrador, o que é indispensável para fins de improbidade administrativa. Precedentes.

3. Segundo a jurisprudência desta Corte Superior, a existência de lei municipal autorizativa do ato apontado como ímprobo afasta a sua configuração, inclusive, o dolo genérico. Precedentes: AgRg no Ag n. 1.324.212-MG, Rel. Min. *Mauro Campbell Marques*, DJe 13.10.2010; AgRg no AgRg no REsp n. 1.191.095-SP, Rel. Min. *Humberto Martins*, DJe 25.11.2011.

4. Agravo Regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao Agravo Regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa e Marga Tessler (Juíza Federal convocada do TRF 4ª Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de novembro de 2014 (data do julgamento).

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator

DJe 4.12.2014

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Trata-se Agravo Regimental contra decisão em que, com base no art. 557, § 1º, A do CPC, se deu provimento ao Recurso Especial para declarar improcedente a Ação de Improbidade Administrativa, afastando as penalidades imposta, nos termos da seguinte ementa:

Administrativo. Recurso especial. Improbidade administrativa. Ato de improbidade administrativa. Ausência de concurso público na contratação de servidor. Autorização constante de lei municipal vigente há mais de 10 anos. Declaração tardia de sua inconstitucionalidade. Indispensabilidade de comprovação do efetivo prejuízo ao erário e do dolo do agente. Parecer do Ministério Público pelo não provimento do recurso. Recurso provido, no entanto. (fls. 559-574)

2. Em suas razões Regimentais, alega o douto Ministério Público Federal que *ao manifestar sua livre vontade em admitir servidor sem a exigência constitucional do concurso público, o ora recorrido praticou o ato de improbidade previsto no art. 11 da Lei n. 8.429/1992, sendo dispensável a configuração do prejuízo ao erário ou mesmo do dolo ou da culpa.*

3. É o relatório, no que interessa.

VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. Destaque-se, inicialmente, que pela decisão ora agravada deu-se provimento ao Recurso Especial com base na ausência de comprovação dos requisitos objetivo (ocorrência de prejuízo ao erário) e subjetivo (ausência de demonstração do dolo do agente), necessários para a configuração do ato de improbidade administrativa.

2. Ressaltou-se, na ocasião, que a Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992) objetiva punir os praticantes de atos dolosos ou de má-fé no trato da coisa pública, tipificando como de improbidade administrativa o enriquecimento ilícito (art. 9º), o prejuízo ao erário (art. 10) e a violação a princípios da Administração Pública (art. 11).

3. Ademais, considerou-se ainda que as instâncias de origem reconheceram expressamente a ausência de dano ao Erário e enriquecimento ilícito, destacando-se a seguinte passagem do acórdão recorrido:

Por outro lado, se os atos, descritos na inicial, tivessem determinado efetivo dano material ao Município, o Ministério Público teria o dever de apelar da sentença que excluiu o servidor das sanções apesar de considerá-lo como beneficiário do recebimento dos vencimentos, remuneração ou salários.

Embora se possa admitir que o contratado tivesse consciência da ilegitimidade dos atos de admissão, o certo é não ter havido afirmação de ter percebido remuneração e benefícios com ausência ao trabalho ou falta da sua contraprestação laborativa. Logo, é de ser reconhecido não terem causado qualquer dano ao erário público, pois caso contrário, o Município estaria se beneficiando de trabalho gratuito com prevalência do enriquecimento ilícito.

Não podendo ser reconhecido o prejuízo ao erário público pelo pagamento das remunerações ao servidor, fica sem qualquer amparo a pretensão indenizatória em relação ao ex-prefeito.

Dessa forma, o ato de improbidade praticado encontra definição no artigo 11 da Lei n. 8.429/1992 e deve ser sancionado na forma prevista pelo inciso III do art. 12 da mesma lei (fls. 416-417).

4. Daí porque ter-se considerado próspera a pretensão do recorrente que fosse reformado o acórdão recorrido, haja vista que o elemento subjetivo (dolo ou culpa) exigido para a configuração dos atos de improbidade, traz à discussão a proposição dilemática de saber se o cometimento culposo dessa infração

administrativa é (ou não) idêntico, similar ou igual ao cometimento doloso e, portanto, passíveis ambos da mesma sanção.

5. A Lei n. 8.429/1992 deixou de delimitar o ato ímprobo, o que pode levar a Administração a punir indiscriminadamente os atos apenas ilegais praticados por seus Servidores como se fossem atos de improbidade, alterando a essência da lei.

6. Em face dessa situação, não se deve admitir que a conduta culposa renda ensejo à responsabilização do Servidor por improbidade administrativa; com efeito, a negligência, a imprudência ou a imperícia, embora possam ser consideradas condutas irregulares e, portanto, passíveis de sanção, não são suficientes para ensejar a punição por improbidade administrativa. O elemento culpabilidade, no interior do ato de improbidade, se apurará sempre a título de dolo, embora o art. 10 da Lei n. 8.429/1992 aluda efetivamente à sua ocorrência de forma culposa; parece certo que tal alusão tendeu apenas a fechar por completo a sancionabilidade das ações ímprobas dos agentes públicos, mas se mostra mesmo impossível, qualquer das condutas descritas nesse item normativo, na qual não esteja presente o dolo.

7. No que se refere às condutas guizadas no art. 11 da Lei n. 8.429/1992, o Professor JOSÉ ARMANDO DA COSTA, para quem os atos de improbidade são espécies de infrações disciplinares, leciona o seguinte:

Não sendo concebível que uma pessoa enriqueça ilicitamente, cause prejuízo ao erário ou transgrida os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e de lealdade às instituições públicas, por ação ou omissão meramente culposa (negligência, imprudência ou imperícia), forçosamente haveremos de concluir que o elemento subjetivo do delito disciplinar da improbidade é o dolo (Contorno Jurídico da Improbidade Administrativa, Brasília, Brasília Jurídica, 2002, p. 22).

8. Aceitando-se essa matriz analítica do ato de improbidade sugerida nessa ponderação, pode-se concluir de imediato que eventuais ilegalidades formais ou materiais cometidas pelos Servidores Públicos não se convertem automaticamente em atos de improbidade administrativa, se nelas não se identifica a vontade deliberada e consciente de agir, ou seja, excluindo-se a possibilidade de improbidade meramente culposa; essas limitações servem à finalidade de escoimar da prática administrativa a banalização das imputações vazias e para revelar a gravidade dessas mesmas imputações, que devem ser combatidas e intoleradas.

9. Por outro lado, no Agravo Regimental ora em análise, sustenta o douto Órgão Ministerial, reiteradamente, que o ato de improbidade insculpido no art. 11 da Lei n. 8.429/1992 *prescinde da existência de dolo na conduta*, o que, porém, impacta ser entendimento contrário à jurisprudência desta egrégia Corte Superior. Nesse sentido:

Administrativo e Processual Civil. Recurso especial. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Contratação de engenheiro, com procedimento de inexigibilidade de licitação, em razão de entender-se singular o serviço. Acórdão recorrido que conclui pela necessidade do procedimento licitatório, mas consigna a desnecessidade da demonstração do dolo e do prejuízo para a caracterização do ato ímprobo.

1. Recurso especial no qual se discute se a contratação de engenheiro, sem procedimento licitatório, por se entender singular o serviço, configura ato ímprobo descrito no artigos 10 e 11 da Lei n. 8.429/1992.

2. No caso, o Tribunal de origem, entendendo ser desnecessária a demonstração do dolo e presumindo o prejuízo ao erário, considerou ilegítima a contratação de engenheiro, com procedimento de inexigibilidade, porque os serviços não seriam singulares, daí porque condenou os réus, pela prática de ato ímprobo enquadrado nos artigos 10 e 11 da Lei n. 8.429/1992, na pena de ressarcimento.

3. O STJ tem externado, pacificamente, que improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente, sendo “indispensável para a caracterização de improbidade que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei n. 8.429/1992, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10 (AIA n. 30-AM, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJe 28.9.2011). Nessa linha, não se sustenta a condenação dos recorrentes, seja pelo art. 10, seja pelo art. 11, da Lei n. 8.429/1992.

4. Recurso especial provido. (REsp n. 1.237.583-SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 8.4.2014, DJe 2.9.2014)

Ação de improbidade originária contra membros do Tribunal Regional do Trabalho. Lei n. 8.429/1992. Legitimidade do regime sancionatório. Edição de portaria com conteúdo correccional não previsto na legislação. Ausência do elemento subjetivo da conduta. Inexistência de improbidade.

1. A jurisprudência firmada pela Corte Especial do STJ é no sentido de que, excetuada a hipótese de atos de improbidade praticados pelo Presidente da República (art. 85, V), cujo julgamento se dá em regime especial pelo Senado Federal (art. 86), não há norma constitucional alguma que imunize os agentes políticos, sujeitos a crime de responsabilidade, de qualquer das sanções por ato

de improbidade previstas no art. 37, § 4º Seria incompatível com a Constituição eventual preceito normativo infraconstitucional que impusesse imunidade dessa natureza (Rcl n. 2.790-SC, DJe de 4.3.2010).

2. Não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei n. 8.429/1992, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10.

3. No caso, aos demandados são imputadas condutas capituladas no art. 11 da Lei n. 8.429/1992 por terem, no exercício da Presidência de Tribunal Regional do Trabalho, editado Portarias afastando temporariamente juizes de primeiro grau do exercício de suas funções, para que proferissem sentenças em processos pendentes.

Embora enfatize a ilegalidade dessas Portarias, a petição inicial não descreve nem demonstra a existência de qualquer circunstância indicativa de conduta dolosa ou mesmo culposa dos demandados.

4. Ação de improbidade rejeitada (art. 17, § 8º, da Lei n. 8.429/1992). (AIA n. 30-AM, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Corte Especial, julgado em 21.9.2011, DJe 28.9.2011)

Administrativo. Recurso especial. Ação civil pública por improbidade administrativa. Art. 11 da Lei n. 8.429/1992. Contratação direta por dispensa de licitação. Fornecimento de lanches matinais. Dolo não configurado. Sucessiva renovação do contrato motivada em face das peculiaridades do objeto licitado.

1. O STJ ostenta entendimento uníssono segundo o qual, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10. Precedentes: AgRg no AREsp n. 20.747-SP, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 23.11.2011; REsp n. 1.130.198-RR, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 15.12.2010; EREsp n. 479.812-SP, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJe 27.9.2010; REsp n. 1.149.427-SC, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 9.9.2010; EREsp n. 875.163-RS, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 30.6.2010.

2. *In casu*, pretende-se a condenação dos réus, ora recorrentes, por suposto desrespeito aos princípios da Administração Pública (art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa). Sucede que a Corte de apelação não indicou nenhum elemento de prova direto que evidenciasse o agir doloso do administrador, baseando-se o juízo de valor em presunção de dolo, de modo que é mister a reforma do acórdão recorrido.

3. Recursos especiais providos, divergindo do relator, Sr. Ministro Teori Albino Zavascki. (REsp n. 1.192.056-DF, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Rel. p/ Acórdão Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 17.4.2012, DJe 26.9.2012)

10. Ademais, no que respeita ainda à referida contratação de Servidor sem concurso público, argumenta ainda o MPF em suas razões regimentais que *a Lei Municipal, manifestamente inconstitucional, utilizada como fundamento para as contratações, não as reveste de legalidade*, razão pela qual haveria a deflagração de improbidade administrativa.

11. Conforme já destacado, o dolo reclama ao menos a consciência da ilicitude pelo agente e, no caso, além do Tribunal *a quo* ter reconhecido expressamente a sua ausência, bem como a de dano ao Erário ou a de enriquecimento ilícito, havia ainda a presunção de certeza de legalidade do ato pela vigência da autorizativa Lei Municipal n. 1.281, de 28 de abril de 1995, de Guaíba-SP, a qual, conforme salientado no Recurso Especial, trata-se de *norma editada há mais de 10 (dez) anos e utilizadas por todos Prefeitos que antecederam o recorrente*.

12. Cabe assinalar que a controvérsia posta não é inédita nesse colendo Superior Tribunal que já assentou, por unanimidade, em outro caso semelhante, que *fica difícil identificar a presença do dolo genérico quando a conduta estava amparada em lei municipal que, ainda que de constitucionalidade duvidosa, autorizava a contratação*.

13. Cuida-se do REsp n. 1.191.095, relator o insigne Ministro *Humberto Martins* e que tem a seguinte ementa:

Administrativo. Improbidade. Contratação de servidores temporários. Lei municipal autorizativa. Ausência de dolo genérico.

1. Ao contrário do que consignou o acórdão recorrido, o dolo, ainda que genérico, é elemento essencial dos tipos previstos nos arts. 9º e 11 da Lei n. 8.429/1992.

2. No caso dos autos, fica difícil identificar a presença do dolo genérico do agravado, se sua conduta estava amparada em lei municipal que, ainda que de constitucionalidade duvidosa, autorizava a contratação temporária dos servidores públicos. Precedente: (AgRg no Ag n. 1.324.212-MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 28.9.2010, DJe 13.10.2010.) Agravo regimental improvido. (AgRg no AgRg no REsp n. 1.191.095-SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 22.11.2011, DJe 25.11.2011)

14. Assim, não tendo sido associado à conduta do agravado o elemento subjetivo doloso, qual seja, o propósito desonesto, não há que se falar em cometimento de ato de improbidade administrativa; mais uma vez, deixa-se assinalado que a constatação de ato ímprobo não dispensa a análise demonstrativa do seu elemento subjetivo (dolo, no caso do art. 11 da Lei n. 8.429/1992), pois se assim não fosse, terminaria a atividade sancionadora aplicando o mesmo tratamento repressivo aos atos apenasmente ilegais e aos que revestissem a qualidade de maliciosos, de má fé ou mesmo evadidos de culpa grave; essa uniformidade já foi rejeitada por este STJ:

Processual Civil. Administrativo. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Lei n. 8.429/1992. Ressarcimento de dano erário. Imprescritibilidade. Contratação de servidores sem concurso público. Ausência de dano ao erário e de má-fé (dolo). Aplicação das penalidades. Princípio da proporcionalidade. Divergência indemonstrada.

1. O caráter sancionador da Lei n. 8.429/1992 é aplicável aos agentes públicos que, por ação ou omissão, violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, lealdade às instituições e notadamente: a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); b) causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11) compreendida nesse tópico a lesão à moralidade administrativa.

2. A exegese das regras insertas no art. 11 da Lei n. 8.429/1992, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve ser realizada *cum grano salis*, máxime porque uma interpretação ampliativa poderá acoimar de ímprobos condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público, preservada a moralidade administrativa e, *a fortiori*, ir além de que o legislador pretendeu.

3. A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-intenção do administrador.

4. À luz de abalizada doutrina: "A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial da Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão de direitos políticos (art. 37, § 4º). A probidade administrativa consiste no dever de o 'funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer'. O desrespeito a esse dever é que caracteriza a improbidade administrativa. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem (...)" *in*

José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, 24ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2005, p-669.

5. O elemento subjetivo é essencial à caracterização da improbidade administrativa, *in casu*, inexistente, por isso que a ausência de dano ao patrimônio público e de enriquecimento ilícito dos demandados, tendo em vista a efetiva prestação dos serviços, consoante assentado pelo Tribunal local à luz do contexto fático encartado nos autos, revelam a desproporcionalidade da sanção imposta à parte, ora recorrente, máxime porque não restou assentada a má-fé do agente público, ora Recorrente, consoante se conclui do voto condutor do acórdão recorrido: “Baliza-se o presente recurso no exame da condenação do Apelante em primeiro grau por ato de improbidade, em razão da contratação de servidores sem a realização de concurso público. Com efeito, a tese do Apelante está adstrita ao fato de que os atos praticados não o foram com dolo ou culpa grave, mas apenas decorreram da inabilidade do mesmo, além de não terem causado prejuízo ao erário (...)” 6. Consectariamente, o Tribunal local incidiu em *error in iudicando* ao analisar o ilícito somente sob o ângulo objetivo.

(...).

13. Recurso Especial provido. (REsp n. 909.446-RN, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 6.4.2010, DJe 22.4.2010)

15. Com base nessas considerações, nega-se provimento ao Agravo Regimental, mantendo a decisão que declarou improcedente a ação de improbidade administrativa.

16. Esse é o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.405.346-SP (2013/0177651-2)

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho
Relator para o acórdão: Ministro Sérgio Kukina
Recorrente: M Tabet Engenharia e Consultiva S/C Ltda.
Advogado: Marçal Justen Filho
Advogados: Paulo Osternack Amaral
Ricardo Barreto de Andrade e outro(s)
Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA

Recurso especial. Administrativo. Ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Alegação de afronta ao art. 535 do CPC. Inexistência. Prazo prescricional para propositura da ação contra particular que tenha agido em conluio com agente público. Termo *a quo*. Art. 23, I e II, da Lei n. 8.429/1992.

1 - O Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, todas as questões que lhe foram postas, de modo que não cabe falar em ofensa ao art. 535 do CPC. Ressalte-se que não se pode confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional.

2 - A compreensão firmada no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, nas ações de improbidade administrativa, para o fim de fixação do termo inicial do curso da prescrição, aplicam-se ao particular que age em conluio com agente público as disposições do art. 23, I e II, da Lei n. 8.429/1992.

3 - O objetivo da regra estabelecida na LIA para contagem do prazo prescricional é justamente impedir que os protagonistas de atos de improbidade administrativa - quer agentes públicos, quer particulares em parceria com agentes públicos - explorem indevidamente o prestígio, o poder e as facilidades decorrentes de função ou cargo públicos para dificultar ou mesmo impossibilitar as investigações.

4 - Afasta-se, pois, a tese de ocorrência da prescrição, porque, na espécie, o agente público que atuou em conjunto com o particular desligou-se do cargo apenas no ano seguinte ao da propositura da ação civil pública.

5 - Não bastasse, nos moldes da jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, é imprescritível a pretensão de ressarcimento de danos causados ao erário por atos de improbidade administrativa.

6 - “Para fins do juízo preliminar de admissibilidade, previsto no art. 17, §§ 7º, 8º e 9º, da Lei n. 8.429/1992, é suficiente a demonstração de indícios razoáveis de prática de atos de improbidade e autoria, para que se determine o processamento da ação, em obediência ao princípio

do *in dubio pro societate*, a fim de possibilitar o maior resguardo do interesse público.” (REsp n. 1.197.406-MS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 22.8.2013).

7 - Recurso especial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Benedito Gonçalves, por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Sérgio Kukina, que lavrará o acórdão. Votaram com o Sr. Ministro Sérgio Kukina os Srs. Ministros Benedito Gonçalves (voto-vista), Ari Pargendler e Arnaldo Esteves Lima.

Brasília (DF), 15 de maio de 2014 (data do julgamento).

Ministro Sérgio Kukina, Relator

DJe 19.8.2014

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. *M. Tabet. Engenharia e Consultiva S/C Ltda.* interpõe Recurso Especial, com base nas alíneas **a** e **c** do inciso III do art. 105 da CF/1988, objetivando a reforma do acórdão prolatado pela 6ª Câmara de Direito Público do TJSP (fls. 402-414), assim ementado:

Agravo de instrumento. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Recebimento da petição inicial pelo Juízo “a quo”. Contrato administrativo modificado por inúmeros aditamentos. *Admissibilidade.* Presença de indícios suficientes para recebimento da petição inicial, em sede de cognição sumária, de acordo com o § 6º do art. 17 da Lei n. 8.429/1992 e art.282 do CPC.

Decisão mantida.

Agravo de instrumento. Ação civil pública. Reconhecimento da prescrição. Preliminar afastada pelo Juízo singular. *Admissibilidade:*

Aplica-se o prazo prescricional de cinco anos aos particulares não-agente público que tenham concorrido para a prática do ato de improbidade, por

interpretação extensiva do inciso I, do artigo 23, da Lei n. 8.429/1992. Decisão mantida.

Agravo de instrumento. Ação civil pública. Inépcia da inicial, ausência da causa de pedir e impossibilidade jurídica do pedido. Preliminar afastada pelo Juízo singular. *Admissibilidade:* A petição inicial descreveu e individualizou os fatos de forma clara e lógica, o que possibilitou o início da atividade jurisdicional, bem como permitirá a defesa.

Decisão Mantida.

Agravo de instrumento. Ação civil pública. Ausência de Idoneidade probatória dos documentos apresentados pelo Ministério Público. Preliminar afastada pelo Juízo singular. *Admissibilidade:* O Ministério Público apresentou documentos oficiais consistentes nos vários aditamentos realizados pelo SAAE - Sorocaba e a empresa agravante, sendo possível o início do processo.

Decisão mantida.

Agravo de instrumento. Ação civil pública. Ofensa ao devido processo legal por ausência de intimação em processo administrativo promovido no Tribunal de Contas e no Inquérito Civil/MP. Preliminar afastada pelo Juízo Singular. *Admissibilidade:* O feito originário é uma ação civil pública por ato de improbidade administrativa, motivo pelo qual a decisão do Tribunal de Contas não é a motivadora da ação, além do mais o inquérito civil não tem natureza condenatória. Decisão mantida.

Preliminares rejeitadas e recurso desprovido (fls. 404-406).

2. Os Embargos de Declaração opostos às fls. 423-424 foram rejeitados na decisão de fls. 428-433.

3. No Raro Apelo de fls. 437-453, aponta o recorrente, preliminarmente, violação ao art. 535, II do CPC, sob o argumento de o Tribunal de origem não ter se pronunciado sobre a ofensa ao art. 59 da Lei n. 8.666/1993.

4. No mérito, sustenta que o acórdão impugnado negou vigência ao art. 23, II da Lei n. 8.429/1992, por não ter reconhecido a prescrição da pretensão punitiva estatal, uma vez que a Ação Civil Pública foi ajuizada 5 anos após a conclusão do contrato administrativo. Aponta, ainda, violação ao art. 295, parág. único, I, II e III do CPC, arguindo inépcia da inicial, que não possui *causa de pedir* e não descreve a conduta praticada pelo agente. Igualmente, afirma que o Tribunal de origem não observou o art. 59 da Lei n. 8.666/1993, pois o pedido de ressarcimento de todo o valor recebido em decorrência do contrato firmado com a Administração Pública configura *pedido juridicamente impossível*. Alega,

por fim, violação aos arts. 2º, *caput* e incisos VIII e X, 3º, III, 28, 37 e 38 da Lei n. 9.784/1999, por entender pela nulidade tanto do processo administrativo instaurado no TCE-SP quanto do Inquérito Civil iniciado pelo Ministério Público, haja vista não ter sido a empresa recorrente intimada para participar de qualquer um dos procedimentos ora mencionados, apesar de ambos deterem a potencialidade de lhe causar gravames.

5. Contrarrazões às fls. 496-501, pugnando pelo não conhecimento do Raro Apelo e, sucessivamente, pelo seu desprovimento.

6. O *Ministério Público Federal*, em parecer de fls. 591-599, opinou pelo desprovimento do Recurso Especial, conforme ementado:

Recurso especial. Improbidade administrativa. Agressão ao art. 535 do CPC. Inocorrência. Prescrição da pretensão punitiva. Inocorrência. Recebimento da inicial. Índícios suficientes de autoria e materialidade. Art. 17, da Lei n. 8.429/1992.

Esta Colenda Corte Superior de Justiça construiu a firme interpretação que determina o recebimento da petição inicial da ação de improbidade quando há simples indícios desta prática, pois, na fase inicial, instituída no art. 17 da Lei n. 8.429/1992, prevalece o princípio *in dubio pro societate*.

Parecer pelo desprovimento do recurso (fls. 591).

7. É o que havia de importante para ser relatado.

VOTO

Ementa: Administrativo e Processual Civil. Recurso especial. Recebimento de ação civil pública de improbidade administrativa c.c. declaração de anulação do contrato administrativo formalizado entre a empresa recorrente e o Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Sorocaba-SP. Aditamentos em desacordo com o edital licitatório e o termo contratual. Prescrição da pretensão sancionatória do Estado em face do particular. Inaplicabilidade do art. 23, I e II da Lei n. 8.429/1992 contra a empresa contratada, em face do silêncio da LIA sobre o referido assunto. Incidência, por analogia, do prazo quinquenal previsto no art. 21 da Lei n. 4.717/1965 (Lei da Ação Popular). Recurso conhecido e provido.

1. A prescrição possui como causa eficiente a inércia do titular da ação, sendo o tempo seu fator operante; seu o objeto é a extinção da

pretensão da parte, que, no caso em exame, consubstancia-se no poder coercitivo, conferido à Administração pelo ordenamento jurídico, para impor ao particular as penalidades enumeradas pela Lei n. 8.429/1992, a depender da tipificação e comprovação da conduta da recorrente.

2. Na seara do Direito Sancionador, o art. 23, I e II da Lei n. 8.429/1992 instituiu o princípio da absoluta prescritibilidade das sanções administrativas, estipulando: (a) em seu inciso I, além da prescrição quinquenal, uma causa impeditiva (de natureza pessoal) da prescrição em face dos mandatários e agentes políticos; e (b) em seu inciso II, previu o prazo prescricional para as ações de improbidade ajuizadas em desfavor dos servidores públicos.

3. A Lei n. 8.429/1992, contudo, manteve-se silente quanto à prescrição aplicável ao particular tido beneficiário da suposta conduta ímproba, o que impõe a aplicação (mormente quando o Ministério Público pleiteia a anulação do contrato firmado entre o Ente Público e a recorrente), por analogia, do prazo prescricional quinquenal previsto no art. 21 da Lei da Ação Popular (4.717/1965), que tem como termo inicial a data do evento lesivo. Precedentes do STJ: REsp n. 782.067-MG, Rel. Min. *Castro Meira*, DJ 27.2.2007, p. 245; REsp n. 755.059-SP, Rel. Min. *Humberto Martins*, DJ 7.2.2008, p. 1).

4. E assim é, porque é incogitável a aplicação extensiva de normas prescricionais entre regimes jurídicos visivelmente diversos (no caso, Agentes Públicos e pessoas particulares), pois seria incongruente que a iniciativa sancionadora, frente ao particular, ficasse sem definição do seu termo extintivo.

5. O art. 23, I da Lei n. 8.429/1992 prevê uma causa impeditiva da fluência do prazo prescricional, pois enuncia um fato obstativo ao início da contagem do lapso temporal que tem como alicerce uma condição especial e pessoal do Agente Público: o vínculo com a Administração, decorrente do exercício de mandato, cargo em comissão ou função de confiança. Assim, como a condição especial de Agente Público é ínsita ao Administrador (e, portanto, intransferível ao particular), não há que se falar em aplicação extensiva de norma jurídica que tem como fundamento condição pessoal de tal natureza.

6. *In casu*, o Órgão Ministerial Estadual Paulista ajuizou, em 4.11.2008, Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa contra

o ex-Prefeito do Município de Sorocaba/SP, a empresa ora recorrente *M. Tabet Engenharia Consultiva S/C Ltda.* e os seus dois sócios, imputando-lhes a prática de conduta ímproba danosa ao erário (art. 10, VII, VIII, XI e XII da LIA), com esteio em contrato administrativo que, no decorrer de sua execução, teria sido irregularmente aditado pelos contratantes.

7. Ocorre que os atos tidos como lesivos ao Erário (Termos Aditivos ao Contrato) foram assinados em 13.2.2003 e 1º.4.2003 (fatos incontroversos no Raro Apelo e de acordo com as fls. 239-240), datadas estas que configuram o termo a quo para o início de contagem do prazo prescricional quinquenal da sancionabilidade administrativa e da anulação do contrato e seus aditivos, adotando-se o critério do art. 21 da Lei n. 4.717/1965, como já alvitado nesta Corte (AgRg no AREsp n. 213.642-RN, Rel. Min. *Benedito Gonçalves*, DJe 24.4.2013; REsp n. 782.067-MG, Rel. Min. *Castro Meira*, DJ 27.2.2007, p. 245; REsp n. 755.059-SP, Rel. Min. *Humberto Martins*, DJ 7.2.2008, p. 1); além disso, restou incontroverso nos autos que, em 22.8.2003, a Administração Pública recebeu sem ressalvas a obra integralmente concluída, assim se exaurindo os efeitos do contrato; porém a iniciativa sancionadora somente veio em 4.11.2008.

8. Averiguado o ajuizamento, pelo Ministério Público Paulista, de Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa após o quinquênio legal (art. 21 da LAP), a pretensão sancionatória estatal encontra-se fulminada pela prescrição, no que respeita às pretensões de anulação do contrato e de punição do agente privado (beneficiário), dado o aludido exaurimento.

9. Recurso Especial conhecido e provido, para reconhecer a prescrição da pretensão anulatória e punitiva estatal por ato de improbidade, determinando-se o trancamento da Ação Civil Pública em face da Empresa recorrente, em que pese o parecer Ministerial oficial pelo desprovimento do Raro Apelo.

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. Inicialmente, impõe-se destacar que, apesar de o acórdão impugnado relatar que a presente ACP de Improbidade fora ajuizada em 20.8.2010 (fls. 411), a petição inicial de fls. 26-36 enuncia sua protocolização, no Fórum de Sorocaba-SP, em 4.11.2008,

devendo esta última, data, portanto, ser considerada, para fins de análise do prazo prescricional.

2. Pois bem.

3. Conforme já enunciado, verifica-se nos autos que, em 4.11.2008, o Ministério Público Paulista ajuizou Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa contra *Pedro Dal Pian Flores*, a recorrente - *M. Tabet Engenharia Consultiva S/C Ltda.* - e seus sócios - *Abílio Marum Tabet Filho* e *Sônia Maria Marques Aló*.

4. Na petição inicial, imputou-lhes a prática das condutas ímprobadas descritas no art. 10, incisos VII, VIII, XI e XII da Lei n. 8.429/1992, que dispõem o seguinte:

Art. 10 - Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

(...);

VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;

(...);

XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

(...).

5. A imputação tem como fundamento um contrato administrativo, firmado entre a Empresa recorrente e o Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Sorocaba-SP (SAAE), formalizado após procedimento licitatório, na modalidade Tomada de Preços (Processo n. 33/2002), na qual a Sociedade Empresária logrou-se sair vencedora, sendo o resultado homologado pelo Diretor do SAAE; em 22.8.2003 a Administração assinou o Termo de Recebimento da Obra (fls. 244).

6. Sustenta o membro do *Parquet* que, a partir da formalização do contrato, a *M. Tabet Engenharia e Consultiva S/C Ltda.* requereu aditamentos contratuais em desacordo com o Edital Licitatório, o que culminou em evidente dano ao

erário e burla da licitude do procedimento licitatório, esta última configurada pelo prejuízo à concorrência dos demais licitantes.

7. Pois bem.

8. Inicialmente, sustenta o recorrente negativa de vigência ao art. 23, II da LIA, arguindo ter ocorrido a prescrição da pretensão punitiva estatal. Para tanto, assevera não ter exercido mandato, cargo em comissão ou função de confiança que justifique sua submissão ao termo inicial previsto no inciso I do art. 23 da Lei n. 8.429/1992. Assim, o termo *a quo* da prescrição deve ser aquele previsto em *lei específica* - que, no caso em comento, deve ser a Lei Municipal n. 3.800/1991, que fixa como *dies a quo* a data em que a autoridade competente tomar conhecimento da existência da irregularidade; eis o que fiz a dita Lei Municipal:

Artigo 168 - Prescreverão:

I - em 1 (um) ano, as faltas disciplinares sujeitas à pena de advertência;

II - em 2 (dois) anos, as faltas disciplinares sujeitas à pena de suspensão;

III - em 5 (cinco) anos, as faltas disciplinares sujeitas à pena de demissão.

9. Nessa seara, é de se ter claro que a exigibilidade da pretensão da Administração de apurar e punir irregularidades cometidas por seus agentes públicos - em conluio ou não com particulares - não é absoluto, encontrando limite temporal no princípio da segurança jurídica, de hierarquia constitucional, pela evidente razão de que os administrados não podem ficar indefinidamente sujeitos à instabilidade do Poder Sancionador do Estado.

10. Por isso, ao referido direito, aplica-se o instituto da prescrição, que, nos dizeres do Mestre ANTÔNIO LUÍS DA CÂMARA LEAL, tem por efeito direto e imediato extinguir ações, em virtude do seu não-exercício durante um certo lapso de tempo. Sua causa eficiente é, pois, a *inércia do titular da ação*, e seu fator operante o *tempo* (Da Prescrição e Da Decadência, Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 8); o objeto da prescrição é a *extinção da pretensão da parte*, que, no caso em comento, consubstancia-se no poder coercitivo, conferido à Administração pelo ordenamento jurídico, para impor ao particular as penalidades enumeradas pela Lei n. 8.429/1992, a depender da tipificação e comprovação da conduta do recorrente.

11. Portanto, o fluir irreparável do tempo, somado à inércia do titular do direito de ação (neste caso, o Poder Público), extingue o direito de punir aquele

que supostamente transgrediu as normas administrativas, praticando a alegada improbidade.

12. Caso contrário, estar-se-ia reconhecendo a titularidade, pela Administração, de um poder absoluto e o império da incerteza, com a consequente insegurança nas relações de direito, a vulnerar a tranquilidade da ordem jurídica.

13. Na seara do Direito Sancionador Administrativo, o art. 23 da Lei n. 8.429/1992 instituiu o *princípio da absoluta prescritibilidade das sanções administrativas*, nos seguintes termos:

Art. 23 - As ações destinadas a levar efeito as sanções previstas nesta Lei podem ser propostas:

I - até 5 (cinco anos) após o término do exercício de mandato, de cargo de confiança ou função de confiança;

II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para falta disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.

14. Da simples leitura do artigo mencionado, observa-se, com muita clareza, que a LIA estabeleceu o *termo inicial do prazo prescricional quinquenal*, para fins de ajuizamento da ACP, apenas em relação aos *agentes públicos mandatários* (art. 23, I) ou *servidores e empregados* (art. 23, II), mantendo-se silente, contudo, quanto à situação jurídica do particular que, de algum modo, concorreu com a prática da conduta qualificada como ímproba, ou dela se beneficiou.

15. Frente à omissão do legislador, faz-se necessário um esforço hermenêutico, pelo Órgão Julgador, para aplicar corretamente a norma reguladora constante no sistema jurídico, como ressalta evidente, pois seria incongruente que a iniciativa sancionadora do particular ficasse sem definição do seu termo extintivo.

16. Primeiramente, é de ser ter em vista que, ao terceiro/particular (que não exerce mandato, cargo em comissão, função de confiança, cargo efetivo ou emprego na Administração Pública) não pode incidir a regra constante no art. 23, I e II da Lei n. 8.429/1992, pois não há que se cogitar de aplicação extensiva de normas prescricionais entre regimes jurídicos visivelmente diversos; e tanto é assim, que a Lei n. 8.429/1992, apesar de prever, em seu art. 3º, a hipotética punição do terceiro que, em conluio com o agente público, ao menos corroborou com a prática do ato desonesto punível, não incluiu o particular como destinatário do prazo prescricional definido em seu art. 23, I e II.

17. Assim, como o pedido condenatório do Ministério Público lastreia-se na alegada nulidade de ato administrativo (mais especificamente, em contrato licitatório), o raciocínio mais razoável a ser delineado para o caso em exame paira no sentido de utilizar, por analogia, a regra constante no art. 21 da Lei n. 4.717/1965 (Lei da Ação Popular), que também dispõe a prescrição quinquenal para haver a nulidade do suposto ato causador de dano ao erário; o Decreto n. 20.910/1932, no seu art. 1º, também alude a esse mesmo prazo.

18. Em caso recente e semelhante, já se posicionou esta egrégia 1a. Turma do STJ na mesma linha ora sustentada, a saber:

Processual Civil e Administrativo. Agravos regimentais no agravo em recurso especial. Servidor público. Investidura em cargo efetivo sem concurso público. Ação civil pública. Anulação dos atos administrativos. Prescrição. Emprego análogo do prazo aplicável à ação popular (art. 21 da Lei n. 4.717/1965).

1. Esta Corte Superior de Justiça possui o entendimento de que, à míngua de previsão do prazo prescricional para a propositura da ação civil pública, aplica-se a esta, por analogia, a prescrição quinquenal prevista no artigo 21 da Lei n. 4.717/1965. Precedentes: AgRg no AREsp n. 113.967-PR, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe 22.6.2012; AgRg no REsp n. 1.185.347-RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 25.4.2012.

2. Agravo regimental do Ministério Público Federal não provido.

3. Agravo Regimental do Ministério Público Estadual não conhecido. (AgRg no AREsp n. 213.642-RN, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 24.4.2013).

19. Aparentemente, pode-se cogitar de inexistir relevância fática acerca da incidência do art. 23, I e II da LIA ou do art. 21 da LAP, uma vez que ambas definem um prazo quinquenal para a situação em análise; ocorre, contudo, que o termo inicial do quinquênio previsto no art. 21 da Lei da Ação Popular é a *data do ato lesivo*, conforme preceitua a jurisprudência sedimentada desta Corte Superior de Justiça:

Administrativo. Ação popular. Permissão. Transporte público intramunicipal. Desistência da ação. Lesividade do ato. Súmula n. 7-STJ. Art. 6º da LICC. Prequestionamento. Ausência. Prescrição. Divergência jurisprudencial não comprovada.

(...).

3. A ação popular prescreve em cinco anos a contar do evento lesivo (art. 5º da Lei n. 4.717/1965).

4. Quando se reputam ilegais e lesivos ao patrimônio municipal atos posteriores ao contrato de permissão inicialmente celebrado, o prazo prescricional tem como *dies a quo* não a assinatura do contrato, mas cada um desses atos lesivos.

5. Divergência jurisprudencial não comprovada.

6. Recurso especial conhecido em parte e improvido. (REsp n. 782.067-MG, Rel. Min. Castro Meira, DJ 27.2.2007, p. 245).

Ação popular. Privatização dos terminais rodoviários de São Paulo. Art. 21 da Lei n. 4.717/1965. Lustrum prescricional. Termo inicial. Primeiro ato concreto que se reputa lesivo à Administração. Pretensão de anulação da licitação e dos contratos. Prescrição caracterizada. Recurso especial improvido.

1. De acordo com o art. 21 da Lei n. 4.717/1965, prescreve em 5 anos a pretensão do autor popular. O termo inicial deve ser o primeiro ato concreto lesivo ao direito subjetivo do autor popular. Precedentes.

(...).

3. O primeiro ato concreto e lesivo à Administração e ao direito vindicado pelo autor popular, conforme se extrai do delineamento fático estabelecido na instância ordinária, foi o relatório elaborado pelo Grupo de Trabalho instituído pela Companhia do Metropolitano de São Paulo, cujo aviso para cadastramento das empresas interessadas no certame foi publicado em 4.11.1988. A partir daí, como mesmo reconhece o autor, surgiram os efeitos lesivos, como também nasceu a pretensão. Ajuizada que foi a ação popular em 22.11.1993, já se encontrava prescrita a pretensão de anulação do ato, em razão do lustro indicado no art. 21 da Lei n. 4.717/1965.

(...).

Recurso especial improvido (REsp n. 755.059-SP, Rel. Min. Humberto Martins, DJ 7.2.2008, p. 1).

20. O art. 23, I da Lei n. 8.429/1992, por sua vez, prevê, especificamente em seu inciso I, uma *causa impeditiva do prazo prescricional*, haja vista enunciar um fato obstativo ao início da contagem do lapso temporal. Esta norma, conforme já dito alhures, obviamente não pode ser aplicada ao particular, e a razão para tal afirmação tem como fundamento a singela constatação de que o *fato impeditivo previsto no inciso I do art. 23 da LIA tem como alicerce uma condição especial e pessoal do agente público: o vínculo com a Administração, decorrente do exercício de mandato, cargo em comissão ou função de confiança*.

21. O inciso II do art. 23 da LIA, por sua vez, apesar de não estipular uma causa impeditiva do prazo prescricional, prevê a aplicação do do prazo prescricional disposto em *lei específica, aplicável tão somente ao servidor público*

cujo regime jurídico aquela dispõe, para fins de imposição de pena de demissão a bem do serviço público, decorrente de faltas disciplinares.

22. Não há como sustentar, portanto, a aplicação, por analogia, do *dies a quo* do prazo prescricional previsto para o agente público à pessoa que não possui vínculo com a Administração, seja mandatário ou agente político (art. 23, I da LIA), seja servidor público (art. 23, II da LIA), daí porque *a prescrição em face do particular rege-se pelo direito comum*, seja pela Lei de Ação Popular (art. 21 da Lei n. 4.717/1965), seja pelo Decreto de Getúlio (art. 1º), *mormente quando o Ministério Público pleiteia a anulação do contrato administrativo.*

23. Assim, aplicando-se o disposto no art. 21 da Lei n. 4.717/1965 ao caso em comento, tem-se que os termos aditivos do contrato - que justificaram o ajuizamento da ACP - foram assinados em 13.2.2003 e 1º.4.2003 (fatos incontroversos no Raro Apelo e de acordo com as fls. 239-240), tendo a Administração firmado Termo de Recebimento da Obra em 22.8.2003 (fls. 244).

24. Como os atos tidos lesivos ao Erário ocorreram em 13.2.2003 e 1º.4.2003, estas são as datas que devem ser consideradas como termo inicial, para fins de aplicação das penalidades constantes na Lei n. 8.429/1992, à luz do que dispõe o art. 21 da Lei n. 4.717/1965.

25. A Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa, contudo, foi ajuizada apenas em 4.11.2008 (fls. 26), posteriormente aos prazos prescricionais quinquenais, iniciados em 13.2.2003 e 1º.4.2003, o que faz este Relator concluir que a pretensão do Poder Público em impor, à Empresa recorrente, as penalidades constantes na Lei de Improbidade Administrativa, encontra-se fulminada pela *prescrição*, impondo, dessa maneira, o provimento do presente Apelo Raro, para impedir a continuidade da ACP em desfavor da empresa que integra o pólo passivo da Demanda originária.

26. Em face do exposto, *dá-se provimento* ao presente Recurso Especial, para reconhecer a *prescrição da pretensão sancionatória e anulatória* da Administração Pública em face de *M. Tabet Engenharia e Consultiva S.C. Ltda.* É o voto.

VOTO-VENCEDOR

O Sr. Ministro Sérgio Kukina: Cuida-se, na origem, de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face de Pedro Dal Pian Flores (Diretor do Serviço

Autônomo de Água e Esgoto de Sorocaba - SAAE), M. Tabet Engenharia Consultiva S/C Ltda., Abílio Marum Tabet Filho (sócio gerente da M. Tabet Engenharia Consultiva S/C Ltda.) e Sônia Maria Marques Aló (sócia gerente da M. Tabet Engenharia Consultiva S/C Ltda.), sob a alegação de que o contrato para realização de obra firmado entre o SAAE-Sorocaba e a empresa M. Tabet Engenharia Consultiva S/C Ltda. teria sofrido vários aditamentos conflitantes com as regras postas no edital.

O *Parquet* estadual pleiteou, em síntese, “a anulação do contrato objeto dos autos, e seus aditivos, e a condenação dos réus, por infração ao art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa, com aplicação das penas previstas no art. 12, II, do mesmo diploma, a saber: ressarcimento integral do dano (tudo o que despendido com o contrato, em solidariedade, devidamente atualizado, a partir de cada desembolso, com acréscimo de juros de 1% ao mês); perda da função pública (se o caso); suspensão dos direitos políticos por oito anos; pagamento de multa civil de duas vezes o valor do dano; proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica do qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos” (fls. 35-36).

Conforme se vê às fls. 337-338, o Juízo de Direito da Vara da Fazenda Pública de Sorocaba-SP, afastando as alegações arguidas em defesa prévia, recebeu a petição inicial.

Na sequência, foi interposto agravo de instrumento. A 6ª Câmara de Direito Público do TJSP confirmou a decisão então impugnada, em acórdão assim ementado (fls. 404-406):

Agravo de instrumento. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Recebimento da petição inicial pelo Juízo “a quo”. Contrato administrativo modificado por inúmeros aditamentos. *Admissibilidade:* Presença de indícios suficientes para recebimento da petição inicial, em sede de cognição sumária, de acordo com o § 6º do art. 17 da Lei n. 8.429/1992 e art. 282 do CPC.

Decisão mantida.

Agravo de instrumento. Ação civil pública. Reconhecimento da prescrição. Preliminar afastada pelo Juízo singular. *Admissibilidade:* Aplica-se o prazo prescricional de cinco anos aos particulares não-agentes públicos que tenham concorrido para a prática do ato de improbidade, por interpretação extensiva do inciso I, do artigo 23, da Lei n. 8.429/1992. Decisão mantida.

Agravo de instrumento. Ação civil pública. Inépcia da inicial, ausência da causa de pedir e impossibilidade jurídica do pedido. Preliminar afastada pelo Juízo singular. *Admissibilidade:* A petição inicial descreveu e individualizou os fatos de forma clara e lógica, o que possibilitou o início da atividade jurisdicional, bem como permitirá a defesa. Decisão mantida.

Agravo de instrumento. Ação civil pública. Ausência de Idoneidade probatória dos documentos apresentados pelo Ministério Público. Preliminar afastada pelo Juízo singular. *Admissibilidade:* O Ministério Público apresentou documentos oficiais consistentes nos vários aditamentos realizados pelo SAAE - Sorocaba e a empresa agravante, sendo possível o início do processo. Decisão mantida.

Agravo de instrumento. Ação civil pública. Ofensa ao devido processo legal por ausência de intimação em processo administrativo promovido no Tribunal de Contas e no Inquérito Civil/MP. Preliminar afastada pelo Juízo Singular. *Admissibilidade:* O feito originário é uma ação civil pública por ato de improbidade administrativa, motivo pelo qual a decisão do Tribunal de Contas não é a motivadora da ação, além do mais o inquérito civil não tem natureza condenatória. Decisão mantida.

Preliminares rejeitadas e recurso desprovido

Opostos embargos declaratórios, foram rejeitados ante a inexistência dos vícios elencados no art. 535 do CPC.

Sobreveio o recurso especial de M. Tabet Engenharia Consultiva S/C Ltda., fundamentado no art. 105, III, **a** e **c**, da CF. A recorrente aponta, preliminarmente, afronta ao disposto no art. 535, II, do CPC e dissídio jurisprudencial, porque o Tribunal de origem fora omissivo quanto à análise do art. 59 da Lei n. 8.666/1993, pois teria deixado de se pronunciar quanto à alegada impossibilidade jurídica do pedido.

Quanto ao mérito, a recorrente alega violação: *(I)* ao art. 23, I e II, da Lei n. 8.429/1992, sustentando que o “contrato foi firmado em 10.12.2002, o primeiro aditivo, em 13.2.2003 e o segundo aditivo, em 10.4.2003” (fl. 443), de forma que a propositura da presente ação apenas em novembro de 2008 teria ultrapassado o prazo de cinco anos, a ser contado a partir do conhecimento do fato; *(II)* ao art. 295, parágrafo único, I, II e III, do CPC, porque a inicial não teria descrito ou comprovado qualquer conduta dolosa praticada por ela; *(III)* ao art. 59, parágrafo único, da Lei n. 8.666/1993, pois o pedido de ressarcimento de todo o valor despendido com o contrato é juridicamente impossível, por violar expressa determinação legal que assegura o direito do contratado de ser remunerado pelo serviço que prestou, ainda que decorrente de contratação nula; *(IV)* aos arts.

2º, *caput*, VIII e X, 3º, III, 28, 37 e 38 da Lei n. 9.784/1999, por entender que a ausência de intimação para integrar o processo administrativo que tramitou perante o TCSP, bem como o fato de não ter sido chamada para se manifestar no inquérito civil instaurado e conduzido pelo Ministério Público implicam afronta ao devido processo administrativo.

Contrarrazões às fls. 496-501.

A seu turno, o Ministério Público Federal, em parecer ofertado pela Subprocuradora-Geral da República Maria Caetana Cintra Santos, opina pelo desprovimento do nobre apelo.

É o relatório.

Segue o voto-vista.

Alegação de afronta ao art. 535/CPC.

Inicialmente, não cabe falar em ofensa ao art. 535 do CPC, ante a suposta ausência de análise do tema versado no art. 59 da Lei n. 8.666/1993. Com efeito, leia-se o seguinte trecho do acórdão proferido no julgamento dos embargos declaratórios ao agravo de instrumento (fls. 431-432):

O dispositivo contido no parágrafo único do art. 59 da Lei n. 8.666/1993 é fundamento legal e nada tem a ver com o fundamento jurídico do pedido.

A questão acerca da condenação solidária da embargante ao ressarcimento de tudo o que foi despendido com o contrato é matéria de mérito, impossível de apreciação na fase inicial do processo.

Como ensina o Prof. Vicente Greco Filho: "(...) é preciso observar que fundamento jurídico é diferente de fundamento legal; este é a indicação (facultativa porque o juiz conhece o direito) dos dispositivos legais a serem aplicados para que seja decretada a procedência da ação; aquele (que é de descrição essencial) refere-se à relação jurídica (...)" (*in* Direito Processual Civil Brasileiro. Editora Saraiva. 12ª edição. 1997. 2º volume. p. 98).

De se ver, portanto, que o Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, a questão. Ressalte-se que não se pode confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional.

Da alegada consumação da prescrição.

A compreensão do eminente Relator, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, é a de que "ao terceiro/particular (que não exerce mandato, cargo em

comissão, função de confiança, cargo efetivo ou emprego na Administração Pública) não pode incidir a regra constante no art. 23, I e II da Lei n. 8.429/1992, pois não há que se cogitar de aplicação extensiva de normas prescricionais entre regimes jurídicos visivelmente diversos” e que “como o pedido condenatório do Ministério Público lastreia-se na alegada nulidade de ato administrativo (mais especificamente, em contrato licitatório), o raciocínio mais razoável a ser delineado para o caso em exame paira no sentido de utilizar, por analogia, a regra constante no art. 21 da Lei n. 4.717/1965 (Lei da Ação Popular), que também dispõe a prescrição quinquenal para haver a nulidade do suposto ato causador de dano ao erário” (fl. 618). Entendeu Sua Excelência que o caso em exame é similar ao tema apreciado no *AgRg no AREsp n. 213.642-RN* (Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 24.4.2013), ocasião em que a Primeira Turma decidiu que, “à míngua de previsão do prazo prescricional para a propositura da ação civil pública, aplica-se a esta, por analogia, a prescrição quinquenal prevista no artigo 21 da Lei n. 4.717/1965”. Enfim, afirmou o eminente Relator que, diversamente do que dispõe o art. 23, I e II, da LIA, o termo inicial do quinquênio previsto no art. 21 da Lei da Ação Popular seria a data do ato lesivo, conforme a jurisprudência sedimentada nesta Corte (*REsp n. 782.067-MG*, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ 27.2.2007, p. 245 e *REsp n. 755.059-SP*, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJ 7.2.2008, p. 1), concluindo por reconhecer a prescrição da pretensão sancionatória da Administração Pública.

Ouso divergir desse entendimento. Explico.

De saída, tenho que a compreensão veiculada no *AgRg no AREsp n. 213.642-RN* (com embargos de divergência admitidos, mas ainda pendentes de análise) não se aplica a estes autos. Isso porque o presente caso possui uma particularidade em relação ao referido paradigma: aqui, a ação principal é uma ação civil pública *por ato de improbidade administrativa*, na qual se requer, além da anulação de contrato, *a condenação dos réus nas penas do art. 12, II, da LIA, por infração ao art. 10 do mesmo diploma*. Por outro lado, o julgado trazido por Sua Excelência o Relator como paradigma se reporta a uma ação civil pública para o fim de anulação de atos administrativos, sem qualquer notícia de eventual prática de condutas ímprobas. Daí o emprego por analogia, naquele caso, do prazo aplicável à ação popular.

Ora bem, a compreensão firmada neste Superior Tribunal é no sentido de que, nas ações de improbidade administrativa, para o fim de fixação do termo

inicial do curso da prescrição, aplicam-se ao particular que age em conluio com agente público as disposições do art. 23, I e II, da Lei n. 8.429/1992.

Vejam-se os seguintes precedentes:

Administrativo e Processual Civil. Ação de improbidade administrativa. Prescrição. Termo inicial. Data premissa fática. Súmula n. 7-STJ. Terceiro em conluio com agentes públicos. Aplicação do art. 23 da LIA. Súmula n. 83-STJ. Dosimetria. Art. 12 da LIA. Princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Súmula n. 7-STJ.

[...]

2. Nos moldes da jurisprudência firmada do STJ, aplica-se aos particulares, réus em ação de improbidade, a mesma sistemática cabível aos agentes públicos, prevista no art. 23, I e II, da Lei n. 8.429/1992, para fins de fixação do termo inicial da prescrição.

[...]

5. Agravo regimental não provido.

(*AgRg no REsp n. 1.159.035-MG*, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.11.2013, DJe 29.11.2013)

Recurso especial. Ação civil de improbidade. Contratações de serviços publicitários sem licitação. Homologação e pagamento administrativo sem a efetiva prestação do serviço. Terceiro que não é agente público. Prescrição. Indenização do erário. Imprescritibilidade. Participação em todos os atos de improbidade e conluio. Súmula n. 7-STJ. Dolo. Ausência de prequestionamento.

[...]

3. Em relação ao terceiro que não detém a qualidade de agente público, incide também a norma do art. 23 da Lei n. 8.429/1992 para efeito de aferição do termo inicial do prazo prescricional.

[...]

6. Recurso especial conhecido em parte e não provido.

(*REsp n. 1.156.519-RO*, Rel. Ministro Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 18.6.2013, DJe 28.6.2013)

Processual Civil e Administrativo. Agravo de instrumento. Ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Violação ao art. 535 do CPC. Inocorrência. Prazo prescricional nas ações propostas contra particular. Art. 23 da Lei n. 8.429/1992. Nulidade das citações. Falta de prequestionamento. Tipicidade da conduta dos agentes. Impossibilidade. Incidência da Súmula n. 7-STJ. Falta de fundamentação da decisão que recebe a petição inicial não configurada. Agravo regimental a que se nega provimento.

(*AgRg no Ag n. 1.300.240-RS*, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 21.6.2012, DJe 27.6.2012)

Processual Civil. Embargos de declaração. Ofensa ao art. 535 do CPC não configurada. Rediscussão da matéria de mérito. Impossibilidade. Improbidade. Termo *a quo* do prazo prescricional. Esclarecimento.

[...]

3. Tendo como escopo a aplicação das sanções previstas na Lei n. 8.429/1992, o particular submete-se ao mesmo prazo prescricional que o agente público que praticou o ato ímprobo. Precedentes do STJ.

4. Embargos de Declaração parcialmente acolhidos, sem efeito infringente, para fins de esclarecimento.

(*EDcl no AgRg no REsp n. 1.066.838-SC*, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 7.4.2011, DJe 26.4.2011)

Administrativo. Dissídio jurisprudencial não demonstrado. Ausência de cotejo analítico. Prazo prescricional nas ações de improbidade administrativa intentadas contra o particular. Termo inicial idêntico ao do agente público que praticou o ato ímprobo.

[...]

2. Esta Corte Superior entende que o termo inicial da prescrição em improbidade administrativa em relação a particulares é idêntico ao do agente público que praticou o ato ímprobo, matéria regulada no art. 23, I e II, da Lei n. 8.429/1992. Precedente: (REsp n. 773.227-PR, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 9.12.2008, DJe 11.2.2009.) Agravo regimental improvido.

(*AgRg no REsp n. 1.197.967-ES*, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 26.8.2010, DJe 8.9.2010)

Acrescente-se que o objetivo da regra estabelecida na LIA para contagem do prazo prescricional é justamente impedir que os protagonistas de atos de improbidade administrativa - quer agentes públicos, quer particulares em parceria com agentes públicos - explorem indevidamente o prestígio, o poder e as facilidades decorrentes da função ou cargo públicos para dificultar ou mesmo impossibilitar as investigações. No presente caso, haveria a possibilidade de interferência nas investigações de atos de improbidade, pois o agente público implicado na presente ação (Pedro Dal Pian Flores - Diretor do Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Sorocaba - SAAE) permaneceu vinculado à Administração até 2009, muito após a formalização dos termos aditivos ao contrato em questão.

Leia-se, ainda, o magistério de **José dos Santos Carvalho Filho**:

Numa primeira visão, é oportuno considerar que alguns intérpretes advogam que, ante o silêncio da lei, deve aplicar-se aos terceiros o prazo geral de cinco anos, com fundamento no Decreto n. 20.910/1932, que trata da prescrição quinquenal em relação às pretensões contra a Fazenda, isso independentemente da situação jurídica do agente parceiro na prática da improbidade.

Não obstante, parece dominar entendimento diverso, anotando-se certa convergência entre os estudiosos e na própria jurisprudência. Emerson Garcia sustenta que o terceiro não age de forma isolada no caso de improbidade e, sendo assim, o agente público coautor é “o elemento condicionante da própria tipologia legal”. Por tal motivo, a situação do agente é que deve nortear a identificação do prazo prescricional relativamente ao terceiro.

Na mesma trilha se coloca Pedro Roberto Decomain, para quem o prazo prescricional, “relativamente a particulares que se beneficiaram do ato ímprobo ou que colaboraram na respectiva prática, é o mesmo aplicável ao servidor faltoso”.

A jurisprudência firmou-se com idêntica interpretação. Na seguinte decisão do STJ ficou bem delineada essa posição:

O *dies a quo* do prazo prescricional, aplicável aos servidores públicos e agentes políticos, previsto no art. 23, inciso I, da Lei n. 8.429/1992, é extensivo aos particulares que se valeram do ato ímprobo, porquanto não haveria como ocorrer tal ilícito sem que fosse em concurso com agentes públicos ou na condição de beneficiários de seus atos [...].

Em outro aresto, assim decidiu o mesmo STJ:

Se alguém estranho ao serviço público praticar um ato de improbidade em concurso com ocupante de cargo efetivo ou emprego público, sujeitar-se-á ao mesmo regime prescricional do servidor público.

De fato, essa também nos parece a melhor interpretação. O fundamento é bem consistente e pode ser visto sob dois aspectos. Primeiramente, inexistente norma expressa que complete especificamente a prescrição para o terceiro. Ademais, o suporte jurídico que conduz o terceiro à sujeição da Lei de Improbidade é realmente o agente público que com ele participou do ato. Portanto, nada mais razoável que a pretensão a ser deduzida contra este último se identifique com aquela direcionada ao terceiro. E, se assim é, o prazo da prescrição será o mesmo para ambos os autores.

Partindo-se dessa premissa, urge concluir que vigora, na espécie, o regime da variabilidade do prazo: aplica-se ao terceiro o prazo prescricional fixado para o

agente. A identificação do prazo é consequente: só se vislumbra a prescrição da pretensão relativamente ao terceiro depois que for definido o prazo originalmente fixado para o agente.

Se o terceiro comete improbidade em concurso com agente titular de cargo em comissão ou titular de mandato, o prazo da prescrição será de cinco anos, *ex vi* do art. 23, I, da LIA. Caso, porém, o concurso seja com servidor público titular de cargo efetivo, aplicar-se-á o art. 23, II, segundo o qual a prescrição será definida pelo respectivo Estatuto. [...]

Quanto ao termo *a quo* do prazo, permanece a relação de subsidiariedade. O momento a partir do qual deve fluir o prazo de prescrição do agente público é o mesmo a ser aplicado ao terceiro coparticipante da improbidade. [...]

(CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Improbidade administrativa: prescrição e outros prazos extintivos*. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 192-193)

Não bastasse, como bem assentado no parecer ministerial, e também nos moldes da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é imprescritível a pretensão de ressarcimento de danos causados ao erário por atos de improbidade administrativa, pedido expressamente formulado na exordial do presente caso (fl. 35).

Confirmam-se, a propósito:

Administrativo e Processual Civil. Ação civil. Reparação de danos ao erário. Apuração do Tribunal de Contas. Ex-vereadores. Valores recebidos a maior. Imprescritibilidade. Precedentes do STF e STJ.

1. Diante da jurisprudência consolidada no STF e STJ, a pretensão de ressarcimento ao erário, independentemente de se tratar ou não de ato de improbidade administrativo, é imprescritível.

2. Recurso especial provido.

(REsp n. 1.350.656-MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 17.9.2013)

Administrativo. Pretensão de ressarcimento de danos causados ao erário por atos de improbidade administrativa. Imprescritibilidade.

1. A Primeira Seção do STJ firmou entendimento no sentido da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento de danos causados ao Erário por atos de improbidade administrativa. Precedentes também da Primeira e Segunda Turmas do STJ.

2. Recurso Especial não provido.

(REsp n. 1.312.071-RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 22.5.2013)

Agravo regimental. Administrativo. Pretensão de ressarcimento de danos causados ao erário por atos de improbidade administrativa. Imprescritibilidade.

1 - A jurisprudência das Turmas que compõem a Primeira Seção do STJ é no sentido da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento de danos causados ao erário por atos de improbidade administrativa.

Precedentes.

2 - Agravo regimental improvido.

(*AgRg no AgRg no AREsp n. 179.921-SP*, da minha relatoria, Primeira Turma, DJe 15.4.2013)

Administrativo. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Prescrição das penalidades. Pleito de ressarcimento. Cumulação. Desnecessidade de ação autônoma. Ilegitimidade *ad causam* do Ministério Público. Inovação.

1. Apesar de prescrita a ação civil de improbidade administrativa quanto à aplicação das penalidades, ainda persiste o interesse de obter o ressarcimento do dano ao erário, visto que se trata de ação imprescritível.

2. A alegação de que o Ministério Público não tem legitimidade para propor a ação de ressarcimento constitui inovação recursal, vedada no âmbito do regimental.

3. Agravo regimental conhecido em parte e não provido.

(*AgRg no REsp n. 1.287.471-PA*, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 4.2.2013)

Processual Civil. Recurso especial. Ação de ressarcimento ao erário. Improbidade administrativa. Legitimidade do Ministério Público.

1. Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público Federal contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que deu provimento ao agravo de instrumento para declarar a ilegitimidade ativa do Ministério Público para propor Ação de Improbidade Administrativa visando o ressarcimento dos danos ao erário decorrente de ato de improbidade administrativa, no caso, concessão irregular de benefícios previdenciários.

2. É pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de que a pretensão de ressarcimento por prejuízo causado ao erário, manifestada na via da ação civil pública por improbidade administrativa, é imprescritível. Daí porque o art. 23 da Lei n. 8.429/1992 tem âmbito de aplicação restrito às demais sanções prevista no corpo do art. 12 do mesmo diploma normativo.

3. O Ministério Público tem legitimidade *ad causam* para a propositura de ação objetivando o ressarcimento de danos ao erário, decorrentes de atos de improbidade administrativa, no caso, a alegada concessão irregular de benefícios previdenciários.

4. Recurso especial provido para reconhecer a legitimidade do Ministério Público e determinar o retorno dos autos ao Tribunal *a quo* para que sejam analisadas as questões apresentadas no agravo de instrumento dos ora recorridos.

(REsp n. 1.292.699-MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 11.10.2012)

Direito Administrativo. Agravo regimental no recurso especial. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Pedido de ressarcimento. Possibilidade. Ação imprescritível. Precedentes.

1. É entendimento desta Corte a ação civil pública, regulada pela Lei n. 7.347/1985, pode ser cumulada com pedido de reparação de danos por improbidade administrativa, com fulcro na Lei n. 8.429/1992, bem como que não corre a prescrição quando o objeto da demanda é o ressarcimento do dano ao erário público. Precedentes: REsp n. 199.478-MG, Min. Gomes de Barros, Primeira Turma, DJ 8.5.2000; REsp n. 1.185.461-PR, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 17.6.2010; EDcl no REsp n. 716.991-SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 23.6.2010; REsp n. 991.102-MG, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 24.9.2009; e REsp n. 1.069.779-SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 13.11.2009.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp n. 1.138.564-MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 2.2.2011)

Ressalte-se que o Supremo Tribunal Federal perfilha o mesmo entendimento (*MS n. 26.210*, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJ 10.10.2008; *RE n. 598.493-AgR*, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 13.5.2013; *AI n. 848.482-AgR*, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 22.2.2013; *RE n. 646.741-AgR*, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 22.10.2012; *AI n. 712.435-AgR*, Rel. Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 12.4.2012; *RE n. 578.428-AgR*, Rel. Ministro Ayres Britto, Segunda Turma, DJe 14.11.2011).

Na espécie, extrai-se dos autos que:

I. A ação civil pública manejada pelo *Parquet* estadual tem por objeto contrato administrativo firmado entre o Serviço Autônomo de Água e Esgoto - SAAE de Sorocaba-SP e a empresa M. Tabet Engenharia e Consultiva S/C Ltda., classificada em primeiro lugar em licitação na modalidade tomada de preços (Processo n. 33/2002).

II. Os atos alegadamente maculados pela improbidade, consubstanciados em termos aditivos ao contrato, foram praticados em 13.2.2003 e 1º.4.2003 (fls. 239-240).

III. A exordial da ação civil pública foi protocolizada perante o fórum de Sorocaba-SP em 4.11.2008 (fl. 26).

IV. O agente público Pedro Dal Pian Flores, então Diretor Geral do SAAE, desligou-se do cargo no ano de 2009 (fl. 412).

Diante desses fatos, o Tribunal de origem decidiu o seguinte (fl. 412):

Também, não há que se falar em ocorrência da prescrição, porque deve ser aplicado o disposto no inciso I, do artigo 23, I, da Lei n. 8.429/1992:

Art. 23. As ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas nesta Lei podem ser propostas:

I - até cinco anos após o término do exercício do mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança; (...)

Observe-se que esse prazo deve ser aplicado igualmente aos particulares não-agentes públicos que tenham induzido à prática do ato de improbidade ou concorrido para ela.

Assim, se o requerido, Pedro Dal Pian Flores, agente público, desligou-se de seu cargo no ano de 2009, não há que se falar em ocorrência da prescrição.

Irretocável, portanto, o acórdão recorrido, tendo em vista que a exordial da ação civil pública foi protocolizada em 4.11.2008 e o agente público Pedro Dal Pian Flores, então Diretor Geral do SAAE, desligou-se do cargo apenas no ano de 2009. Ademais, ainda que se entendesse de forma diversa quanto ao termo *a quo* da contagem do prazo prescricional (hipoteticamente, uma vez que já exposto o entendimento predominante nesta Casa sobre o tema), permaneceria hígida a pretensão de ressarcimento ao erário.

Do preenchimento das condições da ação.

Neste particular, a insurgência também não merece acolhida.

No tocante ao processamento da ação civil pública, a instância judicante de origem concluiu que os fatos imputados à recorrente foram devidamente narrados (realização de dois termos aditivos ao contrato com indícios de prejuízo ao erário), o processo foi instruído com prova documental do quanto alegado e, por fim, o pedido de condenação da recorrente nas sanções do art. 10 da Lei n. 8.429/1992 é consequência lógica dos fatos que a ela foram imputados. Leia-se (fls. 410-412):

No que se refere à rejeição das preliminares de [...] inépcia da inicial, ausência de causa de pedir, impossibilidade jurídica do pedido, ausência de idoneidade probatória e ofensa ao devido processo legal, o MM. Juiz de Direito assim decidiu:

[...] Suposta violação de direitos constitucionais da empresa contratada pela Corte de Contas é irrelevante nos autos, porque o Ministério Público embasa sua pretensão em documentos oficiais. Finalmente, não se cogita de inépcia da petição inicial porque esta descreve, claramente a causa de pedir e o pedido. Nesta oportunidade processual não ocorre análise do mérito da causa, mas sim dos pressupostos e condições da ação, bem como da presença de indícios razoáveis justificadores da instauração do processo por ato de improbidade. Pois bem, há prova documental da realização de aditamento de contrato administrativo, logo após sua celebração, circunstância que elevou de maneira importante o custo da obra pública e merece profunda análise durante o processamento do feito, seja sob o aspecto das conseqüências para o erário, seja sob o aspecto anímico, dos participantes da avença. (...)

O ilustre Magistrado rejeitou as preliminares argüidas pelos requeridos, dentre elas a ora agravante, em sede de defesa preliminar.

[...]

Os fatos narrados e, conseqüentemente, os atos imputados aos requeridos foram descritos pelo Ministério Público de forma clara, não havendo defeito expressional ou lógico a impedir o início da atividade jurisdicional.

A petição inicial de fls. 25-35 não pode ser considerada inepta, porque estão presentes os requisitos do art. 282 do Código de Processo Civil. Note-se que dos fatos narrados conclui-se logicamente o pedido, qual seja, de condenação dos requeridos por prática de ato de improbidade administrativa nos termos do artigo 10 da Lei n. 8.429/1992.

O acórdão recorrido não merece reparos, ante a regularidade formal da exordial e a existência, ao menos em exame prefacial, de indícios suficientes de autoria e materialidade a lastrear o prosseguimento da ação, no curso da qual a parte ora recorrente terá assegurados o contraditório e a ampla defesa.

Observe-se que a jurisprudência desta Corte tem asseverado que “é suficiente a demonstração de indícios razoáveis de prática de atos de improbidade e autoria, para que se determine o processamento da ação, em obediência ao princípio do *in dubio pro societate*, a fim de possibilitar o maior resguardo do interesse público” (*REsp n. 1.197.406-MS*, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 22.8.2013).

Nessa mesma linha de raciocínio:

Administrativo e Processual Civil. Agravo regimental no recurso especial. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Artigos 9º e 10 da Lei n. 8.429/1992. Subcontratação de serviços de publicidade contratados pela Câmara dos Deputados. Recebimento da inicial. Art. 17, § 8º, da Lei n. 8.429/1992. *In dubio pro societate*. Necessidade de nova inclusão de processo na pauta de julgamento. Prejuízo não demonstrado. Órgão colegiado composto por juízes convocados. Ausência de violação do princípio do juiz natural.

1. Nos termos do art. 17, § 8º, da Lei n. 8.429/1992, a ação de improbidade administrativa só deve ser rejeitada de plano se o órgão julgador se convencer da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita, de tal sorte que a presença de indícios da prática de atos ímprobos é suficiente ao recebimento e processamento da ação.

[...]

4. Agravo regimental não provido.

(*AgRg no REsp n. 1.186.672-DF*, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 13.9.2013)

Administrativo. Processual Civil. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Possível promoção pessoal em propaganda oficial. Indícios suficientes para o recebimento da petição inicial. Aplicação do princípio do *in dubio pro societate*. Revolvimento do conjunto fático e probatório no caso em concreto. Inocorrência. Conclusão alcançada a partir dos fundamentos utilizados no acórdão recorrido. Ocorrência de prequestionamento dos dispositivos tido como violados.

1. De acordo com a orientação jurisprudencial deste Sodalício, existindo meros indícios de cometimento de atos enquadrados na Lei de Improbidade Administrativa, a petição inicial deve ser recebida, fundamentadamente, pois, na fase inicial prevista no art. 17, §§ 7º, 8º e 9º, da Lei n. 8.429/1992, vale o princípio do *in dubio pro societate*, a fim de possibilitar o maior resguardo do interesse público. Precedentes.

2. No caso em tela, a análise dos fundamentos expostos no acórdão recorrido - sem que com isso seja necessário realizar o revolvimento do conjunto fático e probatório constante dos autos - há indícios de prática de ato de improbidade, tendo em vista que a promoção pessoal em informes publicitários oficiais é conduta que pode ser enquadrável nos ditames da Lei n. 8.429/1992, não havendo, assim, que se falar na ausência de justa causa para o processamento da demanda.

3. Além disso, observa-se ser por demais prematura a extinção do processo com julgamento de mérito, tendo em vista que nesta fase da demanda, a relação jurídica sequer foi formada, não havendo, portanto, elementos suficientes para um juízo conclusivo acerca da demanda.

4. Não houve o revolvimento de provas e fatos - o que é vedado na via recursal eleita a teor da Súmula n. 7-STJ - tendo em vista que, no caso em concreto, a circunstância quanto à existência de indícios de prática de ato qualificado por improbidade administrativa fora retirada do próprio acórdão, quando afirmou que a parte ora agravante - agente público do Município de Vitória-ES - inseriu seu nome no informe publicitário veiculado para estimular o contribuinte a pagar em dia o IPTU.

5. Além disso, não há que se falar em falta de prequestionamento dos dispositivos tidos como violados nas razões do recurso especial - art. 17, §§ 8º e 9º da Lei n. 8.429/1992 - tendo em vista que houve manifestação expressa a respeito dos mesmos no acórdão recorrido. Inviabilidade, assim, de aplicar as Súmulas n. 282 e 356, do Supremo Tribunal Federal.

6. Agravo regimental a que se nega provimento.

(*AgRg no REsp n. 1.317.127-ES*, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 13.3.2013)

A empresa recorrente sustenta, ainda, que o processo deveria ter sido extinto sem julgamento de mérito, por violação ao art. 59, parágrafo único, da Lei n. 8.666/1993. Entende que o pedido de ressarcimento de todo o valor despendido com o contrato é juridicamente impossível, por violar expressa determinação constante do referido dispositivo legal, que assegura o direito do contratado de ser remunerado pelo serviço que prestou, mesmo que decorrente de contratação nula.

O acórdão recorrido refutou a alegação, porque a “questão acerca da condenação solidária da embargante ao ressarcimento de tudo o que foi despendido com o contrato é matéria de mérito, impossível de apreciação na fase inicial do processo” (fl. 431). Com razão, mais uma vez, a Corte *a quo*, pois somente após a minuciosa análise das provas constantes dos autos é que se poderá concluir pela existência de eventual prejuízo a ser reparado, bem como dimensionar o respectivo montante.

Da alegada afronta ao devido processo administrativo.

Enfim, a insurgente alega que “não integrou o processo conduzido pelo Tribunal de Contas” do Estado de São Paulo e que “não foi intimada para integrar as investigações, apurações, eventual fase de produção de provas” (fl. 438-439) do inquérito civil instaurado pelo Ministério Público, não lhe tendo sido assegurado o contraditório e a ampla defesa na seara administrativa.

Os dispositivos legais nos quais lastreadas as referidas afirmações (arts. 2º, *caput*, VIII e X, 3º, III, 28, 37 e 38 da Lei n. 9.784/1999) não foram apreciados pelo Juízo *a quo*, nem sequer foram mencionados nos embargos declaratórios opostos. Logo, ante a ausência do necessário prequestionamento, incide o óbice da Súmula n. 282-STF.

Conclusão.

De tudo, tendo em mira o princípio *in dubio pro societate*, prevalescente neste momento processual, e a fragilidade das razões expendidas no recurso especial, que não lograram demonstrar que, na espécie, a inicial deveria ser rejeitada, impõe-se a manutenção do acórdão recorrido, no sentido do recebimento da exordial.

Ante o exposto, com o máximo respeito ao eminente Relator, *nego provimento* ao recurso especial.

É como voto.

VOTO-VISTA

Ementa: Processual Civil e Administrativo. Recurso especial. Improbidade administrativa. Recebimento da petição inicial. Agravo de instrumento. Vícios de integração. Inocorrência. Prescrição. Art. 23, I, da Lei n. 8.429/1992. Aplicação aos particulares que induzam, concorram ou se beneficiem da prática do ato ímprobo. Termo inicial. Término do exercício do mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança exercida pelo agente público. Indícios suficientes de autoria e materialidade afirmados pela Corte a quo. Ressarcimento. Existência e extensão dos prejuízos. Impossibilidade de apreciação initio litis. Alegação de ausência de intimação dos particulares no processo conduzido pelo Tribunal de Contas e no inquérito civil. Ausência de prequestionamento. Súmula n. 282-STF. Recurso não provido, acompanhando a divergência.

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Trata-se de recurso especial interposto por *M Tabet Engenharia e Consultiva S/C Ltda*, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, assim ementado (fls. 402-414):

Agravo de instrumento. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Recebimento da petição inicial pelo Juízo "a quo". Contrato administrativo modificado por inúmeros aditamentos. *Admissibilidade:* Presença de indícios suficientes para recebimento da petição inicial, em sede de cognição sumária, de acordo com o § 6º do art. 17 da Lei n. 8.429/1992 e art.282 do CPC. Decisão mantida.

Agravo de instrumento. Ação civil pública. Reconhecimento da prescrição. Preliminar afastada pelo Juízo singular. *Admissibilidade:* Aplica-se o prazo prescricional de cinco anos aos particulares não-agentes públicos que tenham concorrido para a prática do ato de improbidade, por interpretação extensiva do inciso I, do artigo 23, da Lei n. 8.429/1992. Decisão mantida.

Agravo de instrumento. Ação civil pública. Inépcia da inicial, ausência da causa de pedir e impossibilidade jurídica do pedido. Preliminar afastada pelo Juízo singular. *Admissibilidade:* A petição inicial descreveu e individualizou os fatos de forma clara e lógica, o que possibilitou o início da atividade jurisdicional, bem como permitirá a defesa. Decisão mantida.

Agravo de instrumento. Ação civil pública. Ausência de Idoneidade probatória dos documentos apresentados pelo Ministério Público. Preliminar afastada pelo Juízo singular. *Admissibilidade:* O Ministério Público apresentou documentos oficiais consistentes nos vários aditamentos realizados pelo SAAE - Sorocaba e a empresa agravante, sendo possível o início do processo. Decisão mantida.

Agravo de instrumento. Ação civil pública. Ofensa ao devido processo legal por ausência de intimação em processo administrativo promovido no Tribunal de Contas e no Inquérito Civil/MP. Preliminar afastada pelo Juízo Singular. *Admissibilidade:* O feito originário é uma ação civil pública por ato de improbidade administrativa, motivo pelo qual a decisão do Tribunal de Contas não é a motivadora da ação, além do mais o inquérito civil não tem natureza condenatória. Decisão mantida.

Preliminares rejeitadas e recurso desprovido

Opostos embargos de declaração, restaram rejeitados (fls. 428-433).

Nesta sede, sustenta o recorrente que o acórdão recorrido, além de ensejar divergência jurisprudencial, violou o disposto nos artigos: *a)* 535 do CPC, pois omisso sobre questão relevante; *b)* 23 da Lei n. 8.429/1992, na medida em que os aditivos contratuais, atos supostamente lesivos, foram firmados em 13/2/2003 e 1º.4.2003 e a presente ação apenas foi proposta em novembro de 2008; *c)* 295, parágrafo único, I a III, do CPC, pois a inicial seria inepta por ausência de causa de pedir e por não descrever conduta dolosa praticada

pelo agente; *d*) 59, parágrafo único, da Lei n. 8.666/1993, pois referida norma assegura ao contratado a remuneração do serviço efetivamente prestado, ainda que decorrente de contratação nula; e *e*) 2º *caput*, VIII e X, 3º, III, 28, 37 e 38 da Lei n. 9.784/1999, ante a ausência de sua intimação para integrar o processo administrativo que tramitou perante a Corte de Contas de São Paulo e o inquérito civil instaurado e conduzido pelo Ministério Público.

Contrarrazões às fls. 496-501.

O Ministério Público Federal, por meio do parecer de fls. 591-599, opinou pelo desprovimento do recurso especial.

Após o voto do Ministro Relator dando provimento ao recurso especial para reconhecer a prescrição da pretensão sancionatória e anulatória da Administração Pública em face da recorrente e o voto divergente do Ministro Sérgio Kukina negando provimento ao recurso especial por entender não consumada a prescrição e refutando as demais teses sustentadas no recurso especial, pedi vista dos autos para melhor análise.

Em relação à tese de ofensa ao art. 535 do CPC, cujo acórdão recorrido teria sido omissis acerca da aplicação do art. 59 da Lei n. 8.666/1993, resulta que o Tribunal *a quo* dirimiu suficientemente a controvérsia, nos termos seguintes (fl. 431):

O dispositivo contido no parágrafo único do art. 59 da Lei n. 8.666/1993 é fundamento legal e nada tem a ver com o fundamento jurídico do pedido.

A questão acerca da condenação solidária da embargante ao ressarcimento de tudo o que foi despendido com o contrato é matéria de mérito, impossível de apreciação na fase inicial do processo.

A questão controvertida, portanto, reside no reconhecimento, ou não, da prescrição, mediante análise da suposta ofensa ao art. 23 da Lei n. 8.429/1992, *in verbis*:

Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:

I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;

II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.

No ponto, embora a Lei n. 8.429/1992 não contenha norma específica sobre a prescrição das sanções aplicáveis aos particulares, a norma diretiva constante do art. 3º estabelece que “As disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta”.

Com efeito, a Lei n. 8.429/1992 trata da responsabilização dos agentes públicos que incorram em atos de improbidade administrativa. A subsunção dos particulares aos seus preceitos decorre, ordinariamente, da regra de extensão prevista no mencionado artigo 3º. Assim, todas as normas previstas na Lei de Improbidade, embora direcionadas aos agentes públicos, por extensão, devem ser aplicadas aos particulares que com ele concorram na prática de ato ímprobo.

Como bem observou o eminente Ministro Sérgio Kukina, em seu voto-vista, “o objetivo da regra estabelecida na LIA para contagem do prazo prescricional é justamente impedir que os protagonistas de atos de improbidade administrativa - quer agentes públicos, quer particulares em parceria com agentes públicos - usem indevidamente o prestígio, o poder e as facilidades decorrentes de cargo ou função públicos para dificultar ou mesmo impossibilitar as investigações”.

Nessa esteira, dissociar o termo inicial da prescrição dos agentes públicos e dos particulares, além de não encontrar amparo no sistema normativo, conforme demonstrado supra, poderia conduzir à impunidade dos particulares. Afinal, o impedimento legal do curso do prazo prescricional se refere a circunstância objetiva que incide sobre todos os envolvidos, inclusive particulares, qual seja, a dificuldade de detecção dos ilícitos qualificados enquanto o agente público estiver no exercício da função.

Ademais, prevalece na doutrina o entendimento de que as disposições sobre prescrição previstas no art. 23 da Lei n. 8.429/1992 são plenamente aplicáveis aos particulares, conforme elucidativo magistério de José dos Santos Carvalho Filho (Improbidade administrativa: prescrição e outros prazos extintivos. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 192-193), transcrito no voto-vista do eminente Ministro Sérgio Kukina.

Nesse sentido, também, é a jurisprudência assente desta Corte: AgRg no REsp n. 1.159.035-MG, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 29.11.2013; REsp n. 1.156.519-RO, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 28.6.2013; AgRg no Ag n. 1.300.240-RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki,

Primeira Turma, DJe 27.6.2012; EDcl no AgRg no REsp n. 1.066.838-SC, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 26.4.2011; AgRg no REsp n. 1.197.967-ES, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 8.9.2010.

No caso, a ação de improbidade foi proposta em 4.11.2008 e o agente público a quem foram imputados os atos de improbidade somente desligou-se do cargo no ano de 2009, conforme consignado no acórdão à fl. 412, razão pela qual inócurre a prescrição.

Por fim, importa considerar que as ações destinadas a ressarcir o erário por prejuízos decorrentes de atos ilícitos são imprescritíveis, nos termos do § 5º do art. 37 da Constituição Federal, *in verbis*:

A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

Portanto, em qualquer hipótese, remanesceria hígida a pretensão ressarcitória, eis que imprescritível.

Quanto às demais questões suscitadas no recurso especial, entendo que também foram adequada e suficientemente abordadas no voto divergente do Ministro Sérgio Kukina, razão pela qual procedo à respectiva transcrição:

Do preenchimento das condições da ação.

Neste particular, a insurgência também não merece acolhida.

No tocante ao processamento da ação civil pública, a instância julgante de origem concluiu que os fatos imputados à recorrente foram devidamente narrados (realização de dois termos aditivos ao contrato com indícios de prejuízo ao erário), o processo foi instruído com prova documental do quanto alegado e, por fim, o pedido de condenação da recorrente nas sanções do art. 10 da Lei n. 8.429/1992 é consequência lógica dos fatos que a ela foram imputados. Leia-se (fls. 410-412):

No que se refere à rejeição das preliminares de [...] inépcia da inicial, ausência de causa de pedir, impossibilidade jurídica do pedido, ausência de idoneidade probatória e ofensa ao devido processo legal, o MM. Juiz de Direito assim decidiu:

[...] Suposta violação de direitos constitucionais da empresa contratada pela Corte de Contas é irrelevante nos autos, porque o Ministério Público embasa sua pretensão em documentos oficiais. Finalmente, não se cogita de inépcia da petição inicial porque esta

descreve, claramente a causa de pedir e o pedido. Nesta oportunidade processual não ocorre análise do mérito da causa, mas sim dos pressupostos e condições da ação, bem como da presença de indícios razoáveis justificadores da instauração do processo por ato de improbidade. Pois bem, há prova documental da realização de aditamento de contrato administrativo, logo após sua celebração, circunstância que elevou de maneira importante o custo da obra pública e merece profunda análise durante o processamento do feito, seja sob o aspecto das conseqüências para o erário, seja sob o aspecto anímico, dos participantes da avença. (...)

O ilustre Magistrado rejeitou as preliminares argüidas pelos requeridos, dentre eles a ora agravante, em sede de defesa preliminar.

[...]

Os fatos narrados e, conseqüentemente, os atos imputados aos requeridos foram descritos pelo Ministério Público de forma clara, não havendo defeito expressional ou lógico a impedir o início da atividade jurisdicional.

A petição inicial de fls. 25-35 não pode ser considerada inepta, porque estão presentes os requisitos do art. 282 do Código de Processo Civil. Note-se que dos fatos narrados conclui-se logicamente o pedido, qual seja, de condenação dos requeridos por prática de ato de improbidade administrativa nos termos do artigo 10 da Lei n. 8.429/1992.

O acórdão recorrido não merece reparos, ante a regularidade formal da exordial e a existência, ao menos em exame prefacial, de indícios suficientes de autoria e materialidade a lastrear o prosseguimento da ação, no curso da qual a parte ora recorrente terá assegurados o contraditório e a ampla defesa.

Observe-se que a jurisprudência desta Corte tem asseverado que *“é suficiente a demonstração de indícios razoáveis de prática de atos de improbidade e autoria, para que se determine o processamento da ação, em obediência ao princípio do **in dubio pro societate**, a fim de possibilitar o maior resguardo do interesse público”* (REsp n. 1.197.406-MS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 22.8.2013).

Nessa mesma linha de raciocínio:

Administrativo e Processual Civil. Agravo regimental no recurso especial. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Artigos 9º e 10 da Lei n. 8.429/1992. Subcontratação de serviços de publicidade contratados pela Câmara dos Deputados. Recebimento da inicial. Art. 17, § 8º, da Lei n. 8.429/1992. *In dubio pro societate*. Necessidade de nova inclusão de processo na pauta de julgamento. Prejuízo não demonstrado. Órgão colegiado composto por juizes convocados. Ausência de violação do princípio do juiz natural.

1. Nos termos do art. 17, § 8º, da Lei n. 8.429/1992, a ação de improbidade administrativa só deve ser rejeitada de plano se o órgão julgador se convencer da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita, de tal sorte que a presença de indícios da prática de atos ímprobos é suficiente ao recebimento e processamento da ação.

[...]

4. Agravo regimental não provido.

(*AgRg no REsp n. 1.186.672-DF*, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 13.9.2013)

Administrativo. Processual Civil. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Possível promoção pessoal em propaganda oficial. Indícios suficientes para o recebimento da petição inicial. Aplicação do princípio do *in dubio pro societate*. Revolvimento do conjunto fático e probatório no caso em concreto. Inocorrência. Conclusão alcançada a partir dos fundamentos utilizados no acórdão recorrido. Ocorrência de prequestionamento dos dispositivos tido como violados.

1. De acordo com a orientação jurisprudencial deste Sodalício, existindo meros indícios de cometimento de atos enquadrados na Lei de Improbidade Administrativa, a petição inicial deve ser recebida, fundamentadamente, pois, na fase inicial prevista no art. 17, §§ 7º, 8º e 9º, da Lei n. 8.429/1992, vale o princípio do *in dubio pro societate*, a fim de possibilitar o maior resguardo do interesse público. Precedentes.

2. No caso em tela, a análise dos fundamentos expostos no acórdão recorrido - sem que com isso seja necessário realizar o revolvimento do conjunto fático e probatório constante dos autos - há indícios de prática de ato de improbidade, tendo em vista que a promoção pessoal em informes publicitários oficiais é conduta que pode ser enquadrável nos ditames da Lei n. 8.429/1992, não havendo, assim, que se falar na ausência de justa causa para o processamento da demanda.

3. Além disso, observa-se ser por demais prematura a extinção do processo com julgamento de mérito, tendo em vista que nesta fase da demanda, a relação jurídica sequer foi formada, não havendo, portanto, elementos suficientes para um juízo conclusivo acerca da demanda.

4. Não houve o revolvimento de provas e fatos - o que é vedado na via recursal eleita a teor da Súmula n. 7-STJ - tendo em vista que, no caso em concreto, a circunstância quanto à existência de indícios de prática de ato qualificado por improbidade administrativa fora retirada do próprio acórdão, quando afirmou que a parte ora agravante - agente público do Município de Vitória-ES - inseriu seu nome no informe publicitário veiculado para estimular o contribuinte a pagar em dia o IPTU.

5. Além disso, não há que se falar em falta de prequestionamento dos dispositivos tidos como violados nas razões do recurso especial - art. 17, §§ 8º e 9º da Lei n. 8.429/1992 - tendo em vista que houve manifestação expressa a respeito dos mesmos no acórdão recorrido. Inviabilidade, assim, de aplicar as Súmulas n. 282 e 356, do Supremo Tribunal Federal.

6. Agravo regimental a que se nega provimento.

(*AgRg no REsp n. 1.317.127-ES*, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 13.3.2013)

A empresa recorrente sustenta, ainda, que o processo deveria ter sido extinto sem julgamento de mérito, por violação ao art. 59, parágrafo único, da Lei n. 8.666/1993. Entende que o pedido de ressarcimento de todo o valor despendido com o contrato é juridicamente impossível, por violar expressa determinação constante do referido dispositivo legal, que assegura o direito do contratado de ser remunerado pelo serviço que prestou, mesmo que decorrente de contratação nula.

O acórdão recorrido refutou a alegação, porque a “*questão acerca da condenação solidária da embargante ao ressarcimento de tudo o que foi despendido com o contrato é matéria de mérito, impossível de apreciação na fase inicial do processo*” (fl. 431). Com razão, mais uma vez, a Corte *a quo*, pois somente após a minuciosa análise das provas constantes dos autos é que se poderá concluir pela existência de eventual prejuízo a ser reparado, bem como dimensionar o respectivo montante.

Da alegada afronta ao devido processo administrativo.

Enfim, a insurgente alega que “*não integrou o processo conduzido pelo Tribunal de Contas*” do Estado de São Paulo e que “*não foi intimada para integrar as investigações, apurações, eventual fase de produção de provas*” (fl. 438-439) do inquérito civil instaurado pelo Ministério Público, não lhe tendo sido assegurado o contraditório e a ampla defesa na seara administrativa.

Os dispositivos legais nos quais lastreadas as referidas afirmações (arts. 2º, caput, VIII e X, 3º, III, 28, 37 e 38 da Lei n. 9.784/1999) não foram apreciados pelo Juízo *a quo*, nem sequer foram mencionados nos embargos declaratórios opostos. Logo, ante a ausência do necessário prequestionamento, incide o óbice da Súmula n. 282-STF.

Ante o exposto, peço vênha ao eminente Relator para acompanhar a divergência inaugurada pelo Ministro Sérgio Kukina e *negar provimento* ao recurso especial.

É o voto.

VOTO

O Sr. Ministro Ari Pargendler: O art. 23 da Lei n. 8.429, de 1992, estipula que as ações por improbidade administrativa podem ser propostas até cinco anos após o término de mandato eletivo e do exercício de cargo em comissão ou de função de confiança.

Tratando-se, como na espécie, do exercício de cargo em comissão ou de função de confiança, diz-se que a lei é omissa no que diz respeito aqueles que, não sendo servidores públicos, concorrem para a prática do ato de improbidade administrativa.

A doutrina se divide acerca da existência, ou não, de lacunas na lei. Independentemente desse debate, aqui não se pode falar em lacuna. O centro de gravidade do ato de improbidade administrativa é o servidor público. Nessas condições, vale para todos os que participaram do ato de improbidade o prazo previsto na lei, agentes públicos ou não, até porque há aí um litisconsórcio unitário. Como reconhecer no ato do servidor público uma improbidade administrativa e deixar de proclamá-la em relação àquele que dele participou?

Acompanho, por isso, a divergência.

RECURSO ESPECIAL N. 1.442.494-SP (2014/0058500-0)

Relator: Ministro Sérgio Kukina

Recorrente: Companhia Paulista de Força e Luz CPFL

Advogados: Rodrigo Otávio Barioni

Fabiano Carvalho

Recorrido: Invista Nylon Sul Americana Ltda

Advogados: Luiz Eduardo M Lucas de Lima

Fernando Pereira Lopes de Medeiros

Maurício Cornagliotti de Moraes

Interessado: Fibra Dupont Sudamérica S/A

EMENTA

Processual Civil. Administrativo. Recurso especial interposto contra acórdão que, ao apreciar agravo de instrumento, manteve decisão do juízo de primeiro grau denegatória do pedido de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, formulado em “ação declaratória de inexistência de coisa julgada”, esta fundamentada na suposta revogação tácita da procuração outorgada ao advogado que foi intimado da sentença proferida na anterior ação indenizatória. Particularidades do caso que afastam a verossimilhança das alegações veiculadas na exordial. Recurso especial desprovido.

1 - A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é orientada no sentido de que a constituição de novo procurador nos autos, sem que haja ressalva em sentido contrário, acarreta revogação tácita dos mandatos anteriores (a título de exemplo, leiam-se: *HC n. 76.277-MS*, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 26.11.2012; *HC n. 114.698-RJ*, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, DJe 15.12.2008; *AgRg no REsp n. 178.544-SP*, Rel. Ministro Nilson Naves, Corte Especial, DJ 4.12.2000; *REsp n. 222.215-PR*, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJ 21.2.2000).

2 - O caso dos autos, no entanto, apresenta particularidades que, em linha de princípio, afastam a aplicação desse entendimento e, por conseguinte, retiram, *ao menos neste juízo de cognição sumária*, a verossimilhança das alegações da recorrente. Com efeito, restou incontroverso nos autos (portanto, trata-se de constatações que prescindem do reexame do acervo fático-probatório da causa) que: (I) o posterior instrumento de mandato - o qual, no entender da empresa recorrente, teria o condão de revogar tacitamente a procuração outorgada ao advogado que restou intimado da sentença proferida na ação indenizatória - somente foi juntado aos autos mais de quatro anos após haver sido lavrado; (II) a própria recorrente, mesmo após haver outorgado novo instrumento de mandato a procurador diverso, fez pedido para que as intimações fossem realizadas em nome do antigo advogado, sob pena de nulidade. Tais circunstâncias, por ora, apontam para a ausência do seu *animus* em revogar, ainda que tacitamente, a procuração anteriormente outorgada.

3 - Recurso especial desprovido.

ACÓRDÃO

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

Dr. Rodrigo Otávio Barioni, pela parte recorrente: Companhia Paulista de Força e Luz CPFL e o Dr. Maurício Cornagliotti de Moraes, pela parte recorrida: Invista Nylon Sul Americana Ltda.

Brasília (DF), 10 de junho de 2014 (data do julgamento).

Ministro Sérgio Kukina, Relator

DJe 27.8.2014

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina: Cuida-se, na origem, de ação declaratória de inexistência de coisa julgada, com pedido de antecipação de tutela (para suspensão da ação indenizatória promovida pela ora recorrida), proposta pela Companhia Paulista de Força e Luz - CPFL em face de Invista Nylon Sul Americana Ltda., sob a alegação de “nulidade da intimação dos termos da r. Sentença condenatória, proferida em demanda precedente” (fl. 4).

O pedido de antecipação de tutela, em primeira instância, restou indeferido pelos seguintes fundamentos (fl. 651):

[...]

Aprecio, pois, o pedido de tutela antecipada ou liminar para a suspensão da execução promovida pela ora ré em autos próprios.

Embora haja risco de grave dano de difícil ou incerta reparação ou, no caso de liminar, *periculum in mora*, caso a medida seja concedida somente ao final, não vislumbro nos autos prova inequívoca do direito alegado ou verossimilhança nas alegações iniciais, ou *fumus bom juris*, já que a questão de direito posta nesta ação (saber se a juntada de novo instrumento de mandato nos autos implica a revogação tácita do mandato anterior) já foi apreciada pelo juízo *a quo* e *ad quem* nos Autos n. 114.01.2000.031763-0, e decidida desfavoravelmente à autora (fls. 256-262).

Não se mostra razoável, no sentir desta Magistrada, que a suspensão da execução se sustente unicamente no alegado entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça não vinculante a todos os órgãos jurisdicionais.

Ademais, ainda que tal entendimento fosse vinculante, permitindo à ora autora recorrer da decisão condenatória por quantia certa nos mencionados autos, não lhe estaria assegurado que conseguiria reverter a condenação na instância superior.

Na sequência, foi interposto agravo de instrumento, com pedido de medida liminar. Conforme consta à fl. 656, o recurso foi recebido no efeito devolutivo, uma vez assentada a ausência de *fumus boni iuris*. A seu turno, a 30ª Câmara de Direito Privado do TJSP manteve a decisão que indeferiu a antecipação de tutela requerida, em acórdão assim ementado (fl. 685):

Ação declaratória de inexistência de coisa julgada. Decisão que indefere antecipação de tutela para sobrestamento de ação anteriormente proposta pela ré. Necessidade de manutenção. Ausência do “*fumus boni iuris*”.

Recurso desprovido.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados ante a inexistência de omissão, obscuridade ou contradição a sanar (fls. 700-706).

Sobreveio o presente recurso especial, admitido na origem, fundamentado no art. 105, III, a da CF. A recorrente, Companhia Paulista de Força e Luz, sustenta, em síntese:

(I) violação ao disposto nos arts. 458, II, e 535, II, do CPC, porque o Tribunal de origem não teria se manifestado sobre os temas veiculados nos aclaratórios;

(II) afronta aos arts. 682 e 687 do CC, tendo em vista que: (II.1) é pacífico no STJ o entendimento de que “a juntada de nova procuração para outro advogado, sem qualquer ressalva, implica revogação tácita da procuração anterior” - fl. 723; (II.2) “não há dúvida de que os poderes outorgados ao advogado Maurício Lopes Tavares por meio de substabelecimento anterior - datado de 10.11.2003 -, foram revogados com a revogação tácita da procuração à qual estava vinculado (datada de 31.10.2003)”, ou seja, “com a constituição de novo procurador, por meio da procuração datada de 5.12.2003, e sua juntada aos autos em 14.3.2008, sem qualquer ressalva, a procuração anterior foi revogada, deixando de subsistir também o substabelecimento” - fl. 724; (II.3) é nula a intimação da sentença, realizada em nome de advogado cujos poderes foram

revogados tacitamente pela constituição de novo advogado em nova procuração, sendo manifesta a verossimilhança da alegação de inexistência de coisa julgada;

(III) flagrante ofensa à norma do art. 273 do CPC, pois o Tribunal “afirmou não haver o *fumus boni iuris*, quando a aplicação da jurisprudência pacífica desse Colendo Superior Tribunal de justiça revela a certeza do direito invocado” (fl. 725).

Finalmente, cumpre relatar que, por meio da *Petição n. 181.153/2014* (fls. 1.003-1.017), a recorrente pleiteou a concessão de medida de urgência, para o fim de suspensão da ordem de levantamento do montante objeto deste litígio, pedido por mim deferido, até o julgamento deste apelo especial, em caráter prefacial e provisório (fls. 1.038-1.041), em decisão referendada por esta Primeira Turma em 3.6.2014.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina (Relator): Foram atendidos os pressupostos gerais de recorribilidade: os documentos de fls. 25-26, 27 e 28 revelam a regularidade da representação processual; às fls. 730-734, foram juntados documentos que comprovam o devido pagamento do preparo; e o recurso é tempestivo, pois a publicação do acórdão recorrido se deu em 22.5.2013 (fl. 707) e o ajuizamento do especial ocorreu em 6.6.2013 (fl. 709).

Verifica-se, inicialmente, não ter ocorrido ofensa aos arts. 458, II, e 535, II, do CPC, na medida em que o Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos presentes autos. Ressalte-se que não se pode confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional.

Adiante, cumpre asseverar que, nos termos da reiterada jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, *em regra*, não é cabível recurso especial para reexaminar os fundamentos utilizados pelas instâncias de origem para deferir ou indeferir medidas liminares ou antecipações de tutela. Confirma-se, a propósito, a ementa do *REsp n. 765.375-MA* (Rel. Ministro Teori Albino Zavascki):

Processual Civil. Decisão a respeito de antecipação da tutela. Limites da sua revisabilidade por recurso especial. Inviabilidade de reexame dos pressupostos da relevância do direito e do risco de dano.

1. Os recursos para a instância extraordinária somente são cabíveis em face de “causas decididas em única ou última instância” (CF, art. 102, III e art. 105, III). Não é função constitucional do STF e nem do STJ, no julgamento de recursos extraordinários e recursos especiais, substituir-se às instâncias ordinárias para fazer juízo a respeito de questões constitucionais ou infraconstitucionais que, naquelas instâncias, ainda não tiveram tratamento definitivo e conclusivo.

2. As medidas liminares de natureza cautelar ou antecipatória são conferidas à base de cognição sumária e de juízo de mera verossimilhança (art. 273, § 4º, art. 461, § 3º, primeira parte, art. 798 e art. 804 do CPC). Por não representarem pronunciamento definitivo, mas provisório, a respeito do direito afirmado na demanda, são medidas, nesse aspecto, sujeitas a modificação a qualquer tempo (CPC, art. 273, § 4º, art. 461, § 3º, parte final, e art. 807), devendo ser confirmadas ou revogadas pela sentença final. Em razão da natureza precária da decisão, o STF sumulou entendimento segundo o qual “não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar” (Súmula n. 735 do STF). Conforme assentado naquela Corte, a instância extraordinária, tratando-se de decisão interlocutória, está subordinada “à eficácia preclusiva da interlocutória relativamente à questão federal, constitucional ou ordinária, da qual se cogite. Ao contrário, se a puder rever a instância *a quo* no processo em que proferida - seja ele de que natureza for - dela já não caberá recurso extraordinário, nem recurso especial, não porque seja interlocutória, mas por não ser definitiva. É o que se dá na espécie, na qual - não obstante o tom peremptório com que o enuncia a decisão recorrida - a afirmação sobre a plausibilidade da pretensão de mérito será sempre um juízo de delibação essencialmente provisório e, por isso, revogável, quer no processo definitivo a ser instaurado, quer mesmo no processo cautelar” (RE n. 263.038-PE, 1ª Turma, Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 28.4.2000).

3. **Relativamente ao recurso especial, não se pode afastar, de modo absoluto, a sua aptidão como meio de controle da legitimidade das decisões que deferem ou indeferem medidas liminares. Todavia, a exemplo do recurso extraordinário, o âmbito da revisabilidade dessas decisões, por recurso especial, não se estende aos pressupostos específicos da relevância do direito (*fumus boni iuris*) e do risco de dano (*periculum in mora*). Relativamente ao primeiro, porque não há juízo definitivo e conclusivo das instâncias ordinárias sobre a questão federal que dá suporte ao direito afirmado;** e relativamente ao segundo, porque há, ademais, a circunstância impeditiva decorrente da Súmula n. 7-STJ, uma vez que a existência ou não de risco de dano é matéria em geral relacionada com os fatos e as provas da causa.

4. **Também não pode ser conhecido o recurso especial quanto à alegação de ofensa a dispositivos de lei relacionados com a matéria de mérito da causa, que, em liminar, é tratada apenas sob juízo precário de mera verossimilhança. Quanto a tal matéria, somente haverá “causa decidida em única ou última instância” com o julgamento definitivo.**

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, no ponto, improvido.

(sem destaques no original)

(REsp n. 765.375-MA, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 8.5.2006)

Nesse mesmo precedente, no entanto, restou assentado que, no tocante ao recurso especial, “não se pode afastar, de modo absoluto, a sua aptidão como meio de controle da legitimidade das decisões sobre medidas liminares, notadamente em casos em que o seu deferimento ou indeferimento importa ofensa direta às normas legais que disciplinam tais medidas”, o que pode ocorrer quando “há antecipação de tutela nos casos em que a lei a proíbe ou quando, para o seu deferimento, não tiverem sido observados os procedimentos exigidos pelas normas processuais”. Não é esse, contudo, o objeto do presente recurso especial, no qual o inconformismo se volta, em síntese, contra decisão que entendeu não estar configurado um dos requisitos para a concessão do pedido antecipatório pleiteado, qual seja, a verossimilhança das alegações.

Por outro lado, ainda que se afaste o óbice processual apontado, tenho que o recurso *não* merece acolhida.

Explico.

A própria recorrente delimita, na exordial, a tese central da “ação declaratória de inexistência de coisa julgada” (fl. 46) e do recurso especial: “o Dr. Maurício Lopes Tavares, quando recebeu a intimação da sentença e da decisão dos embargos de declaração, já não ostentava a condição de advogado da CPFL, porquanto o substabelecimento pelo qual havia recebido poderes decorria de mandato tacitamente revogado”. Isso porque “a procuração outorgada em 5.12.2003 ao Dr. Sérgio de Britto Pereira revogou tacitamente a procuração outorgada à Dra. Gisélia da Silva e, por consequência, o substabelecimento dela decorrente” (ou seja, o substabelecimento que atribuíra poderes ao Dr. Maurício Lopes Tavares).

Colocada nesses termos a questão a ser dirimida por esta Corte, convém relembrar que o presente apelo especial foi interposto contra acórdão que, ao apreciar agravo de instrumento, manteve a decisão de primeiro grau que indeferiu o pedido de antecipação da tutela jurisdicional formulado pela CPFL. Assim, nesta quadra processual não será examinado o mérito da lide, mas apenas a verossimilhança das alegações da empresa recorrente, requisito tido por ausente pelo Tribunal de origem, ao indeferir o pedido antecipatório.

Pois bem, não desconheço que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é orientada no sentido de que a constituição de novo procurador nos autos, sem que haja ressalva em sentido contrário, acarreta revogação tácita dos mandatos anteriores (a título de exemplo, leiam-se: *HC n. 76.277-MS*, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 26.11.2012; *HC n. 114.698-RJ*, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, DJe 15.12.2008; *AgRg no REsp n. 178.544-SP*, Rel. Ministro Nilson Naves, Corte Especial, DJ 4.12.2000; *REsp n. 222.215-PR*, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJ 21.2.2000).

O caso dos autos, no entanto, apresenta particularidades que, em linha de princípio, afastam a aplicação desse entendimento e, por conseguinte, retiram, *ao menos neste juízo de cognição sumária*, a verossimilhança das alegações da CPFL (particularidades que, é bom ressaltar, são incontroversas, prescindindo, por isso mesmo, do reexame do acervo fático-probatório da causa). Explico.

De fato, a procuração outorgada à Dra. Gisélia da Silva, que substabeleceu poderes ao Dr. Maurício Lopes Tavares (o qual, em 11.8.2008, restou intimado da sentença proferida na ação indenizatória originária), é datada de 31.10.2003. Em data posterior, 5.12.2003, a CPFL nomeou novo procurador, Dr. Sérgio de Brito Pereira. Interessante, aliás, salientar que os nominados causídicos pertenciam a um mesmo escritório de advocacia (fls. 171 e 191).

Ocorre que esse posterior instrumento de mandato outorgado ao Dr. Sérgio de Brito Pereira somente foi juntado aos autos em 14.3.2008. E o fato é que, no intervalo de tempo compreendido entre 5.12.2003 (data em que, repito, foi outorgada a procuração ao Dr. Sérgio de Brito Pereira) e 14.3.2008 (data da juntada daquele instrumento aos autos), o Dr. Maurício Lopes Tavares continuou a praticar, regularmente, atos processuais na defesa dos interesses da CPFL, merecendo particular destaque o pedido datado de 4.1.2006, no sentido de que todas as intimações desta última fossem feitas em seu nome (Dr. Maurício Lopes Tavares), sob pena de nulidade. É dizer: nada obstante tenha posteriormente outorgado poderes a procurador diverso daquele que substabelecera ao Dr. Maurício, a CPFL continuou, também e ainda, representada nos autos por esse antigo procurador (Dr. Maurício Lopes Tavares), que permanecia atuando com regularidade. Apenas depois de decorridos mais de 4 anos, em 14.3.2008, é que a ora recorrente houve por bem juntar o novo instrumento de mandato aos autos (datado de 5.12.2003), o

que, a meu sentir, aponta para a inexistência do *animus* em revogar, ainda que tacitamente, a procuração que houvera sido outorgada à Dra. Gisélia da Silva e, por conseguinte, o substabelecimento por meio do qual foram outorgados poderes ao Dr. Maurício Lopes Tavares.

Nesse amplo contexto, tenho que o entendimento perfilhado pelo Tribunal de origem, no sentido de que as alegações veiculadas pela CPFL não se revestem de verossimilhança, *não* merece reparos.

Ante o exposto, *nego* provimento ao recurso especial, restando *revogada* a liminar anteriormente deferida e referendada por este Colegiado.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Ari Pargendler: Os autos dão conta de que Companhia Paulista de Força e Luz ajuizou ação declaratória de inexistência de coisa julgada contra Invista Nylon Sulamericana Ltda.

O MM. Juiz de Direito indeferiu a antecipação da tutela, que visava a sustar a execução da sentença que não teria transitado em julgado por falta de regular intimação desta, e a decisão foi mantida pelo tribunal *a quo*.

Sobreveio agravo de instrumento, no qual a instância ordinária concluiu que a sentença havia sido objeto de intimação regular, e nesse tom seguiu o voto do relator deste recurso especial, Ministro Sérgio Kukina.

À parte essa questão, que foi bem resolvida na instância ordinária, o pedido de antecipação de tutela carece de verossimilhança por outro motivo.

Com efeito, tendo o escrevente deixado de certificar o trânsito em julgado da sentença proferida na ação de indenização porque da respectiva intimação não teria constado o nome do advogado “cadastrado para recebimento das publicações” (e-stj, fl. 236), o MM. Juiz de Direito declarou “válida a intimação de todos os atos, inclusive da sentença” (e-stj, fl. 248).

A decisão, atacada por agravo de instrumento, foi mantida pelo tribunal *a quo* (e-stj, fl. 296-302), de modo que também no ponto se operou a coisa julgada, que só poderia ser rescindida por ação rescisória no prazo próprio.

A inexistência da coisa julgada só se caracterizaria se não houvesse decisão a esse respeito nos autos da ação de indenização.

Voto, por isso, no sentido de conhecer do recurso especial, negando-lhe provimento.

VOTO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Sr. Presidente, antes de votar, também filio-me às palavras de reconhecimento do trabalho do Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima nesta Corte.

É um recurso especial também, parece-me, é a minha depreensão, de uma tutela antecipada, que em uma ação declaratória de inexistência de coisa julgada proposta e aceita, suspendeu-se o caminhar de uma execução no valor tal. Então, esse recurso especial foi contra a decisão que antecipou a tutela nesse sentido, para suspender, e pela nossa temática do art. 273, que pode propor a requerer tutela antecipada e pode ter, esta, cunho acautelatório e o juiz pode receber, como é o caso aqui.

Acompanho o voto do Sr. Ministro Relator.

RECURSO ESPECIAL N. 1.458.218-RJ (2014/0127557-7)

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Relatora para o acórdão: Ministra Marga Tessler (Juíza Federal convocada do TRF 4ª Região)

Recorrente: F H S

Recorrente: S H S

Advogados: Paulo Malta Lins e Silva

Eduardo Rodolpho M F de Carvalho

Fernanda Machado Moreira e outro(s)

Recorrido: União

Litis. Ativ: M L S

Advogados: Ricardo Levy Sadicoff

Ricardo Zamariola Junior

Carlos Roberto Fernandes Alves

EMENTA

Direito Internacional. Convenção de Haia. Retenção ilícita de criança. Cooperação jurídica internacional. Autoridade central norte-americana. Solicitação. Ação de busca, apreensão e restituição. Promoção pela União. Direito de guarda. Violação. Residência habitual. Transferência. Retenção. Recurso especial. Conhecimento. Negativa.

1. Demanda proposta pela União a partir de solicitação formulada pela autoridade central norte-americana à autoridade central brasileira, embasada na Convenção de Haia Sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças e no instituto da cooperação jurídica internacional, visando à busca, apreensão e restituição de criança em razão de violação ao direito de guarda do genitor por ação da genitora, que promoveu a ilícita transferência da criança de sua residência habitual, localizada nos Estados Unidos, para o Brasil, e a sua consequente retenção.

2. O acórdão recorrido, originado do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, reconheceu a procedência do pedido ao fundamento da ilicitude da transferência empreendida pela genitora da criança, que se encontrava compromissada em não afastá-la do Estado de Illinois por prazo superior de 15 dias, bem assim fornecer informações acerca de seu paradeiro, o que restou descumprido.

3. O recurso especial foi proposto com suporte na alegação de contrariedade ao artigo 535 do CPC, na suposta violação a dispositivos da Convenção de Haia, do Código Civil Brasileiro, do Estatuto da Criança e do Adolescente, da Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assim também na tese de dissídio jurisprudencial com precedentes deste Tribunal sobre o tema.

4. No capítulo concernente à contrariedade ao artigo 535 do CPC, deixaram de ser suficientemente evidenciadas as supostas omissões do acórdão recorrido, uma vez que apenas foram deduzidas asserções genéricas e despidas de demonstração sobre a sua efetividade quanto ao julgamento da demanda, que logicamente não têm o condão de permitir o trânsito do recurso, fazendo por atrair, de outro tanto,

a aplicação da Súmula n. 284 do STF, cujo enunciado afirma que “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.” Nesse exato sentido a jurisprudência desta Primeira Turma, consoante torna claro o decidido no AgRg no AREsp n. 554.604-RJ, Relator o Ministro Sérgio Kukina, julgado em 4.11.2014, DJe 11.11.2014.

5. No tocante à afirmada violação aos dispositivos dos diplomas normativos indicados, a irresignação transparece nítido intuito de revolvimento da matéria probatória carreada aos autos. Diante desse contexto, no tocante a tais pontos o recurso especial esbarra no enunciado da Súmula de n. 7 desta Corte, o qual preceitua no sentido de que “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”

6. Em precedente similar, esta Corte assentou entendimento na linha ora adotada, confira-se: “Nesse ponto, melhor destino não se revela o recurso, pois a tarefa de apreciar os elementos de convicção e apontar o ‘melhor interesse da criança’ não ultrapassa a instância ordinária, soberana no exame do acervo fático-probatório dos autos. Incidência da Súmula n. 7-STJ. Precedentes: (REsp n. 900.262-RJ, Rel. Ministra Nancy Andrigbi, Terceira Turma, julgado em 21.6.2007, DJ 8.11.2007; REsp n. 954.877-SC, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 4.9.2008, DJe 18.9.2008) Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 1.293.800-MG, Relator o Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 28.5.2013, DJe 5.6.2013).

7. Quanto ao sustentado dissídio jurisprudencial com precedentes deste Tribunal, há omissão na peça do recurso especial a propósito da sua exata demonstração, com a ausência de realização de cotejo indicativo de modo preciso dos preceptivos legais interpretados divergentemente e das conclusões emanadas de seu exame, o que frustra a admissibilidade do especial. Assim a jurisprudência deste Superior, figurando na qualidade de exemplo o julgado representado pelo AgRg no AREsp n. 531.420-PR, Relatora a Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 6.11.2014, DJe 21.11.2014.

8. Recurso especial a que se nega conhecimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Benedito Gonçalves, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Relator e Sérgio Kukina, não conhecer do recurso especial nos termos do voto da Sra. Ministra Marga Tessler (Juíza Federal convocada do TRF 4ª Região), que lavrará o acórdão. Votaram com a Sra. Ministra Marga Tessler (Juíza Federal convocada do TRF 4ª Região) os Srs. Ministros Benedito Gonçalves e Regina Helena Costa.

Brasília (DF), 25 de novembro de 2014 (data do julgamento).

Ministra Marga Tessler (Juíza Federal convocada do TRF 4ª Região),
Relatora

DJe 11.12.2014

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Depreende-se dos autos que a União propôs Ação Ordinária de Busca, Apreensão e Restituição de menores em face de F.H.S. e S.H.S., com fundamento na Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças (Decreto n. 3.413/2000 c.c. o Decreto n. 3.951/2001).

2. Relatou a inicial que, em março de 2010, a Autoridade Central Brasileira recebeu de sua congênere norte-americana pedido de cooperação jurídica internacional em matéria civil a fim de restituir àquele País a menor S.H.S., que teria sido ilegalmente subtraída dos Estados Unidos da América.

3. Informou que M.L.S., ora recorrido, e F.H.S., ambos de nacionalidade brasileira, contraíram matrimônio nos Estados Unidos em 29.4.2005, do qual adveio uma filha, S.H.S., nascida em 15.7.2008, no território estadunidense, onde a família possuía residência habitual.

4. Narrou que o casal encontra-se em processo de separação judicial, e o juízo norte-americano ainda não havia se pronunciado, definitivamente, acerca da guarda da criança, de maneira que ambos os genitores detinham o poder familiar e eram igualmente competentes para decidir o local de sua residência.

5. Registra que a recorrente F.H.S., em 27.8.2009, munida de autorização judicial, veio ao Brasil, na companhia de sua filha, para visitar sua família no Rio de Janeiro-RJ por 14 dias; contudo, após o término do prazo fixado pelo juízo americano, a recorrida informou o recorrido M.L.S. que não retornaria mais aos Estados Unidos com a filha, restando configurado, a partir deste momento, a *retenção ilícita* da menor, já que a alteração do domicílio da criança ocorrera de forma unilateral, sem anuência de seu Genitor.

6. Ante tais circunstâncias, o pai M.L.S. recorreu à Autoridade Central Americana para fins de aplicação da Convenção de Haia de 1980, tendo esta Autoridade encaminhado solicitação de cooperação jurídica internacional à sua congênera brasileira, pedido este recebido em março de 2010, momento no qual a Autoridade Central Brasileira iniciou a adoção das medidas cabíveis para o retorno da infante.

7. Relata, por outro lado, que a recorrida F.H.S. ajuizou Ação de Guarda da menor S.H.S., que tramitou perante o juízo da 8ª Vara de Família da Capital do Rio de Janeiro (Processo n. 0267261-78.2009.8.19.0001), na qual deferiu-se a guarda provisória à Genitora. Todavia, à luz da Convenção de Haia de 1980, o juiz natural para análise deste pedido, nos casos de transferência ou retenção indevida de menor, é o *do local de residência habitual da criança* antes da transferência ou retenção ilegal, devendo a questão ser dirimida, portanto, pelo Poder Judiciário dos Estados Unidos da América.

8. Em contestação (fls. 374-409), relatou a ré que a 8ª Vara de Família do Rio de Janeiro deferiu a guarda provisória da criança exclusivamente em favor da ré, o que afastaria a incidência do art. 16 da Convenção de Haia, mormente levando em consideração que o próprio Genitor da menor optou por distribuir a Ação de Separação Judicial contra a ré no Brasil, existindo sentença brasileira transitada em julgado nesse aspecto (Processo n. 2009.001.033.600-6). Destacou, ainda, que tanto a menor quanto a ré vinham sofrendo ameaças e violações à sua integridade físico-psíquica por parte do Pai, M.L.S., o que justificou a permanência de ambas no Brasil, impondo-se, dessa maneira, a análise do melhor interesse da criança, que, acrescenta-se, já se encontra plenamente integrada em seu novo meio, juntamente com sua Mãe e seus familiares maternos e paternos. Defendeu a inaplicabilidade da Convenção de Haia de 1980 na presente demanda, uma vez que o caso envolve, apenas e tão somente, brasileiros natos; por isso, a questão deveria ser dirimida pelo juízo estadual do Rio de Janeiro - atual residência da menor. Asseverou que a corte

norte-americana reconheceu o caráter agressivo de M.L.S., tanto que impôs medidas protetivas favoráveis à Genitora e à criança (dentre elas, dever de manter distância mínima de 75 metros da ex-esposa).

9. No Brasil, requereu a guarda da menor perante a Justiça Estadual, que foi favorável.

10. Em Sentença, o MM. Juiz Federal da 14ª Vara da Seção Judiciária do Rio de Janeiro *julgou procedente* o pedido, concedente a antecipação de tutela, para determinar a busca e apreensão da menor S.H.S. e o retorno ao local de sua residência habitual, nos Estados Unidos da América, para ser encaminhada à Autoridade Central norte-americana, à luz da Convenção de Haia, no prazo de até 30 dias. Para tanto, destacou a incidência da Convenção de Haia de 1980 à presente demanda, nos termos do seu art. 3º, que dispõe o seguinte:

Art. 3º A transferência ou a retenção de uma criança é considerada ilícita quando:

a) tenha havido violação a direito de guarda atribuído a pessoa ou a instituição ou a qualquer outro organismo, individual ou conjuntamente, pela lei do Estado onde a criança tivesse sua residência habitual imediatamente antes de sua transferência ou da retenção; e

b) esse direito estivesse sendo exercido de maneira efetiva, individual ou em conjuntamente, no momento da transferência ou da retenção ou devesse está-lo sendo se tais acontecimentos não tivessem ocorrido.

O direito de guarda referido na alínea a) pode resultar de uma atribuição de pleno direito, de uma decisão judicial ou administrativa ou de um acordo vigente segundo o direito desse Estado.

11. Fundamentou a parte dispositiva, ainda, nas circunstâncias fáticas da demanda, ressaltando ter restado caracterizada a retenção ilícita da criança S.H.S. a partir do momento em que sua Genitora não retornara aos Estados Unidos da América no prazo consignado judicialmente pela Corte norte-americana, violando, dessa maneira, o direito de guarda do Pai (art. 3º, da Convenção de Haia), uma vez que a ambos competia definir a residência da menor; destacou que, ao contrário do que alegou a recorrente, esta possuía apenas a *custódia provisória* da criança, de maneira que o Pai possuía direito de visitação regulado pela Justiça Estadunidense. A propósito, confira-se o trecho da Sentença, nesse aspecto:

A menor S.H.S. nasceu nos Estados Unidos da América, em 15.7.2008, filha de pais brasileiros, que residiam nos Estados Unidos, e foi trazida ao Brasil pela Ré,

em 27.8.2009, para visitar a família materna no Rio de Janeiro, com autorização judicial do Poder Judiciário estadunidense, para permanecer no Brasil pelo prazo de 14 (quatorze) dias, findo o qual deveria retomar aos Estados Unidos, país da residência habitual da criança. O retorno da criança não ocorreu, caracterizando como ilícita a retenção da menor pela genitora, tal como definida no citado art. 30 da Convenção de Haia, ante a violação do direito de guarda atribuído pela Lei do Estado onde a criança tinha sua residência habitual imediatamente antes de sua retenção ilícita.

À época da transferência da menor para o Rio de Janeiro, a Ré possuía à sua custódia provisória, com direito de visitação do pai regulado pela Justiça Estadunidense (fls. 5 13, 53 1, item A, e 544, item 3) (fls. 1.705).

12. Ressaltou que a decisão sobre a guarda, proferida pela douta 8ª Vara de Família da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro *não possui aptidão* de produzir efeitos nesta demanda, à luz do que dispõe o art. 17 da Convenção de Haia (Art. 17. *O simples fato de que uma decisão relativa à guarda tenha sido tomada ou seja passível de reconhecimento no Estado requerido não poderá servir de base para justificar a recusa de fazer retornar a criança nos termos desta Convenção, mas as autoridades judiciais ou administrativas do Estado requerido poderão levar em consideração os motivos dessa decisão na aplicação da presente Convenção*).

13. Destacou, noutro giro, que não restaram averiguadas as hipóteses previstas no art. 13 da Convenção de Haia, hábeis a justificar a manutenção da criança neste país:

O art. 13 do Decreto n. 3.413/2000 dispõe:

“Sem prejuízo das disposições contidas no Artigo anterior, a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido não é obrigada a ordenar o retorno da criança se a pessoa, instituição ou organismo que se oponha a seu retorno provar:

a) que a pessoa, instituição ou organismo que tinha a seu cuidado a pessoa da criança não exercia efetivamente o direito de guarda na época da transferência ou da retenção, ou que havia consentido ou concordado posteriormente com esta transferência ou retenção; ou b) que existe um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável.

A autoridade judicial ou administrativa pode também recusar-se a ordenar o retorno da criança se verificar que esta se opõe a ele e que a criança atingiu já idade e grau de maturidade tais que seja apropriado levar em consideração as suas opiniões sobre o assunto.

Ao apreciar as circunstâncias referidas neste Artigo, as autoridades judiciais ou administrativas deverão tomar em consideração as informações relativas à

situação social da criança fornecidas pela Autoridade Central ou por qualquer outra autoridade competente do Estado de residência habitual da criança.” No caso em tela não restou caracterizada a hipótese prevista na letra **a** do art. 13.

À época da remoção, estava pendente discussão sobre a guarda na Sexta Vara Judiciária do Condado de Champaign, no Estado de Illinois, tendo a. Ré obtido tão-somente uma custódia provisória, que não lhe concedia poderes para decidir sobre mudança de domicílio da menor, o que fica claro a partir da necessidade de obter a autorização judicial quando da viagem ao Brasil.

Acrescenta-se que a Lei de Matrimônio e Dissolução de Matrimônio de Illinois prevê, durante o curso da ação, até a decisão final, situação “[...] (3) restringindo ambas as partes a remoção de qualquer filho (a) menor de idade de qualquer parte do Estado de Illinois ou impedindo que esse filho(a) seja escondido(a) da outra parte, sem o consentimento da outra parte ou uma ordem do tribunal” (seção, 750 ILCS 5/501.1a), como se lê às fls. 09 da inicial e no documento anexado pela Autoridade Central às fls. 353, dispositivo a que faz referência o parecer do Ministério Público Federal (fls. 1.669).

Ademais, em nenhum momento o Sr. M. L. S., pai da menor, consentiu na referida mudança, tendo, inclusive, se oposto à remoção, na audiência realizada em 18.8.2009 (fls. 1.549), em que foi deferido o pedido de remoção temporária.

Não está presente, outrossim, a hipótese prevista na letra **b** do art. 13 da Convenção de Haia, consistente no risco de a criança, no seu retomo, ficar sujeita a perigos de ordem física e psíquica, ou, de qualquer modo, ficar numa situação intolerável.

O relato que resultou na medida cautelar protetiva (original às fls. 276-277, tradução às fls. 535-540) não narra qualquer tipo de violência contra a menor S.H.S., tendo esta sido incluída na ordem de emergência pelo fato de a pessoa protegida ser a sua mãe e cuidadora primária.

(...).

Eventuais situações de maltrato ou violência, que sequer foram comprovados, não são suficientes para a recusa na ordem de retomo da criança.

Isto porque a norma prevista no art. 13, **b**, do Decreto n. 3.413/2000 é excepcional, somente incidindo em caso de inexistência de Estado de Direito e omissão das autoridades de segurança pública e judiciária, o que não ocorre na hipótese dos autos.

O Poder Judiciário dos Estados Unidos atuou de forma efetiva, quando provocado pela Ré, o que resultou, inclusive, na ordem protetiva anteriormente citada (fls. 1.708-1.710).

14. Obtemperou ser inviável cogitar-se da aplicação do parágrafo do art. 13 da Convenção que sugere levar em consideração a vontade da menor quanto ao

seu retorno ao país estrangeiro, ante sua tenra idade (*Art. 17. [...] A autoridade judicial ou administrativa pode também recusar-se a ordenar o retorno da criança se verificar que esta se opõe a ele e que a criança atingiu já idade e grau de maturidade tais que seja apropriado levar em consideração as suas opiniões sobre o assunto*).

15. Igualmente, ressaltou que a situação ilícita foi causada pela própria Mãe recorrente, que descumpriu decisão do juízo norte-americano; ademais, o fato de a criança ter se adaptado à vida no Brasil não convalida a ilegalidade de sua transferência, já que a Ação foi ajuizada em lapso temporal inferior a um ano, a contar da retenção ilícita - circunstância esta que, diga-se de passagem, torna o Poder Judiciário estadunidense o juízo competente para análise das questões atinentes à guarda da criança, por ser o país onde residia antes da retenção ilícita.

16. Em grau de Apelação, o Tribunal de origem, *por maioria, deu provimento ao recurso materno, ponderando que o retorno da menor ao território americano implicaria seu afastamento da mãe, e como o pai não possui a guarda, a filha do casal poderia ser recolhida à instituição similar à casa de custódia de menores; assim, atendendo-se ao efetivo interesse do menor, determinou-se a permanência da filha com a mãe.*

17. O referido acórdão de Apelação foi objeto de Embargos Infringentes, os quais, *por maioria, foram providos, ressaltando, inicialmente, que a conclusão esposada no acórdão embargado fundamentou-se em premissas fáticas equivocadas, ao declarar que o Genitor da menor não possuía sua guarda, uma vez que ambos os pais possuíam a guarda compartilhada da filha, de maneira que, à época da transferência da menor para o Rio de Janeiro, a Embargada possuía a sua custódia provisória, com direito de visitação do pai regulado pela Justiça estadunidense (...), mas competia a ambos os pais decidir sobre a residência da criança, e, posteriormente, caracterizada a reten o ilícita da criança no território brasileiro, ao pai foi concedida a guarda provisória pela Justiça americana (onde a criança tinha sua residência habitual imediatamente antes de sua reten o), ou seja, pelo juiz natural* (fls. 2.104).

18. Assim, houve o restabelecimento da Sentença em todos os seus termos, destacando-se, nessa seara, que *a presente demanda não tinha por escopo deliberar sobre a defini o da guarda da menor S.H.S., pois esta matéria tem que ser solucionada pelo juízo natural, que   o Estado de residência habitual da criança imediatamente antes da reten o ilegal* (art. 3 , alínea a, da Conven o de Haia).

19. Ponderou-se, por oportuno, que as alega es de que o pai era agressivo e que chegava em casa alcoolizado, incapacitado de prover   filha os cuidados

necessários, não foram comprovados na instrução processual, ressaltando a inaplicabilidade do art. 13, alínea **b**, no presente caso, ante a ausência de demonstração de caso extremado de família perigosa ou abusiva, ou de ambiente social ou nacional perigoso, estando a Justiça Americana resguardando, de forma plena e eficaz, tanto os direitos da menor quanto os de sua mãe.

20. Pontuou, por fim, que manter a criança no Brasil implicaria a premiação do sequestrador, ressaltando, nessa senda, que o próprio Voto Vencedor em sede de Apelação refutou esta alegação, pois corriqueiramente os sequestradores se valem da mora da Justiça para obter este fato consumado.

21. Os Embargos de Declaração opostos às fls. 2.266-2.280 foram rejeitados no *decisum* de fls. 2.288-2.299.

22. Contra o acórdão proferido em sede de infringentes, F.H.S. e S.H.S. interpõem Recurso Especial, lastreado nas alíneas **a** e **c** do inciso III do art. 105 da CF/1988, restando o acórdão ora objurgado ementado nos seguintes termos:

Internacional. Convenção da Haia. Retenção ilícita de criança. Embargos infringentes.

1. A época da transferência para o Rio de Janeiro, a Embargada possuía a custódia provisória da menor, com direito de visitação do pai regulado pela Justiça norte-americana, onde a criança tinha residência habitual. A vinda da criança ao Brasil foi requerida pela mãe - que se comprometeu expressamente a "retornar à jurisdição [americana] com a criança menor" -, e autorizada pela 6ª Vara Judiciária do Condado de Champaign, Illinois, nos seguintes termos: "Fica a Autora autorizada a conduzir a menor S.S. ao Brasil. A menor não deverá se afastar do estado de Illinois por mais de 15 (quinze) dias, incluindo os dias computados na viagem. Essa licença só é concedida com a condição de a Autora fornecer ao Réu, através do advogado deste, detalhadas informações a respeito de quando a criança irá deixar o Estado de Illinois, quando irá retomar, bem como o n do telefone pelo qual a Autora da Ação e quem quer que estiver cuidando da criança possa falar."

2. Não obstante, a Embargada não retornou aos EUA, caracterizando-se a retenção ilícita da menor, consoante o artigo 3º da Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças.

3. Como deixa claro o preâmbulo da Convenção: "Os Estados signatários da presente Convenção, firmemente convictos de que os interesses da criança são de primordial importância em todas as questões relativas à sua guarda; desejando proteger a criança, no plano internacional, dos efeitos prejudiciais resultantes de mudança de domicílio ou de retenção ilícitas e estabelecer procedimentos que garantam o retorno imediato da criança ao Estado de sua residência habitual,

bem como assegurar a proteção do direito de visita; decidiram concluir uma Convenção para esse efeito e acordaram nas seguintes disposições". Destarte, como decidiu a Suprema Corte da Argentina, "o objetivo da Convenção da Haia é precisamente procurar o melhor interesse da criança (Convenção dos Direitos da Criança), dando fim ao deslocamento ou à manutenção ilícita."

4. As exceções previstas no artigo 13, para não esvaziar a própria finalidade da Convenção, devem ser interpretadas restritivamente, sendo certo, como ensina Jacob Dolinger, que as exceções devem ser entendidas em caráter humanitário, "visando a evitar que a criança seja enviada a uma família perigosa ou abusiva, a um ambiente social ou nacional perigoso, como um país em plena convulsão". Mais à frente, em comentário à reunião da Comissão Especial da Conferência de DIP da Haia, de 1993, acentuou: "Aliás, as informações prestadas pelos participantes da reunião revelaram que as exceções fixadas no artigo 13 são interpretadas pelos tribunais restritivamente, daí poucas vezes uma defesa nelas baseada é bem-sucedida. Todas as hipóteses levantadas durante o debate sobre os perigos que podem advir, em certos casos, da devolução da criança, receberam a mesma resposta: caberá à jurisdição da origem da criança decidir sobre o paradeiro a ser dado à mesma, a fim de protegê-la de quaisquer perigos, o que pode, aliás, ser sugerido pelo Estado devolvente ao Estado devolvido."

5. Neste caso, ademais, a ordem de proteção (*restraining order*) concedida pela Justiça estadunidense, além de não se referir à criança, porquanto foi mantida íntegra a visitação do pai, foi concedida inaudita altera parte e à vista "da petição" da requerente, sem falar que os fatos alegados, em si mesmos, não caracterizariam, a rigor, o caráter agressivo do genitor.

6. Por fim, viola flagrantemente a Convenção a tese de que o simples fato de uma criança, há três anos, não conviver com o pai, estar morando com a mãe num outro país representaria "perigo de ordem psíquica" sua restituição, pois seria a consagração da ilegalidade, a premiação do sequestrador, o repúdio ao compromisso internacional, além de ser falso o argumento, já que "o retorno da criança ao país de residência habitual pode ser efetuado sob a supervisão materna, para que a situação da menor seja apreciada pelo juiz natural". Aliás, a idéia de "fato consumado pelo tempo" foi expressamente rejeitada pelo próprio voto-condutor, que foi taxativo: "Eu não levaria também em consideração o fato de que ela já está aqui há dois, três, anos. Não digo que este seja o caso. Mas, normalmente, infelizmente, constata-se que os ditos sequestradores que levam as crianças para fora da residência ou do domicílio se fazem valer da lentidão da Justiça exatamente para obter esse fato consumado. Para mim, isto é irrelevante: o tempo que está aqui."

7. Embargos infringentes providos (fls. 2.257-2.259).

23. Nas razões do Raro Apelo de fls. 2.305-2.321, preliminarmente, ofensa ao art. 535 do CPC, arguindo que:

Os vv. acórdãos recorridos insistiram em (i) violar os artigos 3º, **a**, 17, 13, **a e b** e 20 da Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças; os artigos 1.583, parágrafo 2º, e 21 do Código Civil; os artigos 33, 1º, 3º, 4º, *caput* e parágrafo único, **a**, 5º, 6º, 15, 17 e 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente; os artigos 3º, alínea 1, 9º, alínea 1 e 16 da Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança; e os artigos 5º, alínea 1, 11, alíneas 1, 2 e 3, 17, alínea 1, e 19 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, (ii) mantendo-se omissos quanto à apreciação da questão reiterada e posta a exame, de que, em ambas as Cortes (Brasil e EUA), o pai, ora Recorrido, não conseguiu a guarda, ao contrário da mãe, que tem a guarda provisória da filha, e, ainda, (iii) ignorando os pareceres do Ministério Público Federal favoráveis à Recorrente.

24. Ressalta que o Tribunal *a quo* não se manifestou sobre os artigos apontados como violados nos Aclaratórios, o que enseja, dest'arte, a anulação dos acórdãos recorridos.

25. No mérito, aponta negativa de vigência aos arts. 3º, (a), 17, 13, **a e b**, e 20 da Convenção de Haia; arts. 1.583, § 2º, e 21, do CC/2002; arts. 33, 1º, 3º e 4º, *caput* e parág. único, **a**, 5º, 6º, 15, 17 e 19 do ECA; arts. 3º, alínea 1, 9º, alínea 1 e 16 da Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança; e arts. 5º, alínea 1, 11, alíneas 1, 2 e 3, 17, alínea 1 e 19 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

26. Destaca, nessa seara que se almeja a proteção do melhor interesse da criança, assim como sua integridade física e psíquica. Registra que o menor está com a mãe há 5 anos e que o genitor mora sozinho nos Estados Unidos, sem emprego definido, ressaltando, ainda, que os avós paternos e maternos residem no Brasil e ambos os genitores são brasileiros natos.

27. Assevera que a Justiça Federal jamais realizou Estudo Social e Psicológico, sendo que no processo de origem, apenas foram ouvidos a recorrente e os avós paternos da criança.

28. Pondera que a menor está inteiramente integrada ao meio em que vive e que não pode ser retirada, de forma abrupta, do convívio que possui com sua genitora.

29. Pugna pela reforma do acórdão proferido em sede de Embargos Infringentes, para que seja mantida a criança na guarda da Genitora.

30. Contrarrazões às fls. 2.702-2.716.

31. O douto *Ministério Público Federal*, em parecer de lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República *José Elaeres Marques Teixeira* (fls. 2.757-

2.768) oficiou pelo *não conhecimento* do Recurso Especial, conforme ementa abaixo:

Recurso Especial. Insurgência que não ataca a norma legal que fundamentou o julgado recorrido. Súmula n. 284-STF. Revolvimento de matéria fático-probatória. Súmula n. 7-STJ. Divergência jurisprudencial. Transcrição de ementas. Ausência de cotejo analítico. Parecer pelo não conhecimento do recurso especial (fls. 2.757).

32. É o que havia de importante para ser relatado.

VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. Inicialmente, no tocante ao art. 535 do CPC, não há como acolher a alegação de sua violação, uma vez que a lide foi resolvida com a devida fundamentação, ainda que sob ótica diversa daquela almejada pelas ora recorrentes. As questões postas em debate foram efetivamente decididas, não tendo havido vício algum que justificasse o manejo dos Embargos Declaratórios na douda Corte *a quo*. Com efeito, o julgamento diverso do pretendido, como na espécie, não implica ofensa à norma ora invocada e, por outro lado, segundo reiterativa jurisprudência desta Corte Superior, os declaratórios não se prestam para rever o julgado, dado o seu perfil específico e restritivo (art. 535 do CPC). Ademais, insta consignar que o Tribunal de origem não está obrigado a manifestar-se, pormenorizadamente, sobre todos os dispositivos legais apontados em sede de Aclaratórios, pois mostra-se suficiente a apreciação de questões de fato e de direito relevantes para a causa - alegadas pelas partes ou apreciáveis de ofício - o que ocorreu no caso concreto.

2. Quanto ao mais, a questão discutida nos presentes autos é daquelas tão importantes, que exigem do Julgador, mais do que conhecimento técnico da Lei ou da jurisprudência, uma sensibilidade especial; qualquer decisão a ser tomada, certamente, sob uma ou outra ótica, não será totalmente satisfatória ou justa.

3. Discute-se, aqui, direito fundamental dos mais importantes e caros a qualquer um que conhece a felicidade e as angústias da maternidade/paternidade: o direito de convivência com os filhos e do exercício pleno do pátrio poder, sabidamente indispensável para a garantia do equilíbrio físico, emocional, psíquico e social do indivíduo.

4. Após as brilhantes sustentações apresentadas da nobre tribuna de advogados, nesta assentada, verifico que a Justiça protege a pretensão da mãe

postulante, a meu ver, levando-se em conta, sobretudo, o interesse da criança, que já reside no Brasil há cerca de 5 anos. Penso que essa circunstância sobreleva as disposições das normas internacionais, das normas legais e até das normas culturais.

5. Porque as leis, a meu sentir, como todos nós certamente cumprimos e entendemos, são feitas para os homens e para os fatos da vida. Creio, com firmeza, que o oposto dessa assertiva não deva ser prestigiado. A Hermenêutica não serve à ordem das coisas, serve aos impulsos da vida; penso que, levando-se em conta todas essas peculiaridades, o interesse da menor, o fato de haver nos Estados Unidos uma ordem de prisão contra a mãe, tudo isso pesa, e pesa muito, na elaboração de uma decisão de um caso como este.

6. Essa circunstância é relevantíssima para essa decisão e, na minha prudente visão, possui peso específico, determinante para o julgamento. Pensando nas condições psíquico-emocionais da criança, ponderando o melhor espírito conciliador da minha parte, os aspectos mais sensíveis e emocionais do caso em apreciação, inclino-me para prover o Nobre Apelo das partes recorrentes, a despeito de ter plena ciência de que as regras positivadas pelas autoridades, sobrescritas pelo Brasil, elaboradas pelos órgãos competentes para expedi-las, compõem o chamado *quadro positivo do Direito* e possuem um peso extraordinário sobre nossas consciências e nossas mentes.

7. Todavia, penso também que, quando se verifica (como verifico) com a devida vênia, nesse caso concreto, que há um dissídio inconciliável, que há uma oposição irrevogável entre o que é legal e o que é justo, creio que a orientação do Superior Tribunal de Justiça (e não Superior Tribunal de Legalidade) deva propender para essa outra alternativa de solução que agora adoto e proponho como sendo a adequada para resolver essa pendência recursal extraordinária especial e espero que os pais dessa criança possam, no melhor espírito cristão e de harmonia, encontrar um *modus convivendi* de ambos com a filha menor, que é o motivo da disputa, a meu ver, com todo o respeito, egoística entre eles.

8. Portanto, apesar da credibilidade internacional dos tratados e a respeitabilidade que as nações adquirem quando os cumprem (e a descredibilidade que, também, adquirem quando os ofendem), os tratados internacionais, principalmente os tratados sobre relações conflituosas, não são individuais, mas também são interestatais, são desrespeitados a cada minuto, por exemplo: o tratado que proíbe torturar prisioneiros, o que proíbe fuzilar prisioneiros, manter pessoas presas sem culpa formada, usar meios vexatórios

para se obter confissões. Tudo isso é proibido e abominado, contudo é praticado diariamente sob a vista da mídia internacional.

9. Não creio que seja esse desrespeito à Convenção de Haia que vá atrair para o Brasil a pecha de falsear as promessas de cumprimento dos tratados. Há também tratados no âmbito da colaboração internacional contra o crime, no âmbito do Direito Tributário, da proibição de bitributação, que o Brasil se esmera diariamente em desrespeitar e descumprir.

10. Penso que o juízo de família trazido à baila é extremamente delicado e, nesse diapasão, o que menos conta é a lei, pois o que prepondera é a sensibilidade do Juiz, é a sua percepção das coisas concretas que acontecem na vida.

11. Diante de tais considerações, dou provimento ao Nobre Apelo, mantendo a criança na guarda da mãe.

12. Ante o julgamento deste Raro Apelo, julga-se prejudicada a análise da Medida Cautelar n. 21.951-RJ, conexa a este processo. É o voto.

VOTO-VISTA

Ementa: Processual Civil e Administrativo. Recurso especial. Convenção da Haia. Repatriação de menor ilicitamente retido. Ofensa ao art. 535, I e II, do CPC. Inexistência. Acórdão devidamente fundamentado. Indicação de dispositivos legais sobre os quais a Corte de origem não teria se manifestado. Falta de argumentação a respeito. Súmula n. 284-STF. Código Civil. ECA (Lei n. 8.069/1990). Convenção da ONU sobre direitos da criança. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Normativos dos diplomas legais que não foram prequestionados. Razões recursais que não abordam as aludidas ofensas. Súmula n. 284-STF. Aferição da situação sócio-econômica do progenitor. Necessidade de estudo social ou psicológico. Transferência à residência de origem que supostamente ofenderia o direito à vida privada da criança e da progenitora. Questões que, no caso, demandam o reexame do contexto fático-probatório dos autos. Recurso parcialmente conhecido e desprovido na parte conhecida, divergido do voto do e. Relator.

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Trata-se de recurso especial interposto com fundamento no artigo 105, III, **a** e **c**, contra acórdão proferido no Tribunal Regional Federal da 2ª Região que contém a seguinte ementa (fl. 2.257):

Internacional. Convenção da Haia. Retenção ilícita de criança. Embargos infringentes.

1. A época da transferência para o Rio de Janeiro, a Embargada possuía a custódia provisória da menor, com direito de visitação do pai regulado pela Justiça norte-americana, onde a criança tinha residência habitual. A vinda da criança ao Brasil foi requerida pela mãe - que se comprometeu expressamente a "retomar à jurisdição [americana] com a criança menor" -, e autorizada pela 6ª Vara Judiciária do Condado de Champaign, Illinois, nos seguintes termos: "Fica a Autora autorizada a conduzir a menor S.S. ao Brasil. A menor não deverá se afastar do estado de Illinois por mais de 15 (quinze) dias, incluindo os dias computados na viagem. Essa licença só é concedida com a condição de a Autora fornecer ao Réu, através do advogado deste, detalhadas informações a respeito de quando a criança irá deixar o Estado de Illinois, quando irá retornar, bem como o n. do telefone pelo qual a Autora da Ação e quem quer que estiver cuidando da criança possa falar."

2. Não obstante, a Embargada não retornou aos EUA, caracterizando-se a retenção ilícita da menor, consoante o artigo 30 da Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças.

3. Como deixa claro o preâmbulo da Convenção: "Os Estados signatários da presente Convenção, firmemente convictos de que os interesses da criança são de primordial importância em todas as questões relativas à sua guarda; desejando proteger a criança, no plano internacional, dos efeitos prejudiciais resultantes de mudança de domicílio ou de retenção ilícitas e estabelecer procedimentos que garantam o retorno imediato da criança ao Estado de sua residência habitual, bem como assegurar a proteção do direito de visita; decidiram concluir uma Convenção para esse efeito e acordaram nas seguintes disposições". Destarte, como decidiu a Suprema Corte da Argentina, "o objetivo da Convenção da Haia é precisamente procurar o melhor interesse da criança (Convenção dos Direitos da Criança), dando fim ao deslocamento ou à manutenção ilícita."

4. As exceções previstas no artigo 13, para não esvaziar a própria finalidade da Convenção, devem ser interpretadas restritivamente, sendo certo, como ensina Jacob Dolinger, que as exceções devem ser entendidas em caráter humanitário, "visando a evitar que a criança seja enviada a uma família perigosa ou abusiva, a um ambiente social ou nacional perigoso, como um país em plena convulsão". Mais à frente, em comentário à reunião da Comissão Especial da Conferência de DIP da Haia, de 1993, acentuou: "Aliás, as informações prestadas pelos participantes da reunião revelaram que as exceções fixadas no artigo 13 são interpretadas pelos tribunais restritivamente, daí poucas vezes uma defesa nelas baseada é bem-sucedida. Todas as hipóteses levantadas durante o debate sobre os perigos que podem advir, em certos casos, da devolução da criança, receberam a mesma resposta: caberá à jurisdição da origem da criança decidir sobre o paradeiro a ser dado à mesma, a fim de protegê-la de quaisquer perigos, o que pode, aliás, ser sugerido pelo Estado devolvente ao Estado devolvido."

5. Neste caso, ademais, a ordem de proteção (*restraining order*) concedida pela Justiça estadunidense, além de não se referir à criança, porquanto foi mantida íntegra a visitação do pai, foi concedida inaudita altera parte e à vista “da petição” da requerente, sem falar que os fatos alegados, em si mesmos, não caracterizariam, a rigor, o caráter agressivo do genitor.

6. Por fim, viola flagrantemente a Convenção a tese de que o simples fato de uma criança, há três anos, não conviver com o pai, estar morando com a mãe num outro país representaria “perigo de ordem psíquica” sua restituição, pois seria a consagração da ilegalidade, a premiação do sequestrador, o repúdio ao compromisso internacional, além de ser falso o argumento, já que “o retorno da criança ao país de residência habitual pode ser efetuado sob a supervisão materna, para que a situação da menor seja apreciada pelo juiz natural”. Aliás, a idéia de “fato consumado pelo tempo” foi expressamente rejeitada pelo próprio voto-condutor, que foi taxativo: “Eu não levaria também em consideração o fato de que ela já está aqui há dois, três, anos. Não digo que este seja o caso. Mas, normalmente, infelizmente, constata-se que os ditos sequestradores que levam as crianças para fora da residência ou do domicílio se fazem valer da lentidão da Justiça exatamente para obter esse fato consumado. Para mim, isto é irrelevante: o tempo que está aqui.”

7. Embargos infringentes providos.

Embargos de declaração rejeitados às fls. 2.293-2.299.

A recorrente alega, preliminarmente, a negativa de prestação jurisdicional ante a ofensa ao artigo 535, I e II, do CPC, pois: (a) a Corte de origem não se manifestou a respeito da inexistência de deferimento da guarda por parte do pai-requerente nas Cortes de Illinois e do Estado do Rio de Janeiro; (b) os pareceres do Ministério Público Federal, nas instâncias ordinárias, são favoráveis à recorrente; e (c) não foi apreciada a incidência de dispositivos infraconstitucionais e constitucionais (Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, artigos 3º, 12, 13, 17 e 20; Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei n. 8.069/1990, artigos 1º, 3º, 4º, 5º, 6º, 15, 17, 19 e 33; Código Civil, artigos 21 e 1.583, § 2º; Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança, artigos 3º, 5º, 9º, 11, 16, 17 e 19; Constituição Federal, artigos 5º, X, 226, *caput*, e 227).

No mérito, sustenta, além do dissídio jurisprudencial, a ofensa aos artigos 3º, **a**, 13, **a** e **b**, 17 e 20 da Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças; artigos 21 e 1.583, § 2º, do Código Civil; artigos 1º, 3º, 4º, *caput*, e parágrafo único, **a**, 5º, 6º, 15, 17, 19 e 33, do Estatuto da Criança e do Adolescente; artigos 3º, alínea 1, 9º, alínea 1 e 16 da Convenção

da ONU sobre Direitos da Criança; e os artigos 5º, alínea 1, 11, alíneas 1, 2 e 3, 17, alínea 1, e 19 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, aos argumentos de que: (a) não deve ser determinado o retorno da criança porque o pai mora sozinho, não tem emprego definido, as famílias paterna e materna são residentes no Brasil, na cidade do refúgio; (b) não se realizou estudo social e psicológico na Justiça Federal; (c) o deferimento da medida viola a vida privada e familiar da menor e da genitora. Indica como acórdãos paradigmas os arestos proferidos nos seguintes julgamentos: REsp n. 1.293.800-MG, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, DJe de 5.6.2013; REsp n. 1.239.777-PE, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, 2ª Turma, DJe de 19.4.2012.

Com contrarrazões às fls. 2.702-2.716.

Decisão de admissão do recurso na Corte de origem às fls. 2.733-2.735.

Parecer do Ministério Público Federal pelo não conhecimento do apelo (fls. 2.757-2.768).

O e. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho proferiu voto na sessão ocorrida em 2.10.2014 no qual conheceu e proveu o recurso especial. A e. Ministra Marga Tessler (Juíza Federal convocada do TRF 4ª Região), inaugurou divergência quanto ao conhecimento do recurso e votou no sentido de não conhecer do apelo.

Após as sustentações orais, debates e os votos do e. Relator e da Ministra Marga Tessler, pedi vista dos autos.

Passo, a seguir, a breve histórico do que ocorrido.

Cuida-se de ação de busca, apreensão e repatriação da menor S.H.S ajuizada pela União em face da genitora F.H.S, a fim de que a primeira seja reconduzida a sua residência habitual localizada nos Estados Unidos da América, diante da sua retenção indevida no Brasil por parte da ré, a qual detinha a custódia provisória e ordem judicial precária do Juízo natural da causa, localizado no Condado de Champaign - Illinois, para viajar ao Brasil, por apenas quinze dias, a partir de 27.8.2009.

A pretensão foi acolhida pela Juíza Cláudia Maria Pereira Bastos Neiva (fls. 1.700-1.713). A Corte de origem proveu, por maioria, apelação da ré (fls. 1.934-1.984), todavia, em sede de embargos infringentes interpostos pela União, o colegiado determinou a repatriação da infante, condicionando-a ao adiantamento das despesas pelo progenitor, inclusive para o retorno da mãe ou para os avós maternos, caso queiram acompanhar a menor (fls. 2.101-2.123).

Preliminar

Admissão e exame das ofensas ao artigo 535, I e II, do CPC

Diversamente do que vem proposto no apelo, evidencia-se que a Corte de origem se manifestou a respeito da guarda da menor, e tratando-se de pedido de repatriação a guarda a ser considerada é aquela deferida pelo juízo natural da sua residência habitual à época em que ocorrido o deslocamento ilegal da criança. No ponto, não há omissão porque devidamente enfrentada a questão nos embargos infringentes (fls. 2.102 e 2.106):

Na verdade, como se vê da leitura dos autos, e foi muito bem analisado pela sentença e pelo voto-vencido, à época da transferência da menor para o Rio de Janeiro, a Embargada possuía a sua custódia provisória, com direito de visitação do pai regulado pela Justiça estadunidense (fls. 513, 531, item A, e 544, item 3), mas competia a ambos os pais decidir sobre a residência da criança, e, posteriormente, caracterizada a retenção ilícita da criança no território brasileiro, ao pai foi concedida a guarda provisória pela Justiça americana (onde a criança tinha sua residência habitual imediatamente antes de sua retenção), ou seja, pelo juiz natural.

[...]

A Ré não tinha a guarda definitiva da menor, mas somente uma custódia temporária (fls. 544, item 3º), que não permitia a mudança de domicílio da criança, sendo necessária a autorização judicial quando da viagem ao Brasil.

Por outro lado, o fato de os pareceres do Ministério Público Federal nas instâncias de origem terem sido desfavoráveis à repatriação, como ora se alega, não informam contradição ou omissão no julgado, máxime diante da exaustiva fundamentação, na qual consta manifestação do Parquet *federal* (fl. 2.106), e dos debates em sede de infringentes, os quais tiveram a participação dos advogados das partes envolvidas e também do *custos legis* (fls. 2.188-2.190).

No respeitante ao último argumento, tem-se que o julgamento do pedido de repatriação abordou a questão levando em consideração os dispositivos Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, e quanto a isso não há omissão ou ausência de prestação jurisdicional, mas decisão desfavorável aos interesses da recorrente.

No que se refere aos demais diplomas legais (ECA, Código Civil, Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança e Constituição Federal) não é o caso de se apreciar o argumento de que há omissão ou falta de fundamentação

pelo fato de o acórdão integrativo não ter examinado os normativos indicados. Diz-se desse modo porque não há argumentação no apelo especial que respalde a alegada ofensa ao artigo 535, I e II, do CPC neste ponto (fls. 2.309-2.312). Incide à hipótese o enunciado da Súmula n. 284-STF.

Admissão do recurso no referente às questões de fundo

Ofensa aos artigos 21 e 1.583, § 2º, do Código Civil; artigos 1º, 3º, 4º, caput, e parágrafo único, a, 5º, 6º, 15, 17, 19 e 33, do Estatuto da Criança e do Adolescente; artigos 3º, alínea 1, 9º, alínea 1 e 16 da Convenção da ONU sobre Direitos da Criança; e os artigos 5º, alínea 1, 11, alíneas 1, 2 e 3, 17, alínea 1, e 19 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

O apelo nobre, nesse aspecto, não deve ser admitido, isso porque os aludidos normativos não foram prequestionados e não há argumentos na peça recursal sobre a maneira pela qual teriam eles sido violados pela Corte de origem. Assim, impõem-se a incidência dos enunciados das Súmulas n. 282-STF e 284-STF.

Ofensa aos artigos 3º, “a”, 13, “a” e “b”, 17 e 20 da Convenção da Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças.

A recorrente informa a violação a dispositivos da Convenção da Haia e para tanto vincula sua pretensão a que se reconheça a falta de condições sócio-econômicas do pai-requerente para acolher a filha dignamente após repatriação, ausência de estudo psicossocial na infante e por ofensa à vida privada da menor e da genitora.

Nesse ponto, acompanho a divergência inaugurada pela e. Ministra Marga Tessler (Juíza Federal convocada do TRF 4ª Região), para não admitir o apelo porque tais questionamentos, impõem, no caso, o reexame do contexto fático-probatório dos autos. Incide o óbice contido no enunciado da Súmula n. 7-STJ. A propósito, “[...] a tarefa de apreciar os elementos de convicção e apontar o ‘melhor interesse da criança’ não ultrapassa a instância ordinária, soberana no exame do acervo fático-probatório dos autos. Incidência da Súmula n. 7-STJ. Precedentes: (REsp n. 900.262-RJ, Rel. Ministra *Nancy Andrighi*, *Terceira Turma*, julgado em 21.6.2007, DJ 8.11.2007; REsp n. 954.877-SC, Rel. Ministro *José Delgado*, Rel. p/ Acórdão Ministro *Teori Albino Zavascki*, *Primeira Turma*, julgado em 4.9.2008, DJe 18.9.2008) (REsp n. 1.293.800-MG, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 5.6.2013)”.

Dissídio jurisprudencial tendo por paradigmas os acórdãos proferidos nos julgamentos do REsp n. 1.293.800-MG e do REsp n. 1.239.777-PE.

O recurso especial pelo dissídio não trouxe o indispensável cotejo analítico entre os arestos, tampouco indicou sobre qual dispositivo de lei teria recaído a alegada divergência jurisprudencial, nos termos do que decidido pela Corte Especial no julgamento do AgRg no REsp n. 1.346.588-DF, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Corte Especial, DJe 17.3.2014.

Desse modo, malgrado a comoção que recobre qualquer corpo familiar em situações como a dos autos, e pedindo vênias ao e. Relator, acompanho a divergência quanto à não admissão do apelo, no mérito, pelo óbice da Súmula n. 7-STJ, bem como em face dos enunciados das Súmulas n. 282 e 284-STF; e nego provimento ao recurso no respeitante à parte conhecida, afastando a ofensa ao artigo 535, II, do CPC.

É como voto.

VOTO-VENCEDOR

A Sra. Ministra Marga Tessler (Juíza Federal convocada do TRF 4ª Região): Trata-se na origem de ação de busca, apreensão e restituição da menor S.H.S., demanda proposta pela União em face de F.H.S., genitora da menor e ora recorrente especial.

A União formulou o seu requerimento a partir de solicitação de cooperação jurídica internacional em matéria civil encaminhada pela autoridade central norte-americana para a autoridade central brasileira, pleito com o escopo de viabilizar a restituição da menor S.H.S. aos Estados Unidos, local de sua residência habitual.

O Juízo Federal da 14ª Vara da Seção Judiciária do Rio de Janeiro acolheu em sentença a pretensão da União, julgado que foi impugnado por meio de apelação, oportunamente provida pela 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

Opostos embargos infringentes pela União, a Terceira Seção do referido tribunal alcançou-lhes provimento, na forma evidenciada na ementa a seguir transcrita:

Internacional. Convenção da Haia. Retenção ilícita de criança. Embargos infringentes.

1. À época da transferência para o Rio de Janeiro, a Embargada possuía a custódia provisória da menor, com direito de visitação do pai regulado pela Justiça norte-americana, onde a criança tinha residência habitual. A vinda da criança ao Brasil foi requerida pela mãe - que se comprometeu expressamente a "retornar à jurisdição [americana] com a criança menor" -, e autorizada pela 6ª Vara Judiciária do Condado de Champaign, Illinois, nos seguintes termos: "Fica a Autora autorizada a conduzir a menor S.S. ao Brasil. A menor não deverá se afastar do estado de Illinois por mais de 15 (quinze) dias, incluindo os dias computados na viagem. Essa licença só é concedida com a condição de a Autora fornecer ao Réu, através do advogado deste, detalhadas informações a respeito de quando a criança irá deixar o Estado de Illinois, quando irá retornar, bem como o n. do telefone pelo qual a Autora da Ação e quem quer que estiver cuidando da criança possa falar."

2. Não obstante, a Embargada não retornou aos EUA, caracterizando-se a retenção ilícita da menor, consoante o artigo 3º da Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças.

3. Como deixa claro o preâmbulo da Convenção: "Os Estados signatários da presente Convenção, firmemente convictos de que os interesses da criança são de primordial importância em todas as questões relativas à sua guarda; desejando proteger a criança, no plano internacional, dos efeitos prejudiciais resultantes de mudança de domicílio ou de retenção ilícitas e estabelecer procedimentos que garantam o retorno imediato da criança ao Estado de sua residência habitual, bem como assegurar a proteção do direito de visita; decidiram concluir uma Convenção para esse efeito e acordaram nas seguintes disposições". Destarte, como decidiu a Suprema Corte da Argentina, "o objetivo da Convenção da Haia é precisamente procurar o melhor interesse da criança (Convenção dos Direitos da Criança), dando fim ao deslocamento ou à manutenção ilícita."

4. As exceções previstas no artigo 13, para não esvaziar a própria finalidade da Convenção, devem ser interpretadas restritivamente, sendo certo, como ensina Jacob Dolinger, que as exceções devem ser entendidas em caráter humanitário, "visando a evitar que a criança seja enviada a uma família perigosa ou abusiva, a um ambiente social ou nacional perigoso, como um país em plena convulsão" Mais à frente, em comentário à reunião da Comissão Especial da Conferência de DIP da Haia, de 1993, acentuou: "Aliás, as informações prestadas pelos participantes da reunião revelaram que as exceções fixadas no artigo 13 são interpretadas pelos tribunais restritivamente, daí poucas vezes uma defesa nelas baseada é bem-sucedida. Todas as hipóteses levantadas durante o debate sobre os perigos que podem advir, em certos casos, da devolução da criança, receberam a mesma resposta: caberá à jurisdição da origem da criança decidir sobre o paradeiro a ser dado à mesma, a fim de protegê-la de quaisquer perigos, o que pode, aliás, ser sugerido pelo Estado devolvente ao Estado devolvido."

5. Neste caso, ademais, a ordem de proteção (*restraining order*) concedida pela Justiça estadunidense, além de não se referir à criança, porquanto foi

mantida íntegra a visitação do pai, foi concedida inaudita altera parte e à vista da petição da requerente, sem falar que os fatos alegados, em si mesmos, não caracterizariam, a rigor, o caráter agressivo do genitor.

6. Por fim, viola flagrantemente a Convenção a tese de que o simples fato de uma criança, há três anos, não conviver com o pai, estar morando com a mãe num outro país representaria “perigo de ordem psíquica” sua restituição, pois seria a consagração da ilegalidade, a premiação do sequestrador, o repúdio ao compromisso internacional, além de ser falso o argumento, já que “o retorno da criança ao país de residência habitual pode ser efetuado sob a supervisão materna, para que a situação da menor seja apreciada pelo juiz natural”. Aliás, a idéia de “fato consumado pelo tempo” foi expressamente rejeitada pelo próprio voto-condutor, que foi taxativo: “Eu não levaria também em consideração o fato de que ela já está aqui há dois, três, anos. Não digo que este seja o caso. Mas, normalmente, infelizmente, constata-se que os ditos sequestradores que levam as crianças para fora da residência ou do domicílio se fazem valer da lentidão da Justiça exatamente para obter esse fato consumado. Para mim, isto é irrelevante: o tempo que está aqui.”

7. Embargos infringentes providos. (e-STJ fls. 2.257-9).

Manejados embargos de declaração contra o acórdão que decidiu os infringentes, ocorreu o seu desprovimento.

F.H.S., genitora de S.H.S., apresentou recurso especial aos seguintes fundamentos: a) houve contrariedade ao artigo 535 do CPC, uma vez que verificadas omissões por parte do julgado recorrido, primeiro a respeito do fato consistente na ausência de consecução por parte de M.L.S., genitor da menor, de sua guarda, depois por ter deixado de considerar sobre os pareceres do Ministério Público Federal, por fim diante da falta de exame sobre normativos apontados; b) ocorreu ofensa aos artigos 3º, **a**, 17, 13, **a** e **b**, e 20 da Convenção de Haia; 1.583, § 2º, e 21 do CCB; 33, 1º, 3º, 4º, *caput* e parágrafo único, **a**, 5º, 6º, 15, 17 e 19 do ECA; 3º, alínea 1 e 16 da Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança; e 5º, alínea 1, 11, alíneas 1, 2 e 3, 17, alínea 1 e 19, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, na medida em que não se afigura possível a retirada da posse de uma criança que subsiste há cinco anos de sua mãe, verificada no Brasil, para sucessiva entrega ao pai, que reside desempregado e só nos Estados Unidos, quando as famílias paterna e materna residem no Brasil, tudo isso sem a realização de estudo social e psicológico nos presentes autos, com curso na Justiça Federal; c) na forma do acompanhamento psicológico realizado na Justiça Estadual, a menor vem sendo adequadamente assistida no Brasil, não se demonstrando própria a sua retirada da família

materna para envio a país estrangeiro; e d) houve dissídio jurisprudencial, já que os fundamentos do acórdão recorrido divergem do entendimento deste STJ, na linha dos acórdãos colacionados no recurso especial.

Muito embora relevantes os elementos fáticos alegados pela recorrente, entendendo, de outra parte, que a presente súplica não merece ultrapassar os limites do juízo acerca de sua admissibilidade.

Nessa linha, a respeito da matéria aventada acima sob o tópico identificado pela alínea **a**, registro que deixaram de ser suficientemente evidenciadas as supostas omissões do acórdão recorrido. Asserções genéricas e despidas de demonstração sobre a sua efetividade quanto ao julgamento da demanda não têm o condão de permitir o trânsito do recurso com base em violação ao artigo 535 do CPC, fazendo por atrair, de outro tanto, a aplicação da Súmula n. 284 do STF, cujo enunciado afirma que “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.”

Assim a jurisprudência desta Corte:

Administrativo e Processual Civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Cobrança indevida. Falta de hidrômetro. Tarifa mínima. Artigo 535 do CPC. Fundamentação deficiente. Aplicação da Súmula n. 284-STF. Falta de prequestionamento. Súmula n. 282-STF. Dano moral. Inversão do julgado que demandaria o reexame do contexto fático-probatório. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ.

1. É deficiente a fundamentação do recurso especial em que a alegação de ofensa ao art. 535 do CPC se faz de forma genérica, sem a demonstração exata dos pontos pelos quais o acórdão se fez omissivo, contraditório ou obscuro.

2. As matérias pertinentes aos arts. 12, § 1º, I e 40, V, da Lei n. 11.447/2005; 6º, § 3º, II, da Lei n. 8.987/1995 e 18, § 1º, da Lei n. 6.528/1978, não foram apreciadas pela instância judicante de origem, tampouco foi ventilada nos embargos declaratórios opostos para suprir eventual omissão. Portanto, ante a falta do necessário prequestionamento, incide o óbice da Súmula n. 282-STF.

3. A alteração das conclusões adotadas pela Corte de origem, tal como colocada a questão nas razões recursais, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice previsto na Súmula n. 7-STJ.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp n. 554.604-RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 4.11.2014, DJe 11.11.2014). (grifei)

Em relação aos tópicos identificados pelas alíneas **b** e **c** averbados acima, anoto que vertem questões que importam de modo preponderante no revolvimento da matéria probatória carreada aos autos. Diante desse contexto, no tocante a tais pontos o recurso especial esbarra no enunciado da Súmula de n. 7 desta Corte, o qual preceitua no sentido de que “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”

Novamente reporto precedente deste Tribunal, nesse caso com nítida vinculação ao tema ora debatido:

Convenção da Haia sobre aspectos civis do sequestro internacional de crianças. Cooperação jurídica entre Estados. Busca e apreensão de menores. Repatriação.

1. Cinge-se a controvérsia à aplicação da Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, ratificada pelo ordenamento jurídico brasileiro vinte anos após sua conclusão mediante a edição do Decreto n. 3.413, de 14.4.2000, que entrou em vigor na data de sua publicação no DOU em 17.4.2000, tendo como objetivo (artigo 1º): “a) assegurar o retorno imediato de crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado Contratante ou nele retidas indevidamente; b) “fazer respeitar de maneira efetiva nos outros Estados Contratantes os direitos de guarda e de visita existentes num Estado Contratante.”

2. A competência para a ação de repatriação proposta pela União em cumprimento a tratado internacional é da Primeira Seção (Regimento Interno, art. 9º, § 1º, XIII), ao contrário da ação de guarda, de direito de família, cuja competência é atribuída à Segunda Seção.

3. A Convenção da Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças tem como escopo a tutela do princípio do melhor interesse da criança, de modo que nos termos do *caput* do art. 12 da referida Convenção, “Quando uma criança tiver sido ilicitamente transferida ou retida nos termos do Artigo 3º e tenha decorrido um período de menos de 1 ano entre a data da transferência ou da retenção indevidas e a data do início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado Contratante onde a criança se encontrar a autoridade respectiva deverá ordenar o retorno imediato da criança.”

4. De acordo com o REsp n. 1.239.777-PE, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, a Convenção da Haia, não obstante apresente reprimenda rigorosa ao sequestro internacional de menores com determinação expressa de retorno deste ao país de origem, garante o bem estar e a integridade física e emocional da criança, o que deve ser avaliado de forma criteriosa, fazendo-se necessária a prova pericial psicológica.

5. Na hipótese dos autos, a ação foi proposta após o prazo de 1 (um) ano a que se refere o art. 12 *caput* da Convenção. Sendo que o acórdão recorrido, ao reformar a sentença para que a menor permanecesse em solo brasileiro assentou

que “diante da constatação no estudo psicológico de que a menor se encontra inteiramente integrada ao meio em que vive e que a mudança de domicílio poderá causar malefícios no seu futuro desenvolvimento -, e do próprio reconhecimento da Autoridade Central Administrativa de que “não seria prudente, portanto, arriscar que ela vivencie uma nova ‘ruptura’ de vínculos afetivos, especialmente em virtude de sua tenra idade” (três anos à época da avaliação) -, a “interpretação restritiva” dada pelo ilustre Juiz ao art. 12 da Convenção, determinando o imediato regresso à Argentina, quatro anos depois do seu ingresso em solo nacional (hoje conta com seis anos), vai de encontro à finalidade principal da Convenção, que é a proteção do interesse da criança.”

6. Nesse ponto, melhor destino não se revela o recurso, pois a tarefa de apreciar os elementos de convicção e apontar o “melhor interesse da criança” não ultrapassa a instância ordinária, soberana no exame do acervo fático-probatório dos autos. Incidência da Súmula n. 7-STJ. Precedentes: (REsp n. 900.262-RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 21.6.2007, DJ 8.11.2007; REsp n. 954.877-SC, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 4.9.2008, DJe 18.9.2008) Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 1.293.800-MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 28.5.2013, DJe 5.6.2013). (grifei)

Por fim, quanto ao tópico recursal identificado acima pela alínea **d**, consigno que a omissão na peça do recurso especial a propósito da exata demonstração do dissídio jurisprudencial aventado, com a ausência de realização de cotejo indicativo de modo preciso dos preceptivos legais interpretados divergentemente e das conclusões emanadas de seu exame, frustra a admissibilidade do especial. Tal é o teor da peça recursal apresentada, que deixou de desenvolver arrazoado segundo as exigências em comento.

Consoante esse entendimento colho o seguinte precedente deste Superior:

Processual Civil e Tributário. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Recurso especial interposto pela alínea **c** do permissivo constitucional. Ausência de indicação, no recurso especial, do dispositivo legal violado ou ao qual teria sido dada interpretação divergente. Fundamentação deficiente. Incidência da Súmula n. 284-STF. Precedentes do STJ. Divergência jurisprudencial não demonstrada, nos moldes legais e regimentais. Agravo regimental improvido.

I. A jurisprudência desta Corte é assente, no sentido de que a ausência de indicação dos dispositivos legais supostamente violados ou que teriam recebido interpretação divergente não autoriza o conhecimento do Recurso Especial. Em tal sentido: “O Recurso Especial, apesar de interposto com base na alínea **a** do permissivo constitucional, não indica, especificamente, o dispositivo de lei federal supostamente contrariado pelo acórdão recorrido. Aplicação, por analogia, da

Súmula n. 284-STF. Da mesma forma, incide o verbete da Súmula n. 284 do STF quando o recorrente deixa de indicar qual dispositivo de lei federal teve sua interpretação divergente pelo Tribunal, mesmo se o recurso tiver sido interposto pela alínea **c** do permissivo constitucional” (STJ, AgRg nos EDcl no AREsp n. 87.521-PR, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, *Segunda Turma*, DJe de 10.5.2013).

II. A Corte Especial do STJ consolidou o entendimento de que a ausência da indicação do dispositivo legal supostamente violado torna incabível o conhecimento do Recurso Especial, quer tenha sido interposto pela alínea **a**, quer pela **c** do permissivo constitucional (STJ, AgRg no REsp n. 1.346.588-DF, Rel. Ministro *Arnaldo Esteves Lima*, *Corte Especial*, DJe de 17.3.2014).

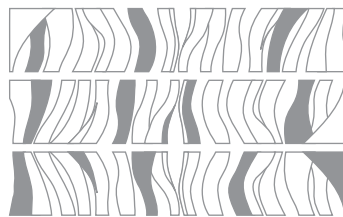
III. Considera-se deficiente a fundamentação, quando o Recurso Especial suscita tese a ser apreciada pelo STJ, mas deixa de indicar o dispositivo legal violado ou ao qual teria sido dada interpretação divergente. Incidência da Súmula n. 284-STF. Precedentes do STJ: AgRg nos EDcl no AREsp n. 87.521-PR, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, *Segunda Turma*, DJe de 10.5.2013; REsp n. 1.435.502-CE, Rel. Ministro *Og Fernandes*, *Segunda Turma*, DJe de 20.5.2014; EDcl no AgRg no AREsp n. 438.641-MT, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, *Segunda Turma*, DJe de 21.3.2014, e AgRg no AREsp n. 382.843-RJ, Rel. Ministro *Humberto Martins*, *Segunda Turma*, DJe de 2.12.2013.

IV. Ademais, não havendo o recorrente demonstrado, mediante a realização do devido cotejo analítico, nos moldes legais e regimentais, a existência de similitude das circunstâncias fáticas e de direito, nos acórdãos recorrido e paradigmas, com soluções jurídicas diversas, fica desatendido o comando dos arts. 541 do CPC e 255 do RISTJ, o que impede o conhecimento do Recurso Especial, interposto pela alínea **c** do permissivo constitucional. Precedentes do STJ (AgRg no REsp n. 1.438.487-SC, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, *Segunda Turma*, DJe de 23.5.2014).

V. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no AREsp n. 531.420-PR, Rel. Ministra *Assusete Magalhães*, *Segunda Turma*, julgado em 6.11.2014, DJe 21.11.2014).

Ante o exposto, voto por não conhecer do recurso especial.



Segunda Turma

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 46.433-MG
(2014/0225292-8)**

Relator: Ministro Humberto Martins

Recorrente: Silmara Corrêa

Advogados: Rodrigo Rabelo de Faria e outro(s)
Joelson Dias

Recorrido: Estado de Minas Gerais

Procurador: Jason Soares de Albergaria Neto e outro(s)

EMENTA

Administrativo. Processual Civil. Servidor estadual. Progressão funcional. Lei Estadual n. 16.645/2007. Ausência de revogação da Lei Estadual n. 13.467/2000 e da Resolução n. 367/2001. Necessidade de vaga para progressão de classe. Critério com amparo legal. Observância da Lei de Responsabilidade Fiscal - Lei Complementar n. 101/2000. Precedente do CNJ. Ausência de direito líquido e certo.

1. Cuida-se de recurso ordinário interposto contra acórdão no qual foi denegada a segurança ao pleito mandamental de reversão do indeferimento de pedido de progressão vertical de servidora do Tribunal de Justiça, com base na alegação de desnecessidade de pré-existência de vaga para passagem à classe funcional superior.

2. A recorrente alega que teria direito líquido e certo à progressão vertical da classe C para a classe B na carreira de agente judiciária com base no advento da Lei Estadual n. 16.645/2007 que teria revogado implicitamente a exigência de vaga prévia para progressão, existente na Lei Estadual n. 13.467/2000. Assim, alega que não haveria amparo legal para a exigência de vaga prévia para outorga de progressão, como previsto no art. 27 da Resolução n. 367/2001.

3. O parágrafo único do art. 9º da Lei Estadual n. 16.645/2007 indica expressamente que os critérios da Lei Estadual n. 13.467/2000 seriam aplicáveis, além de a análise do sistema estadual não possibilitar o raciocínio que a Resolução n. 367/2001 teria sido revogada. Ainda, está evidente que referida Resolução que explicita

no art. 29 a necessidade de controlar a repercussão financeira da progressão funcional de servidores está construída com atenção à Lei Complementar Federal n. 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), como observou o colegiado do Conselho Nacional de Justiça quando da apreciação do Procedimento de Controle Administrativo (PCA) n. 0005732-69.2012.2.00.0000, publicado no DJe em 1º.7.2013.

Recurso ordinário improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça “Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Mauro Campbell Marques, acompanhando o Sr. Ministro Humberto Martins, a Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.” Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques (Presidente) (voto-vista) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento a Sra. Ministra Assusete Magalhães, nos termos do art. 162, § 2º, do RISTJ.

Brasília (DF), 16 de dezembro de 2014 (data do julgamento).

Ministro Humberto Martins, Relator

DJe 19.12.2014

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por *Silmara Corrêa*, com fundamento no art. 105, inciso II, alínea **b**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais assim ementado (fl. 360, e-STJ):

Mandado de segurança. Servidor do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Promoção vertical. Existência de vaga. Lei n. 16.645/2007. Não alteração integral da Lei n. 13.467/2000. Vigência da Resolução TJMG n. 367/2001. Impossibilidade de reconhecimento de promoções automáticas. Ausência de direito líquido e certo.

Oferecimento de vagas. Observância à repercussão financeira e limites orçamentários. Legalidade. Precedente do CNJ. Segurança denegada. - Não se podendo concluir que, com o advento da Lei n. 16.645/2007, a promoção vertical do servidor do Tribunal de Justiça do Estado de Minas passou a ser automática, não há se falar em direito líquido e certo à pretendida melhoria funcional. - Afigura-se legal a conduta da Administração em compatibilizar o oferecimento de vagas para promoção vertical à repercussão financeira e aos seus limites orçamentários. Precedente CNJ.

Nas razões do recurso ordinário (fls. 386-421, e-STJ), a impetrante defende que teria direito líquido e certo à promoção vertical, com base no art. 39, § 1º, I da Constituição Federal. No cerne, alega que a Lei Estadual n. 16.645/2007 teria revogado implicitamente a exigência de vaga específica para progressão, nos termos da Resolução n. 367/2001 do Tribunal de Justiça. Alega que a vedação em progredir na carreira com base em tal argumento não seria possível, uma vez que obstaria a ascensão funcional com base em critério não previsto na lei. Alega que haveria previsão orçamentária para tanto.

Contrarrazões nas quais se alega que o ato reputado coator somente cumpre a legislação estadual aplicável e a Resolução TJMG n. 376/2001 (fls. 429-433, e-STJ).

Parecer do Ministério Público Federal que opina no sentido do não provimento do recurso ordinário, nos termos da seguinte ementa (fl. 446, e-STJ):

Recurso em Mandado de Segurança. Impetração contra ato do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais e Outro objetivando garantir a progressão vertical da impetrante na carreira de Agente Judiciário. Acórdão do Eg. Tribunal de Justiça de MG que denegou o writ postulado. Recurso ordinário fundado no art. 105 II b da Constituição Federal. Alegação de existência de direito líquido e certo à progressão vertical pretendida. Não demonstração. Progressão vertical estabelecida pela Lei Estadual n. 13.467/2000. Alteração promovida pela Lei Estadual n. 16.645/2007 que deixou de prever com especificidade o número de cargos para cada classe do quadro de pessoal na espécie. Disposições legais que importam em aumento da despesa pública. Necessidade de limitação das despesas com pagamento de funcionários públicos nos termos da Lei de Responsabilidade Fiscal no caso. Edição da Resolução n. 367/2001 impondo o atendimento à repercussão financeira e à disponibilidade orçamentária. Ausência de violação ao princípio da legalidade. Parecer pelo não provimento do recurso ordinário ora apreciado.

É, no essencial, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Martins (Relator): Deve ser negado provimento ao recurso ordinário.

Em apertada síntese, a recorrente é agente judiciária do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais e alega que teria direito líquido e certo à progressão vertical da classe C para a classe B. Postula tal direito com base no advento da Lei Estadual n. 16.645/2007 que teria revogado implicitamente a exigência de vaga prévia para progressão, existente na Lei n. 13.467/2000. Assim, alega que não haveria amparo legal para a exigência de vaga prévia para outorga de progressão, como previsto no art. 27 da Resolução n. 367/2001.

Não assiste razão à recorrente:

Como bem indicado pelo Tribunal de origem, a Lei Estadual n. 16.645/2007, no parágrafo único do art. 9º prevê a necessidade de atender aos ditames da Lei Estadual n. 13.467/2000, bem como da Resolução específica do Tribunal de Justiça. Transcrevo (fls. 363-365, e-STJ):

Na hipótese em apreço, todavia, não se verifica a presença de direito líquido e certo, tampouco qualquer ilegalidade ou abuso de poder no ato administrativo combatido, a ensejar a concessão da ordem impetrada. Senão vejamos.

O primeiro ponto que se faz relevante destacar, após atenta leitura da Lei n. 16.645/2007, é que tal norma não se mostra suficientemente clara quanto à revogação de dispositivos anteriores que exigiam a necessidade de vaga para a promoção vertical.

A Lei n. 16.645/2007 não alterou integralmente a Lei n. 13.467/2000, tampouco afastou a aplicação de resolução deste eg. Tribunal de Justiça, conforme se observa de seu art. 9º, parágrafo único, *in verbis*:

Art. 9º Os cargos de provimento efetivo de Técnico Judiciário e de Oficial Judiciário, integrantes do item I.1 do Anexo I desta Lei, serão providos por concurso público de provas ou de provas e títulos, e o servidor nomeado será posicionado no primeiro padrão da classe inicial de cada uma das carreiras.

Parágrafo único. Nas carreiras de Técnico Judiciário, Oficial Judiciário e Agente Judiciário, constantes no Anexo I desta Lei, o posicionamento do servidor nas classes subsequentes à classe inicial será feito mediante promoção, nos termos das Leis n. 10.593, de 7 de janeiro de 1992, n. 11.617, de 4 de outubro de 1994, e n. 13.467, de 2000, e de resolução da Corte Superior do Tribunal de Justiça.

Neste contexto, não se pode concluir que, a partir de 2007, as promoções passaram a ser automáticas, já que vigentes, em especial, o art. 2º, § 1º, da Lei Estadual n. 13.467/2000 e os arts. 27 e 29 da Resolução TJMG n. 367/2001, que assim dispõem, respectivamente:

(...)

Art. 2º - Serão providos por concurso público de provas ou de provas e títulos os cargos de Oficial Judiciário D, Oficial de Apoio Judicial D, Técnico Judiciário C e Técnico de Apoio Judicial C, integrantes dos Anexos I a IV desta lei.

§ 1º - As classes subseqüentes nas carreiras dos cargos constantes nos Anexos I a VIII desta lei serão preenchidas mediante promoções vertical e por merecimento, nos termos de resolução.

(...)

Art. 27 - Promoção vertical é a passagem do servidor ao padrão inicial da classe subseqüente na carreira do quadro de pessoal a que pertencer, na ocorrência de vaga e observados os seguintes posicionamentos: (...)

Art. 29 - A promoção vertical será efetuada anualmente, após levantamento das vagas existentes em 30 de junho do ano de sua realização, podendo o número de vagas oferecidas à promoção ser limitadas, observada a repercussão financeira das promoções e as disponibilidades orçamentárias.

Por conseguinte, entendo que o fato de a Lei n. 16.645/2007 ter revogado os Anexos I, II, V e VI da Lei n. 13.467/2000, trazendo novas tabelas sem discriminar a quantidade de cargos por classe, não implica na conclusão de que não é mais necessária a existência de vagas para se obter a promoção vertical, pois, como dito alhures, a Lei n. 13.467/2000 não foi integralmente revogada e a Resolução n. 367/2001 não perdeu a sua eficácia, estando vigente.

Dessa forma, ao contrário do arguido pela Impetrante, tenho que subsiste o condicionamento da promoção vertical do servidor deste eg. Tribunal de Justiça à existência de vaga.

Com efeito, inexistindo vaga, não pode a Impetrante pretender a obtenção da referida melhoria funcional sem o atendimento às regras disciplinadas pela Administração, em fiel observância, inclusive, ao princípio da legalidade.

Ainda, como aduz o *Parquet* Federal em seu abalizado opinativo, a análise da legislação estadual pertinente somente demonstra o atendimento aos ditames da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101/2000 e, assim, não está evidenciada nenhuma violação. Transcrevo (fls. 451-453, e-STJ):

Em que pese os argumentos postos pela recorrente entende-se neste parecer que não se mostra elvado de qualquer ilegalidade o indeferimento de sua promoção à consideração de que a alteração promovida pela Lei Estadual n. 16.645/2007 - deixando de prever com especificidade o número de cargos para cada classe do quadro de pessoal na espécie - importou em evidente aumento de despesas a ensejar a incidência das limitações contidas na Lei de Responsabilidade Fiscal.

Dá a edição da Resolução n. 367/2001 com a expressa determinação para a observância da disponibilidade orçamentária para a efetivação de tais promoções como adiante se vê:

(...)

Oportuno ressaltar ainda que a Lei Complementar n. 101/2000 traz em sua Seção II dispositivos exclusivos tratando das despesas de pessoal em que são estabelecidas as definições e os limites de gastos bem como os procedimentos de controle das referidas despesas - do que se pode concluir pela absoluta legalidade da aplicação da "Resolução n. 367/2001 que regulamentou a Lei n. 13.467/20000 com a nova redação dada pela Lei n. 16.645/2007 - para assim adequar" os gastos de pessoal do Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais.

Desse modo não demonstrada pela recorrente a ilegalidade do ato apontado coator na espécie é de ser mantida a decisão local impugnada por seus próprios fundamentos.

Por fim, é oportuno indicar que o tema da postulação da servidora diz respeito à alegação de legalidade na progressão automática, ou seja, sem que haja a observância de vaga prévia por parte do Tribunal de Justiça. O Conselho Nacional de Justiça apreciou o tema no PCA n. 0005732-69.2012.2.00.0000 e conclui não ser possível determinar a progressão de servidores, pois estaria a demandar a criação de despesas sem indicar possibilidade orçamentária.

Confira a ementa do ato normativo colegiado do CNJ:

Recurso administrativo. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Alteração legislativa. Extinção de requisito. Gestão financeira. Necessidade de adequação. Autonomia do Tribunal. Parcialmente procedente.

1. A Lei Estadual n. 16.645/2007 extinguiu a vinculação da quantidade de cargos por classe no plano de carreira dos servidores da Secretaria do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Contudo, ainda remanesce a necessidade de observância do requisito da disponibilidade orçamentária, que deve ser seguido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

2. "Não pode o CNJ impor gastos aos Tribunais sem disponibilização de prévia dotação orçamentária, mormente em razão do limite prudencial da Lei de Responsabilidade Fiscal". Precedentes.

3. Recurso conhecido e negado lhe provimento para manter a decisão monocrática impugnada no sentido de determinar que o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais promova estudos, com consequente conclusão, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, para analisar as questões referentes às promoções verticais dos servidores da 2ª instância e à adequação ao princípio da isonomia entre os servidores do Tribunal.

(Publicado no DJe em 1º.7.2013.)

Da leitura do voto condutor do PCA, decidido pelo CNJ, infere-se que o raciocínio acerca do amparo legal da Resolução n. 367/2001 é o mesmo que se espasa aqui:

Na espécie, resta perquirir se a Resolução n. 367/2001, editada sobre o pálio da Lei Estadual n. 13.467/2000, está de acordo com a Lei Estadual n. 16.645/2007, ao que tange aos critérios para a promoção classe por classe no quadro de servidores da Secretaria dos Tribunais de Justiça do Estado de Minas Gerais.

O primeiro cotejo analítico é saber em qual grau a Lei de 2007 altera a Lei de 2000, ao que tange à definição de cargos por classe da carreira de servidores da Secretaria dos Tribunais de Justiça. De plano, impende comentar que a Lei Estadual n. 16.645/2007 não altera integralmente a Lei Estadual n. 13.467/2000. Trata-se, em suma, de lei superveniente que modifica alguns pontos, com o intuito de adequação da situação jurídica estatutária dos servidores à realidade do Tribunal, creio eu. Por esta constatação, verifica-se que a Resolução n. 367/2001, conquanto tenha sido editada sob o pálio da lei modificada, não perde automaticamente a sua eficácia, salvo os normativos que confrontarem com a lei superveniente.

Nessa esteira, a simples derrogação efetiva para lei superveniente não mostra claramente que as promoções a partir de 2007 são automáticas, uma vez que a lei anterior não foi integralmente revogada, permanecendo alguns dispositivos que deixam essa dúvida quanto à necessidade ou não de abertura de vaga na classe para a progressão vertical.

(...)

Contudo, outro ponto importantíssimo deve ser também analisado. Cuida-se da análise da questão orçamentária para as promoções verticais. A nova lei, como visto acima, apenas suprime o critério limitativo da quantidade de vaga na classe a ser alcançada pelo servidor, mas não retira a observância estrita do princípio da responsabilidade fiscal, encartado nos preceitos da Lei de Responsabilidade Fiscal. Se, até o momento, as promoções verticais não foram realizadas pelo argumento meramente orçamentário, este balizador deve ser acatado, uma vez que cabe aos tribunais, nos termos do art. 96, inc. I, alíneas **b** e **e**, da Constituição Federal, com especial observância do art. 169 da CF.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso ordinário.

É como penso. É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Trata-se de recurso em mandado de segurança interposto com fundamento no art. 105, II, **b** da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Sustenta a parte recorrente que tem direito líquido e certo à promoção vertical, com base no art. 39, § 1º, I, da Constituição Federal de 1988. Argumenta que a Lei do Estado de Minas Gerais n. 16.645/2007 teria revogado a Lei do mesmo Estado n. 13.647/2000, no ponto específico em que restaria afastada a condição de existência de vaga na categoria posterior para se efetivar a promoção vertical. Em razão disso, a Resolução n. 367/2001 do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais teria perdido seu suporte legal, quanto aos critérios de promoção vertical, e, portanto, tal progressão funcional independe de existência de vaga.

Este é o breve relatório, sendo despidianda seu alongamento, em face da já suficiente narrativa do voto condutor.

E, na esteira do bem lançado e com brilhante lume voto de Vossa Excelência, o Ministro Relator Humberto Martins, entendo que não merecem acolhimento as teses da parte recorrente.

Não revogação da Lei n. 13.647/2000 pela Lei n. 16.645/2007: manutenção dos critérios de promoção vertical, condicionada à existência de vagas

Cronologicamente, a matéria acerca da promoção vertical foi tratada, em primeiro lugar, pela Lei Estadual n. 13.647/2000, que “Altera o Plano de Carreiras dos Servidores Efetivos do Poder Judiciário e dá outras providências”, nos seguintes dispositivos:

Art. 4º - O art. 7º da Lei n. 10.593, de 7 de janeiro de 1992, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 7º - O desenvolvimento na carreira do servidor efetivo em exercício do cargo far-se-á por *progressão e promoções horizontal, vertical e por*

merecimento, cumpridas as exigências legais e aquelas estabelecidas em resolução do Tribunal de Justiça.

Parágrafo único - Aplica-se o desenvolvimento previsto no “*caput*” deste artigo aos servidores que, na data de publicação desta lei, estiverem ocupando os cargos de Técnico de Apoio Judicial I a IV.

Portanto, a promoção vertical deve atender as exigências legais e as estabelecidas em resolução do Tribunal de Justiça.

As exigências legais, previstas na própria lei citada, são as seguintes:

Art. 2º - Serão providos por concurso público de provas ou de provas e títulos os cargos de Oficial Judiciário D, Oficial de Apoio Judicial D, Técnico Judiciário C e Técnico de Apoio Judicial C, integrantes dos Anexos I a IV desta lei.

§ 1º - As *classes subsequentes* nas carreiras dos cargos constantes nos Anexos I a VIII desta lei serão *preenchidas mediante promoções vertical* e por merecimento, nos termos de *resolução*.

§ 2º - Os cargos excedentes das classes iniciais serão extintos quando ocorrer a promoção vertical de seus ocupantes, observada a distribuição prevista nos Anexos de I a VIII desta lei.

§ 3º - *Após a extinção* prevista no § 2º deste artigo, a *promoção vertical dependerá da ocorrência de novas vagas*.

(...)

Art. 10 - A implantação desta lei *não acarretará aumento de despesa para o Estado* nem acréscimo, a qualquer título, na remuneração dos atuais servidores do Poder Judiciário.

As exigências regulamentares, por sua vez, foram estabelecidas, com espeque na Lei acima referida, na Resolução n. 367/2001 do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

Art. 19 - O desenvolvimento do servidor efetivo nas carreiras da Secretaria do Tribunal de Justiça e da Justiça de Primeira Instância dar-se-á por *progressão, promoções horizontal, vertical e por merecimento, cumpridas as exigências legais e aquelas estabelecidas nesta Resolução*.

(...)

Art. 27 - *Promoção vertical* é a passagem do servidor ao padrão inicial da classe subsequente na carreira do quadro de pessoal a que pertencer, na ocorrência de vaga e observados os seguintes posicionamentos:

(...)

Art. 28 - São *condições gerais* para o servidor obter *promoção vertical*:

(...)

Art. 29 - A *promoção vertical* será efetuada anualmente, após *levantamento das vagas existentes* em 30 de junho do ano de sua realização, podendo o número de *vagas oferecidas à promoção ser limitadas*, observada a *repercussão financeira* das promoções e as *disponibilidades orçamentárias*.

(...)

Art. 31 - Os *cargos excedentes das classes iniciais de carreira* serão *extintos com a vacância*, quando ocorrer a *promoção vertical dos seus ocupantes*, observada a distribuição prevista nos Anexos I a VIII da Lei n. 13.467 de 12 de janeiro de 2000.

Esse é o quadro inicial.

Em 2007, a Lei do Estado de Minas Gerais n. 16.645/2007, dispôs especificamente sobre os Quadros de Pessoal da Secretaria do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, secretaria à qual pertence o cargo de Agente Judiciária ocupado pela impetrante.

Da leitura integral da Lei Estadual n. 16.645/2007, percebe-se que esse novel diploma, em nenhum momento – repita-se, em nenhum momento – revogou os critérios da promoção vertical. Ao contrário! Em seu art. 20, confirmou-se a necessidade de cumprimento dos requisitos previstos em lei e em regulamento, praticamente repetindo o que determinara o art. 4º da Lei Estadual n. 13.647/2000:

Lei Estadual n. 13.647/2000

Art. 4º - O art. 7º da Lei n. 10.593, de 7 de janeiro de 1992, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 7º - O desenvolvimento na carreira do servidor efetivo em exercício do cargo far-se-á por *progressão e promoções horizontal, vertical e por merecimento, cumpridas as exigências legais e aquelas estabelecidas em resolução do Tribunal de Justiça*.

Lei Estadual n. 16.645/2007

Art. 20. A promoção vertical do servidor efetivo em exercício de cargo integrante dos Quadros de Pessoal do Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais dar-se-á *após o cumprimento dos requisitos previstos em lei e em regulamento*, observados os seguintes posicionamentos:

Ademais, a lei posterior não só não revogou a lei anterior, mas expressamente fixou, em seu art. 3º, disposição que veio a dar concretude ao § 3º do art. 2º da lei anterior. Leiam-se ambos:

Lei n. 13.647/2000

Art. 2º - Serão providos por concurso público de provas ou de provas e títulos os cargos de Oficial Judiciário D, Oficial de Apoio Judicial D, Técnico Judiciário C e Técnico de Apoio Judicial C, integrantes dos Anexos I a IV desta lei.

§ 1º - As *classes subsequentes* nas carreiras dos cargos constantes nos Anexos I a VIII desta lei serão *preenchidas mediante promoções vertical* e por merecimento, nos termos de *resolução*.

§ 2º - Os cargos excedentes das classes iniciais serão extintos quando ocorrer a promoção vertical de seus ocupantes, observada a distribuição prevista nos Anexos de I a VIII desta lei.

§ 3º - *Após a extinção* prevista no § 2º deste artigo, a *promoção vertical dependerá da ocorrência de novas vagas*.

Lei n. 16.645/2007

Art. 3º *Ficam extintos, com a vacância*:

I - setenta e sete cargos de provimento em comissão de Assistente Especializado da Secretaria do Tnbnal de Justiça, código de grupo TJ-CAI-09, códigos de cargos EP-A4 a EP-A80, previstos no item 11.2 do Anexo II desta Lei;

II - cento e dezoito cargos da carreira de Agente Judiciário, do Quadro Específico de Provimento Efetivo e do Quadro Suplementar da Secretaria do Tribunal de Justiça e do extinto Tribunal de Alçada, códigos de cargos TJ-PG-001 a TJ-PG-109 e TJ-QS-PG-01 a TJ-QS-PG-09, previstos nos itens 1.1 e 1.2 do Anexo I desta Lei, na forma estabelecida no art. 3º da Lei n. 13.467, de 12 de janeiro de 2000;

III - cinqüenta e cinco cargos da carreira de Oficial Judiciário do Quadro Suplementar da Secretaria do Tribunal de Justiça, códigos de cargos TJ-QS-SG-01 a TJ-QS-SG-55, previstos no item 1.2 do Anexo I desta Lei.

Parágrafo único. O provimento de duzentos e cinqüenta cargos da carreira de Oficial Judiciário previstos no item 1.1 do Anexo I desta Lei fica condicionado à extinção, com a vacância, dos cargos mencionados no *caput* deste artigo.

Em outras palavras: foram extintos cargos de Agente Judiciário (art. 3º da Lei n. 16.645/2007); após a extinção desses cargos, a promoção vertical depende da ocorrência de vagas (art. 2º, § 3º, da Lei n. 13.647/2000).

É princípio das normas de interpretação do direito que lei posterior só revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela

incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. Ademais, lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior. É o que define a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro:

Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

A Lei n. 16.645/2007, posterior à Lei n. 13.647/2000, estabeleceu com relação a esta disposições especiais, não a declarou expressamente revogada, não é com ela incompatível (ao contrário, integra-lhe dispositivos), nem regulou inteiramente a matéria. Portanto, *não há que se falar em revogação da Lei n. 13.647/2000 pela Lei n. 16.645/2007.*

Consequência lógica disso é que, subsistindo o substrato legal que ensejou o exercício do poder regulamentar do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, subsiste a Resolução n. 367/2001 e todo o sistema de promoção vertical aos servidores públicos por ela abarcados.

Entendo, quanto ao tema, que não se aplica aqui como precedente o RMS n. 33.999-MG, trazido à baila pela parte recorrente, em memoriais. Leia-se esta ementa:

Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Transformação de cargos. Remuneração de substitutos. Princípio da legalidade. Extrapolação de competência regulamentar.

1. Trata-se, originariamente, de Mandado de Segurança contra o Presidente do TJ-MG e o Superintendente da Escola Judicial de Desembargadores, por força de decisão que indeferiu pedido de que os “servidores substitutos percebam seus vencimentos de acordo com o padrão PJ-64 (atualmente PJ-70, tendo em vista o disposto pelo art. 19 da Lei Estadual n. 16.645/2007), uma vez que a transformação do cargo de Técnico de Apoio Judicial em Oficial de Apoio Judicial, Classe B se dá simplesmente com a ocorrência da vacância, como determinado pelo art. 2º, inciso I, da Lei Estadual n. 13.467/2000”. O acórdão recorrido denegou a Segurança.

2. A Lei n. 13.467/2000 estabelece que a ocorrência da vacância no cargo de técnico de apoio judicial, por si só, enseja a transformação para o cargo de oficial

de apoio judicial, classe B, independentemente da aprovação na promoção vertical.

3. Atos infralegais não devem extrapolar o poder regulamentar, alargar o conteúdo e criar obrigações e deveres não anteriormente previstos na lei, caso ela própria não autorize tal atividade, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade. Precedentes do STJ.

4. A diferença de níveis e a previsão normativa de remuneração (com escalonamento de vencimentos) são suficientes para aclarar que a pretensão dos impetrantes tem reflexo patrimonial e indica prejuízo *in concreto*.

5. Recurso Ordinário provido para conceder a Segurança e determinar o pagamento de vencimentos na forma pleiteada pelos impetrantes.

(RMS n. 33.999-MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 11.12.2012, DJe 19.12.2012).

Nesse precedente de lavra do Exmo. Min. Herman Benjamin, ficou claramente demonstrada a extrapolação da competência regulamentar, porque a lei posterior, efetivamente, revogou parte da lei anterior, no que tange à transformação para o cargo de oficial de apoio judicial, *revogação essa que não ocorreu quanto ao tema da promoção vertical e seus requisitos*.

Portanto, nesse ponto, não há direito líquido e certo a amparar os pedidos originário ou recursal.

Necessidade de atendimento à Lei Complementar Federal n. 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal)

A Lei Complementar Federal n. 101/2000, em seus arts. 18 e ss., quando trata da despesa pública, especificamente com relação à despesa com pessoal (Seção II), dispõe exaustivamente quanto à necessidade de a Administração – aqui incluídos Tribunais de Justiça em suas funções atípicas administrativas, como na regulamentação do regime de seus servidores – limites de gastos com relação a suas receitas.

Nesse ímpeto, tanto a Lei Estadual n. 13.647/2000, quanto a Resolução n. 367/2001, determinam que as promoções verticais devem ser limitadas a ditames orçamentários e fiscais, observada a repercussão financeira:

Lei n. 13.647/2000

Art. 10 - A implantação desta lei *não acarretará aumento de despesa* para o Estado nem acréscimo, a qualquer título, na remuneração dos atuais servidores do Poder Judiciário.

Resolução n. 367/2001

Art. 29 - A *promoção vertical* será efetuada anualmente, após *levantamento das vagas existentes* em 30 de junho do ano de sua realização, podendo o número de *vagas oferecidas à promoção ser limitadas*, observada a *repercussão financeira* das promoções e as *disponibilidades orçamentárias*.

Finalmente, a própria Lei n. 16.645/2007 indica que o posicionamento dos servidores será providenciado pelo Tribunal de Justiça:

Art. 8º O Tribunal de Justiça providenciará o posicionamento dos servidores integrantes dos Quadros de Pessoal de sua Secretaria, bem como a identificação e a codificação de seus cargos na forma prevista nos Anexos I e II desta Lei.

Lendo-se os dispositivos de forma sistemática, o posicionamento dos servidores, seja por qual meio for, inclusive pela promoção vertical, deve observar a *repercussão financeira* das promoções e as *disponibilidades orçamentárias*.

Em adição, o Conselho Nacional de Justiça, no Procedimento de Controle Administrativo, manifestou-se desta forma, com relação à Lei n. 16.645/2007 do Estado de Minas Gerais e seu potencial impacto financeiro:

Recurso administrativo. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Alteração legislativa. Extinção de requisito. Gestão financeira. Necessidade de adequação. Autonomia do Tribunal. Parcialmente procedente.

1. A Lei Estadual n. 16.645/2007 extinguiu a vinculação da quantidade de cargos por classe no plano de carreira dos servidores da Secretaria do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Contudo, ainda remanesce a necessidade de observância do requisito da disponibilidade orçamentária, que deve ser seguido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

2. "Não pode o CNJ impor gastos aos Tribunais sem disponibilização de prévia dotação orçamentária, mormente em razão do limite prudencial da Lei de Responsabilidade Fiscal". Precedentes.

3. Recurso conhecido e negado lhe provimento para manter a decisão monocrática impugnada no sentido de determinar que o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais promova estudos, com consequente conclusão, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, para analisar as questões referentes às promoções verticais dos servidores da 2ª instância e à adequação ao princípio da isonomia entre os servidores do Tribunal.

(CNJ - RA - Recurso Administrativo em PCA - Procedimento de Controle Administrativo - n. 0005732-69.2012.2.00.0000 - Rel. Jefferson Luis Kravchychyn - 172ª Sessão - j. 27.6.2013).

A respeito da promoção vertical, compreende-se do voto condutor do Excelentíssimo Conselheiro que

Contudo, outro ponto importantíssimo deve ser também analisado. Cuida-se da análise da *questão orçamentária para as promoções verticais*. A nova lei, como visto acima, apenas suprime o critério limitativo da quantidade de vaga na classe a ser alcançada pelo servidor, mas *não retira a observância estrita do princípio da responsabilidade fiscal*, encartado nos preceitos da Lei de Responsabilidade Fiscal. Se, até o momento, as promoções verticais não foram realizadas pelo argumento meramente orçamentário, este balizador deve ser acatado, uma vez que cabe aos Tribunais, nos termos do art. 96, inc. I, alíneas **b** e **e**, da Constituição Federal, com especial observância do art. 169 da CF:

Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

§ 1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas:

I - se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;

II - se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

§ 2º Decorrido o prazo estabelecido na lei complementar referida neste artigo para a adaptação aos parâmetros ali previstos, serão imediatamente suspensos todos os repasses de verbas federais ou estaduais aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios que não observarem os referidos limites.

§ 3º Para o cumprimento dos limites estabelecidos com base neste artigo, durante o prazo fixado na lei complementar referida no *caput*, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adotarão as seguintes providências:

I - redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança;

II - exoneração dos servidores não estáveis.

§ 4º Se as medidas adotadas com base no parágrafo anterior não forem suficientes para assegurar o cumprimento da determinação da lei complementar referida neste artigo, o servidor estável poderá perder o cargo, desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes

especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal.

§ 5º O servidor que perder o cargo na forma do parágrafo anterior fará jus a indenização correspondente a um mês de remuneração por ano de serviço.

§ 6º O cargo objeto da redução prevista nos parágrafos anteriores será considerado extinto, vedada a criação de cargo, emprego ou função com atribuições iguais ou assemelhadas pelo prazo de quatro anos.

§ 7º Lei federal disporá sobre as normas gerais a serem obedecidas na efetivação do disposto no § 4º.

Com efeito, *continua intacto o art. 29 da Resolução-TJMG n. 367/2011, que determina a "repercussão financeira das promoções e as disponibilidades orçamentárias".*

(...)

Assim, em face da aplicação da disponibilidade orçamentária pelo Tribunal, tem-se que as *promoções verticais não podem ser automáticas*. Ademais, a gerência dos recursos dos Tribunais cabe, quando dentro da legalidade, exclusivamente a eles, não sendo permitido ao Conselho Nacional de Justiça interferir nesse processo gestacional, ainda mais quando a ação implicar em elevação de custo de tal monta, a provocar a irresponsabilidade do ordenador de despesa, como pode ocorrer no caso. Não levar em consideração o fator orçamentário e promover automaticamente todos os servidores da 2ª instância, nesta altura, pode subverter as contas do Tribunal, a ponto de fazer com que ele não cumpra com a missão existencial, que é a efetiva prestação jurisdicional à população mineira, por falta de recursos. Ademais, a promoção vertical automática dos excedentes durante estes 5 (cinco) anos fere a segurança jurídica, considerando que, nos termos da Resolução atacada, para cada promoção vertical abriria uma vaga na classe, formando-se um efeito cascata inimaginável, que o Tribunal não teria condições de arcar com os custos.

Portanto, ainda que visto o tema apenas pela óptica da responsabilidade fiscal imposta aos gestores públicos pela LC Federal n. 101/2000, e concretizada na esfera estadual pelos diplomas normativos acima citado, também não há direito líquido e certo a amparar o pedido de promoção vertical independente de existência de vaga.

Diante das considerações expostas, *acompanho integralmente* o voto de Vossa Excelência, o Ministro Relator Humberto Martins, para *negar provimento* ao recurso ordinário.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.310.857-RN (2012/0039322-7)

Relator: Ministro Humberto Martins

Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte

Recorrido: Aldeci Torres de Medeiros e outros

Advogado: José Augusto Delgado e outro(s)

EMENTA

Administrativo. Processual Civil. Ação civil pública. Ausência de concurso público. Provimento de pessoas em cargos de provimento efetivo após 1988. Assembleia legislativa do Estado. Acórdão recorrido que reconhece a prescrição, com apoio no art. 1º do Decreto n. 20.910/1932. Inaplicabilidade às hipóteses de flagrante inconstitucionalidade. Precedentes do STF. Retorno dos autos para a primeira instância.

1. Cuida-se de recurso especial interposto contra acórdão que considerou o advento de prescrição, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, ao pleito de ação civil pública ajuizada para desconstituir a efetivação de atos de provimento efetivo em cargos públicos de pessoas que não realizaram concurso público. Diversas pessoas foram nomeadas, após o advento da Constituição Federal, para cargos efetivos na Assembleia Legislativa.

2. Não viola o art. 535 do Código de Processo Civil o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.

3. O Superior Tribunal de Justiça considera aplicável, à míngua de previsão do prazo prescricional para a propositura da ação civil pública, o prazo previsto no artigo 21 da Lei n. 4.717/1965. Precedentes: AgRg no AREsp n. 113.967-PR, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe 22.6.2012; AgRg no REsp n. 1.185.347-RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 25.4.2012.

4. No caso, contudo, não pode ser localizada prescrição da pretensão do Ministério Público, pela flagrante e continuada violação aos preceitos constitucionais de 1988. Tampouco seja possível

reconhecer também eventual decadência, sendo desinfluyente, portanto, discussão sobre o termo inicial.

5. É assentado que, após o advento da Constituição Federal de 1988, há necessidade da realização de concurso público para a efetivação no cargo público. Súmula n. 685 do STF (“é inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido”).

6. Em razão de os atos administrativos de provimento serem absolutamente inconstitucionais e, logo, nulos, por violação ao direito, que nem mesmo o Poder Constituinte derivado poderia relevar (art. 60, § 4º, inciso IV, da CF), não há falar em prescrição nem em decadência para o Ministério Público buscar, em juízo, as providências cabíveis para restaurar a necessidade de observância do princípio constitucional do concurso público, não importando o tempo que o cidadão permaneceu, ilícitamente, no exercício do cargo. Nesse sentido: STF, RE n. 216.443, relator p/ acórdão Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe-026.

7. Deve-se esclarecer que o caso não enseja pronunciamento a respeito da constitucionalidade do art. 54 da Lei n. 9.784/1999 nem do art. 1º do Decreto n. 20.910/1932, pois, na verdade, em atenção ao princípio da especialidade e à luz do art. 60, § 4º, inciso IV, da CF, as disposições desses dispositivos não alcançam situações fático-jurídicas cuja ocorrência tenha-se dado com a não observância de direitos e garantias individuais. A respeito, pelo STF: MS n. 29.270 AgR, Relator Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe-105; MS n. 28.273 AgR, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe-034; MS n. 28.297-DF, Relatora a Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ de 29.4.2011. E, pelo STJ: RMS n. 36.294-RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 19.8.2013; REsp n. 1.293.378-RN, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 5.3.2013.

Recurso especial provido para cassar o acórdão recorrido e determinar o retorno dos autos ao juízo de primeiro grau para que a ação, retomando seu regular trâmite, seja julgada no mérito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça “A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques (Presidente) e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 25 de novembro de 2014 (data do julgamento).

Ministro Humberto Martins, Relator

DJe 5.12.2014

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de recurso especial interposto pelo *Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte* contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, cuja ementa é a seguinte:

Direito Administrativo. Apelações cíveis. Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual. Apelação interposta pelo Estado do Rio Grande do Norte. Pretensão conjunta de anulação dos atos administrativos que enquadraram os apelados nos cargos de provimento efetivo do quadro de pessoal da Assembléia Legislativa. Pretensão autoral alcançada pelo instituto da prescrição. Aplicação subsidiária aos termos do art. 21, da Lei n. 4.717/1965. Prazo quinquenal ultrapassado. Não demonstração dos apelantes quanto à possível ocorrência de causa suspensiva/interruptiva do curso natural da prescrição. Atos administrativos realizados no âmbito da administração pública e no exercício de suas atividades próprias, o que leva a manutenção do Estado apelante no polo passivo da presente demanda. Matérias recursais devidamente enfrentadas na decisão recorrida. Posicionamento originário mantido integralmente. Confirmação que se impõe. Precedentes. Conhecimento e desprovimento das apelações cíveis.

O recorrente alega dissídio jurisprudencial e violação do art. 535 do CPC, do art. 21 da Lei n. 4.717/1965, do art. 54 da Lei n. 9.784/1999 e do art. 2º do Decreto n. 20.910/1932. Defende que, à míngua de publicação dos atos de nomeação dos recorridos, não há falar em termo inicial de prazo prescricional.

Aduz que o ato de provimento de cargo efetivo é de natureza complexa, ensejando o registro perante o Tribunal de Contas do Estado, conforme exige o art. 71, III, da Constituição Federal, cuja norma é repetida na Constituição do Estado; mas que nunca houve o registro no âmbito do Estado do Rio Grande do Norte, com relação aos recorridos, de tal sorte que, não publicado o ato de registro perante o TCE, também não haveria razão para falar em termo inicial de prazo prescricional, ainda mais considerando que, no caso, estaria presente a má-fé dos recorridos, o que impediria a fluência da prescrição, nos termos do art. 54 da Lei n. 9.784/1999. Defende, ainda, que o prazo prescricional, no caso, se aplicável, não poderia ser o quinquenal, previsto no art. 21 da Lei n. 4.717/1965, mas o prazo de 20 anos previsto no Código Civil de 1916, vigente à época dos fatos; e que, em caso de violação ao princípio constitucional do concurso público, não se aplicaria nenhum prazo prescricional (fls. 2.001-2.087, e-STJ).

Contrarrazões juntadas (fls. 2.152-2.172, e-STJ).

Recursos especial e extraordinário admitidos na origem (fls. 2.191-2.195, e-STJ).

Parecer do Ministério Público Federal pelo parcial provimento do recurso, ao argumento de que os atos administrativos de provimento não se aperfeiçoaram, por vício formal, consistente na ausência da respectiva publicação, de sorte que a ilegalidade e a inconstitucionalidade não poderia ser convalidada pelo decurso de tempo. Indica-se precedente, em caso idêntico: REsp n. 1.293.378-RN. Transcrevo a ementa do opinativo (fl. 2.215, e-STJ):

Recurso especial. Contratação sem concurso público. Assembléia Legislativa. Ação civil pública. Vício atos não publicados no Diário Oficial Estadual. "Dies a quo". Momento da efetiva ciência dos atos irregulares, em razão da não publicidade. Improbidade administrativa. Prescrição. Inocorrência. Prematura declaração de prescrição. Provimento parcial para retorno dos autos à origem e continuidade do processo.

É, no essencial, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Martins (Relator): O recurso especial se origina em autos de ação civil pública que o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte ajuizou, em setembro de 2008, em razão de diversos cidadãos

terem sido nomeados para cargos de provimento efetivo do quadro de pessoal da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Norte, sem a realização de concurso público que legitimasse os respectivos atos de provimento.

Narra-se, na inicial, que diversas pessoas, algumas com regular vínculo jurídico com a administração estadual ou municipal (por exemplo: Banco do Estado do RN; Banco do Desenvolvimento do Estado do RN; Secretária Estadual de Saúde; Secretária Estadual da Indústria; Departamento de Trânsito; Instituto de Previdência; Fundações; etc.), sejam servidores, sejam comissionados, outras, sem nenhum tipo de vínculo funcional, foram colocadas à disposição da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Norte e, posteriormente, enquadrados em *diversos cargos de provimento efetivo* desse órgão (por exemplo: Assistente Parlamentar de Nível Superior; Assessor Técnico de Controle Interno; Técnico de Serviço e Apoio Parlamentar), *sem a realização de concurso público*.

Em primeiro grau de jurisdição, o pedido foi julgado improcedente, em razão de o magistrado entender que deveria vigorar o princípio da segurança jurídica, uma vez que o enquadramento irregular se deu nos anos de 1992 a 2000 (fls. 1.591-1.597, e-STJ).

Em sede de apelação, o Tribunal de Justiça manteve a sentença. No que interessa, eis o teor do voto condutor do acórdão recorrido:

Tratam os autos de Apelações Cíveis interpostas pelo: do Rio Grande do Norte e pelo *Estado Rio Grande do Norte*, ambas em face de sentença proferida pelo MM Juiz da Comarca de:, nos autos da: ajuizada contra *Aldeci Torres de Medeiros e outros*, que reconheceu a prescrição da pretensão manifestada nos autos, posicionando-se pelo não reconhecimento da ilegalidade do ato administrativo questionado, com base no princípio da segurança jurídica.

[...]

Pretendem o Ministério Público Estadual e o Estado do Rio Grande do Norte a reforma da decisão originária de fls. 1.530-1.536 que declarou extinto o processo, com julgamento de mérito, por reconhecer, na hipótese, a ocorrência da prescrição.

Nas razões recursais apresentadas pelos apelantes, defendem que o direito alcançado pelos ocupantes de cargos efetivos da Assembléia Legislativa não estaria atingido pela prescrição nem pela decadência, tendo em vista a intercorrência de diversas circunstâncias como por exemplo, a sonegação de informações pelas partes requeridas, procedimento que prejudicou sobremaneira a propositura da respectiva ação, e mais ainda, que a publicação dos atos de enquadramento somente se

realizou através de boletim interno, prejudicando a própria publicidade exigida para a validade dos atos administrativos de igual natureza.

Entendeu o sentenciante que ocorreu a prescrição do fundo do direito reclamado, sob o argumento de que os atos cuja anulação se buscou na presente via teriam ocorrido em período superior há 05 (cinco) anos, não mais sendo possível sua invalidação.

[...]

Trazendo o fato dos autos à presente deliberação, percebe-se que o Ministério Público, alegando possíveis irregularidades no procedimento de enquadramento realizado no âmbito da Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Norte, opõe pretensão contra o ente público estatal buscando pela declaração de nulidade dos atos administrativos que enquadraram os réus nos cargos de provimento efetivo do quadro de pessoal da Assembléia Legislativa Estadual, bem como os atos posteriores, inclusive aqueles relacionados a aposentadorias, excluindo-os, por fim, do quadro permanente de pessoal do citado Poder, com o consequente retorno ao órgão de origem.

[...]

Voltando ao tema “prescrição”, mister transcrever o que ordena o art. 1º do Decreto n. 20.910/1932, o qual trata da prescrição do direito de ação contra a Fazenda Pública, e assim preceitua:

Art. 1º. As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

Portanto, independentemente da natureza do direito oposto em face da Fazenda Pública, impera que sejam respeitados os prazos assinalados na norma de regência, *mormente para que seja resguardada a segurança jurídica das relações consolidadas pelo decurso do tempo, não cabendo na hipótese qualquer discussão acerca da irregularidade do próprio ato questionado.*

O princípio da segurança jurídica que substancia um dos princípios do Estado de Direito, impede que o ato administrativo favorável ao administrado sofra revogação, por razões de conveniência e oportunidade, ou até mesmo a invalidação, por eventual defeito de legalidade, *depois de transcorrido um período razoavelmente prolongado*, pois, a partir de então, *tem-se a consolidação da situação fática formada à margem do direito então vigente*, ou seja, a prolongada permanência de uma situação de fato, supostamente contrária à ordem legal, leva, irremediavelmente, a sua transformação em situação jurídica, impedindo consequentemente, o desmanche do ato que a ensejou, seja pela via da revogação, seja pela via da anulação.

Por mais legítima que seja a manifestação exordial do Ministério Público, não poderá o dito protetor social, ainda que se utilizando de seu mister constitucional, obstar o curso natural da prescrição, até porque restou flagrante nos autos sua ocorrência, vez que os enquadramentos foram publicados em tempo bem superior há 05 anos. (período de 1990 a 2002).

[...]

Diante de tal circunstância, considerando que não foi evidenciado no requerimento ministerial qualquer causa interruptiva/suspensiva do curso da prescrição, mister apreciar o termo inicial da contagem do prazo prescricional com ênfase nos próprios atos administrativos questionados.

Portanto, verificando que as portarias questionadas e que dão guarida ao direito discutido na exordial remontam aos anos de 1992, 1993 e 1994 (fls. 12-14), constata-se que o julgado recorrido ao estabelecer tais marcos como termo inicial da contagem do prazo, agiu de forma correta e absolutamente legal, quando declarou a prescrição, conforme o posicionamento livremente manifestado pelos Tribunais Pátrios.

Note-se que a distribuição do presente feito foi realizada apenas em 10 de setembro de 2008 (fl. 31), restando em muito ultrapassado o interregno quinquenal anteriormente assinalado, não mais sendo possível o exame da questão de fundo suscitada na respectiva ação, tendo em vista a inequívoca ocorrência da prescrição.

Cumpre mencionar, ainda, que não cabe neste momento processual a verificação de possíveis vícios de ordem formal na edição dos atos administrativos ora questionados, porquanto, sendo matérias que implicam no exame de questão inteiramente vinculada ao próprio direito objeto da demanda em foco, também restaram irremediavelmente atingidos pela prescrição.

De igual modo, não cabe também conhecer qualquer hipótese de possível prejuízo à fluência do prazo prescricional pela eventual sonegação de informações ao Ministério Público, vez que seria admitido ao próprio órgão se valer das vias ordinárias para compelir o gestor a promover o fornecimento dos registros documentais reputados essenciais para o deslinde da controvérsia em *prazo bem razoável*, inclusive através da propositura de ações de natureza penal e administrativa.

Já que não tomaram as providências cabíveis no tempo devido, não podem os apelantes, por intermédio da presente demanda, alegar irregularidades fora do prazo estabelecido pela arcabouço normativo, valendo-se de sua própria desídia para o alcance da pretensão manifestada nos autos.

Assim, considero que inexistente nulidade na decisão proferida no juízo de 1º grau, na medida em que foram apreciadas todas as questões articuladas na petição inicial protocolada pelo Ministério Público Estadual e demais argumentos trazidos também pelo Estado do Rio Grande do Norte em seu Apelo, não vislumbrando, portanto, a possibilidade de sua alteração.

Ante o exposto, em dissonância com o parecer da 6ª Procuradoria de Justiça, voto pelo conhecimento e desprovemento das Apelações Cíveis interpostas para manter incólume a sentença de 1º grau recorrida.

O Tribunal de origem se pronunciou suficientemente, de forma clara, coerente e fundamentada, sobre os fundamentos que entendeu relevantes para a solução da controvérsia, não se verificando, portanto, violação do art. 535 do CPC.

Com relação à ocorrência de prescrição, deve-se reconhecer que o acórdão recorrido merece ser cassado.

De início, deve-se mencionar que, de fato, o STJ considera que, à míngua de previsão do prazo prescricional para a propositura da ação civil pública, aplica-se a esta, por analogia, a prescrição quinquenal prevista no artigo 21 da Lei n. 4.717/1965. Precedentes: AgRg no AREsp n. 113.967-PR, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe 22.6.2012; AgRg no REsp n. 1.185.347-RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 25.4.2012.

Porém, a pretensão do Ministério Público, no caso em análise, não é passível de ser alcançada por eventual prescrição, sendo desinfluyente, portanto, a discussão sobre o termo inicial.

Com efeito, embora até mesmo o STF admita o entendimento de que o não agir administrativo pelo prazo de 5 anos implica na ocorrência da decadência para a administração rever os atos administrativos (art. 54 da Lei n. 9.784/1999), mesmo que ilegais, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, o fato é que o *o art. 54 da Lei n. 9.784/1999 não pode ser aplicado em hipóteses flagrantemente inconstitucionais*.

E, isso considerado, deve-se anotar que não há norma ou princípio, legal ou constitucional, que legitime uma pessoa aprovada em determinado concurso permanecer em cargo público diverso daquele para o qual fez o concurso. Há muito se entende que, nesses casos, há necessidade da realização de concurso público para a efetivação no cargo, como se extrai do entendimento contido na Súmula n. 685 do STF.

De outro lado, para aqueles que nunca fizeram concurso público, a inconstitucionalidade de sua inclusão em quadro de órgão da administração pública se mostra, nitidamente, inconstitucional.

Como bem ponderado no âmbito da Suprema Corte, “*segurança jurídica não pode ser confundida com conservação do ilícito*” (STF, ADI n. 3.521, Relator Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJ 16.3.2007).

Nessa linha, em razão de esses atos administrativos de provimento serem absolutamente nulos, por violação a direito e garantia individual, que nem mesmo o Poder Constituinte derivado poderia relevá-lo (art. 60, § 4º, inciso IV, da CF), não há que falar em decadência para que o Ministério Público busque, em juízo, as providências cabíveis para restaurar a necessidade de observância do princípio constitucional do concurso público, não importando o tempo que o cidadão permaneceu, ilicitamente, no exercício do cargo.

Nesse sentido, *mutatis mutandis*:

Concurso público. Candidatos. Tratamento diferenciado. Cumpre glosar situação jurídica reveladora de haver-se emprestado tratamento diferenciado a certos candidatos inscritos em concurso público, *não cabendo evocar o fato de já virem prestando serviços à Administração* (RE n. 216.443, Relator Min. Dias Toffoli, Relator p/ Acórdão: Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe-026).

Deve-se esclarecer que o caso não enseja pronunciamento a respeito da constitucionalidade do art. 54 da Lei n. 9.784/1999 nem do art. 1º do Decreto n. 20.910/1932, pois, na verdade, em atenção ao princípio da especialidade e à luz do art. 60, § 4º, inciso IV, da CF, as disposições desses dispositivos não alcançam situações fático-jurídicas cuja ocorrência tenha-se dado com a não observância de direitos e garantias individuais.

Nesse sentido, pelo STF:

Agravo regimental em mandado de segurança. Conselho Nacional de Justiça. Decisão que determina ao Tribunal de Justiça do Estado do Pará que promova o desligamento dos servidores admitidos irregularmente sem concurso público após a Constituição Federal de 1988. Aplicação direta do art. 37, *caput* e inciso II, da CF. Decadência administrativa. Art. 54 da Lei n. 9.784/1999. Inaplicabilidade em situações flagrantemente inconstitucionais. Apreciação conjunta, pelo CNJ, de pedidos de providências com objetos similares. Possibilidade. Desnecessidade de nova intimação. Duração razoável do processo. Apreciação das razões de defesa pelo CNJ e por comissão especialmente instituída no TJPA. Contraditório e ampla defesa assegurados. Agravo regimental não provido.

1. *Configura o concurso público elemento nuclear da formação de vínculos estatutários efetivos com a Administração, em quaisquer níveis.*

2. *Situações flagrantemente inconstitucionais como o provimento de cargo na Administração Pública sem a devida submissão a concurso público não podem e não devem ser superadas pela simples incidência do que dispõe o art. 54 da Lei n. 9.784/1999, sob pena de subversão das determinações insertas na Constituição*

Federal. (Precedente: MS n. 28.297-DF, Relatora a Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado, DJ de 29.4.2011).

3. Quando configurada a identidade de objetos, não há violação do contraditório, mas, antes, respeito à duração razoável do processo, na análise conjunta pelo CNJ de pedidos de providência paralelamente instaurados naquele Conselho. Fica dispensada, na hipótese, nova intimação dos interessados, máxime quando suas razões forem apreciadas pelo CNJ e por comissão especialmente instituída no Tribunal para o qual for dirigida a ordem do Conselho.

4. Agravo regimental não provido.

(MS n. 29.270 AgR, Relator Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 10.4.2014, DJe-105)

Agravo regimental. Mandado de segurança. Conselho Nacional de Justiça. Procedimento de controle administrativo. Decadência administrativa. Afastamento de titulares de serventias extrajudiciais da atividade notarial e de registro sem concurso público, mediante designação ocorrida após o advento da Constituição Federal de 1988. Legalidade. Concurso público. Exigência. Agravo improvido.

I – O Supremo Tribunal Federal sempre se pronunciou no sentido de que, sob a égide da Constituição de 1988, é inconstitucional qualquer forma de provimento dos serviços notariais e de registro que não por concurso público;

II – Não há direito adquirido à efetivação em serventia vaga sob a égide da Constituição de 1988;

III – *O exame da investidura na titularidade de cartório sem concurso público não está sujeito ao prazo previsto no art. 54 da Lei n. 9.784/1999, por se tratar de ato manifestamente inconstitucional.*

IV – Agravo regimental a que se nega provimento.

(MS n. 28.273 AgR, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 13.12.2012, DJe-034)

E, pelo STJ:

Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Concurso público de remoção (Edital n. 3/2003). Cartórios extrajudiciais. Estado do Rio Grande do Sul. Decisão proferida pelo STF, na ADI n. 3.522-RS (declaração de inconstitucionalidade dos artigos 16, incisos I, II e III, e 22, inciso I, da Lei Estadual n. 11.183/1998), com efeitos *ex tunc*. Reclassificação dos candidatos em virtude da alteração na forma de pontuação. Edital n. 043/2011, da Corregedoria-Geral de Justiça, que realiza nova convocação para escolha das serventias. Possibilidade.

Inaplicabilidade do art. 54 da Lei n. 9.784/1999. Princípio da especialidade. Art. 60, § 4º, IV, da CF. Ausência de direito líquido e certo.

[...]

4. *O ato administrativo resultante da classificação viciada ser absolutamente nulo, por violação a direito e garantia individual (princípios do concurso público e da isonomia), que nem mesmo o Poder Constituinte derivado poderia relevar (art. 60, § 4º, inciso IV, da CF), não há falar em decadência para a administração tomar as providências cabíveis para restaurar a lisura e legalidade do concurso, em cumprimento ao comando da Suprema Corte, desimportando o tempo que o candidato passou à frente da serventia. Inaplicabilidade do art. 54 da Lei n. 9.784/1999 à hipótese dos autos. Nesse sentido, mutatis mutandis: STF, RE n. 216.443, Relator Min. Dias Toffoli, Relator p/ Acórdão: Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe-026).*

5. Recurso ordinário não provido.

(RMS n. 36.294-RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 12.3.2013, DJe 19.8.2013)

A propósito, o precedente que o Ministério Público Federal cita em seu parecer, que origina em situação semelhante à ora analisada, corrobora o que aqui se defende; vide:

Administrativo. Processual Civil. Recurso especial. Servidor Público do Poder Executivo Estadual. Transferência para o quadro de pessoal do Poder Legislativo. Ação civil pública proposta pelo *Parquet* Estadual objetivando a anulação desse ato. Prescrição. Não ocorrência. Retorno dos autos à instância de origem para prosseguimento do feito. Recurso conhecido e provido.

1. Trata-se, na origem, de ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte objetivando a anulação de ato administrativo que importou na “transferência” do servidor recorrido, sem concurso público, do Quadro de Pessoal do Poder Executivo para o do Poder Legislativo.

2. Hipótese em que a preliminar de prescrição acolhida pelo Tribunal de origem se confunde com o próprio mérito da demanda, uma vez que a eventual conclusão de que o ingresso do servidor recorrido no quadro de servidores da Assembléia Legislativa não foi procedido de aprovação em concurso público teria por consequência a conclusão de tal inconstitucionalidade não poderia ser sanada pelo decurso do tempo.

3. *Com efeito, nos termos da Súmula n. 685-STF, “É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido”.*

4. *Por sua vez, situações flagrantemente inconstitucionais como o provimento de cargo público efetivo sem a devida submissão a concurso público não podem e não devem ser superadas pelo eventual reconhecimento da prescrição ou decadência, sob pena de subversão das determinações insertas na Constituição Federal. Precedente: MS n. 28.279-DF, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJe 28.4.2010.*

5. “O princípio da publicidade impõe a transparência na atividade administrativa exatamente para que os administrados possam conferir se está sendo bem ou mal conduzida” (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *in* “Curso de Direito Administrativo”, 25ªed. rev.e atual., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 85).

6. Consoante lição de HELY LOPES MEIRELLES (*In* “Direito Administrativo Brasileiro”, 30ªed., atual. por Eurico de Andrade Azevedo et al., São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 94-5), “A publicação que produz efeitos jurídicos é a do órgão oficial da Administração, e não a divulgação pela imprensa particular, pela televisão ou pelo rádio, ainda que em horário oficial. Por órgão oficial entendem-se não só o Diário Oficial das entidades públicas como, também, os jornais contratados para essas publicações oficiais”. Por conseguinte, “Os atos e contratos administrativos que omitirem ou desatenderem à publicidade necessária não só deixam de produzir seus regulares efeitos como se expõem a invalidação por falta desse requisito de eficácia e moralidade. E sem publicação não fluem os prazos para impugnação administrativa ou anulação judicial, quer o de decadência para impetração de mandado de segurança (120 dias da publicação), quer os de prescrição da ação cabível”.

7. Hipótese em que o “ato de transferência” do servidor recorrido não foi publicado no Diário Oficial do Estado do Rio Grande do Norte, mas tão somente no “Boletim Oficial da Assembléia Legislativa”; tal situação, somada ao fato de que referido ato não foi levado ao conhecimento da Corte de Contas Estadual, revela a existência de má-fé caracterizada por um sigilo não só ilegal mas também inconstitucional.

8. Recurso especial conhecido e provido para reformar o acórdão recorrido e, afastando-se a preliminar de prescrição do fundo de direito, determinar o retorno dos autos à Instância de origem para que prossiga no julgamento do feito.

(REsp n. 1.293.378-RN, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, julgado em 26.2.2013, DJe 5.3.2013).

Ante o exposto, *dou provimento* ao recurso especial para cassar o acórdão recorrido e determinar o retorno dos autos ao juízo de primeiro grau para que a ação retome seu regular trâmite; com urgência, em razão do tempo já transcorrido.

É como penso. É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.397.870-MG (2013/0143678-9)

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques

Recorrente: TIM Celular S/A

Advogados: Cristiano Carlos Kozan

Eudenis Costa Machado

Renata Rezetti Ambrósio e outro(s)

Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

EMENTA

Administrativo e Processual Civil. Violação do art. 535 do CPC. Omissão inexistente. Ação civil pública. Direito do Consumidor. Telefonia. Venda casada. Serviço e aparelho. Ocorrência. Dano moral coletivo. Cabimento. Recurso especial improvido.

1. Trata-se de ação civil pública apresentada ao fundamento de que a empresa de telefonia estaria efetuando venda casada, consistente em impor a aquisição de aparelho telefônico aos consumidores que demonstrassem interesse em adquirir o serviço de telefonia.

2. Inexiste violação ao art. 535, II do CPC, especialmente porque o Tribunal *a quo* apreciou a demanda de forma clara e precisa e as questões de fato e de direito invocadas foram expressamente abordadas, estando bem delineados os motivos e fundamentos que a embasam, notadamente no que concerne a alegação de falta de interesse de agir do Ministério Público de Minas Gerais.

3. É cediço que a marcha processual é orquestrada por uma cadeia concatenada de atos dirigidos a um fim. Na distribuição da atividade probatória, o julgador de primeiro grau procedeu à instrução do feito de forma a garantir a ambos litigantes *igual paridade de armas*. Contudo, apenas o autor da Ação Civil Pública foi capaz de provar os fatos alegados na exordial.

4. O art. 333 do Código de Processo Civil prevê uma *distribuição estática* das regras inerentes à produção de prova. Cabe ao réu o ônus da impugnação específica, não só da existência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, como também da

impropriedade dos elementos probatórios carreados aos autos pela *ex adversa*. Nesse ponto, mantendo-se silente o ora recorrido, correto o entendimento de origem, no ponto em que determinou a incidência do art. 334, II, do CPC e por consequência, ter recebido os documentos de provas do autor como incontrovertidos.

5. O fato de ter as instâncias de origem desconsiderado a prova testemunhal da recorrida - porquanto ouvida na qualidade de informante - não está apto a configurar cerceamento de defesa, pois a própria dicção do art. 405, § 4º, do CPC, permite ao magistrado atribuir a esse testemunho o valor que possa merecer, podendo, até mesmo, não lhe atribuir qualquer valor.

6. Não tendo o autor sido capaz de trazer aos autos provas concretas de sua escorregada conduta comercial, deve suportar as consequências desfavoráveis à sua inércia. Fica, pois, afastado possível violação aos arts. 267, VI, 333, II e 334, II do CPC.

7. A possibilidade de indenização por dano moral está prevista no art. 5º, inciso V, da Constituição Federal, não havendo restrição da violação à esfera individual. A evolução da sociedade e da legislação têm levado a doutrina e a jurisprudência a entender que, quando são atingidos valores e interesses fundamentais de um grupo, não há como negar a essa coletividade a defesa do seu patrimônio imaterial.

8. O dano moral coletivo é a lesão na esfera moral de uma comunidade, isto é, a violação de direito transindividual de ordem coletiva, valores de uma sociedade atingidos do ponto de vista jurídico, de forma a envolver não apenas a dor psíquica, mas qualquer abalo negativo à moral da coletividade, pois o dano é, na verdade, apenas a consequência da lesão à esfera extrapatrimonial de uma pessoa.

9. Há vários julgados desta Corte Superior de Justiça no sentido do cabimento da condenação por danos morais coletivos em sede de ação civil pública. Precedentes: EDcl no AgRg no AgRg no REsp n. 1.440.847-RJ, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, Segunda Turma, julgado em 7.10.2014, DJe 15.10.2014, REsp n. 1.269.494-MG, Rel. Ministra *Eliana Calmon*, Segunda Turma, julgado em 24.9.2013, DJe 1º.10.2013; REsp n. 1.367.923-RJ, Rel. Ministro *Humberto Martins*, Segunda Turma, julgado em 27.8.2013, DJe 6.9.2013; REsp n. 1.197.654-MG, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, Segunda Turma, julgado em 1º.3.2011, DJe 8.3.2012.

10. Esta Corte já se manifestou no sentido de que “não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso, que dê ensejo à responsabilidade civil. Ou seja, nem todo ato ilícito se revela como afronta aos valores de uma comunidade. Nessa medida, é preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva. (REsp n. 1.221.756-RJ, Rel. Min. Massami Uyeda, DJe 10.2.2012).

11. A prática de venda casada por parte de operadora de telefonia é capaz de romper com os limites da tolerância. *No momento em que oferece ao consumidor produto com significativas vantagens – no caso, o comércio de linha telefônica com valores mais interessantes do que a de seus concorrentes – e de outro, impõe-lhe a obrigação de aquisição de um aparelho telefônico por ela comercializado, realiza prática comercial apta a causar sensação de repulsa coletiva a ato intolerável, tanto intolerável que encontra proibição expressa em lei.*

12. *Afastar, da espécie, o dano moral difuso, é fazer tabula rasa da proibição elencada no art. 39, I, do CDC e, por via reflexa, legitimar práticas comerciais que afrontem os mais basilares direitos do consumidor.*

13. Recurso especial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento: “A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).”

A Sra. Ministra Assusete Magalhães, os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília (DF), 2 de dezembro de 2014 (data do julgamento).

Ministro Mauro Campbell Marques, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Trata-se de recurso especial interposto por TIM Celular S/A, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, nesses termos ementado (fl. 296):

Ação civil pública. Interesse de agir. Alegação de improcedência da acusação de venda casada. Questão de mérito. Alegação de exame indevido da prova. Nulidade da sentença. Não ocorrência. Venda-casada. Prova. Reconhecimento da procedência do pedido inicial. Dano moral coletivo. Cabimento. Indenização. Redução. Impossibilidade. Montante adequado ao caso concreto. Sentença. Efeitos. Limites da competência territorial do órgão julgador.

- Não configura ausência de interesse de agir a alegação de que não se pratica a venda casada de que a parte ré é acusada na inicial, pois se trata de questão de mérito.

- Eventual exame equivocado da prova não constitui violação do direito à ampla defesa e, por conseguinte, nulidade da sentença, cabendo, apenas, proceder-se à reforma da decisão, se realmente ocorrido.

- Uma vez provada a realização de venda casada, cabe reconhecer a procedência do pedido inicial deduzido na ação civil pública, intentada por essa razão.

- É cabível a condenação ao pagamento de indenização por dano moral coletivo.

• Não se há de falar em redução do montante arbitrado para a indenização por dano moral se atendidos os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, considerado o caso concreto.

-A sentença na ação civil pública faz coisa julgada “*erga omnes*” nos limites da competência territorial do órgão prolator.

Narra a recorrente que o Ministério Público do Estado de Minas Gerais ajuizou, em seu desfavor, ação civil pública, ao argumento de que estaria praticando “venda casada”, consubstanciada na imposição da compra de aparelho telefônico, por ela vendido, ao consumidor que demonstrasse interesse em adquirir o serviço ofertado pela operadora, através do *chip* “Tim Fixo Pré” ou Tim Fixo pós.”

Na sentença, o douto julgador, amparado em amplo acervo probatório (testemunha, ofício da Assembleia Legislativa de Minas Gerais com reclamações de consumidores, Auto de Constatação realizado por agente público), entendeu

ter restado comprovado - em ofensa aos princípios do Código de Defesa do Consumidor, notadamente de seu art. 39, I e V - a prática de venda casada pela ré.

A condenação pode ser assim sintetizada:

Nestas circunstâncias, há a obrigação da Requerida em reparar o dano moral difuso, conforme previsto no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal, c.c. o art. 21, da Lei n. 7.347/1985 c.c. art. 81, parágrafo único, inciso I e art. 6º, inciso VI, da Lei n. 8.078/1990.

Há que se estabelecer o valor da multa.

Entendo que o montante de R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais), atende bem os princípios da razoabilidade e proporcionalidade que devem nortear a sua fixação, servindo de caráter pedagógico, para que a Requerida não reitere ações que visem lesar o consumidor, considerando-se, ainda, que a empresa é de grande porte.

Assim, julgo, amparado pelos dispositivos legais retromencionados, procedente o pedido, para declarar abusiva a conduta da Ré, determinando que se abstenha de promover a venda casada de seus serviços e produtos, nos exatos termos do pedido exordial.

Determino, ainda, que a Requerida fixe preços distintos e razoáveis para os serviços de telefonia e venda de aparelhos telefônicos, comprovando-os em juízo, no prazo de 30 dias. (fl. 215)

A empresa demandada e o Ministério Pública apresentaram recurso de apelação. Em suas razões, a parte ora recorrente pugnou pela reforma da sentença, alegando, em apertada síntese, que, além de não ser cabível dano moral coletivo, não há interesse de agir nos presentes autos, porquanto não pratica a conduta de condicionar “a aquisição do serviço “TIM Fixo Pré” ou “TIM Fixo Pós” à aquisição de aparelho, bem como já fixa preços ‘distintos e razoáveis para os serviços de telefonia e venda de aparelhos telefônicos.”

Examinando a pretensão, o Tribunal *a quo* julgou improcedente ambos os recursos. No que concerne ao manejo pelo recorrente, confirmou a sentença, tanto em relação à prática de venda casada, quanto ao cabimento de dano moral coletivo na tutela de interesse transindividual.

Apresentados embargos de declaração, foram eles rejeitados.

No apelo nobre, alega violação aos artigos 6º, inciso VI, 267, inciso VI, 333, II e 334, II e 535 do CPC, ao art. 1º da Lei n. 7.347/1985 e ao art. 884 do Código Civil, bem como divergência jurisprudencial. Sustenta que: (a) o

Tribunal *a quo* foi omissivo ao não se manifestar acerca da ausência de prova de que a TIM realiza venda casada, bem como o fato de não restar demonstrado o dano moral coletivo; (b) conforme amplamente demonstrado, não realiza venda casada, assim a obrigação imposta na presente demanda já era integralmente adimplida pela empresa, não há, pois, interesse de agir na presente demanda; (c) a impossibilidade de condenação a título de dano moral coletivo; porquanto incompatível com a noção de transindividualidade do direito tutelado; (d) teve seu direito de defesa cerceado, pois a única prova por ela produzida foi desconsiderada pelas instâncias *a quo*; (e) o acórdão recorrido permitiu o enriquecimento ilícito do fundo que trata o art. 13 da LACP, no ponto em que exarou condenação sem a efetiva comprovação de dano aos usuários da empresa.

Foram apresentadas contrarrazões. (fls. 403-414).

Em decisão de fl. 504, deu provimento ao agravo para determinar a conversão dos autos em recurso especial, nos termos do art. 34, XVI, do RISTJ.

Instado a se manifestar, o MPF opinou pelo conhecimento parcial e, nessa parte, pelo não provimento do recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (Relator):

1. Da possível violação ao art. 535 do Código de Processo Civil.

Em primeiro lugar, não se pode conhecer da apontada violação ao art. 535, II do CPC, especialmente porque o Tribunal *a quo* apreciou a demanda de forma clara e precisa e as questões de fato e de direito invocadas foram expressamente abordadas, estando bem delineados os motivos e fundamentos que a embasam, notadamente no que concerne a alegação de falta de interesse de agir do Ministério Público de Minas Gerais.

A propósito, cita-se o seguinte trecho do acórdão objurgado:

Diz a parte apelante que falta interesse de agir à parte autora, por que não pratica a alegada venda casada.

Data vênia, a questão não é preliminar de carência de ação, mas questão de mérito, pois o fato de efetuar ou não tal tipo de venda não implica ausência de

interesse de agir, mas a procedência ou não do pedido da ação. Assim, rejeito a preliminar, (fls. 298 e-STJ).

2. Da apontada violação aos arts. 267, VI, do CPC e 333, II e 334, II do CPC;

Porquanto correlatos, aludidos dispositivos merecem análise conjunta.

O Ministério Público Estadual instaurou *Inquérito Civil (PP n. 0024.10.002524-6)*, com base em reclamações apresentadas por consumidores e ofício da lavra da Comissão de Defesa do Consumidor e do Contribuinte da Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais informando sobre a existência de diversas reclamações em face da ora recorrente, que estaria obrigando o consumidor a adquirir aparelho telefônico - por ela comercializado - como condição prévia à aquisição de sua linha de telefone.

Nos autos do IP foram realizadas audiências com a finalidade de se firmar Termo de Ajustamento de Conduta (fls. 48-64). Diante da não manifestação de aquiescência da recorrente, o *Parquet* Estadual ajuizou a presente ação civil pública, com vistas a coibir, de forma coercitiva, possível prática comercial vedada pelo art. 39, I do Código de Defesa do Consumidor.

É cediço que a marcha processual é orquestrada por uma cadeia concatenada de atos dirigidos a um fim. Atento a essa máxima, bem como ao comando do art. 333, I e II, do CPC, o julgador de primeiro procedeu à instrução do feito de forma a garantir a ambos litigantes, *em igual paridade de armas*, a oportunidade de comprovar, tanto o fato constitutivo do seu direito (no caso a prática de venda casada), quanto da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (a não realização da guerreada prática comercial).

Nesse ponto, conforme extrai-se da sentença, apenas o autor da ação civil pública foi capaz de provar os fatos alegados na exordial. A título de elementos probatórios enumerou o julgador singular: *i) ofício da Assembleia Legislativa do Estado, demonstrando diversas reclamações de consumidores, denunciando a prática de venda casada; ii) laudo de constatação/comprovação que demonstrou que em todas as lojas da ora recorrente, visitadas pelos agentes fiscais do MPMG, só seria possível a aquisição do CHIP, junto com o aparelho telefônico.*

Urge observar ter restado consignado no *decisum* que, apesar de instado a ser manifestar, o réu quedou-se inerte quanto à impugnação específica de tais elementos de prova.

A propósito, cita-se o seguinte trecho da sentença:

De acordo com o documento de fls. 56-60 dos autos, a consumidora Luna lombardi, denunciou a chamada venda casada, praticada pela Requerida.

O ofício da Assembléia Legislativa de Minas Gerais, de fls. 29, demonstra existirem diversas reclamações contra a requerida, denunciando as vendas cassadas, do *Tim Fixo Pré* com o *aparelho telefônico*.

O laudo de constatação/comprovação de fls. 32-33, dos autos, demonstrou que em todas as lojas da Requerida visitadas só será possível a aquisição do *Chip*, junto com o aparelho telefônico. Tal informação, obtida de dentro da própria empresa, demonstra que os outros dois documentos, reclamação da consumidora e o ofício da assembléia contém informações verossímeis.

[...]

Frisa-se, por oportuno, que a testemunha, ouvida na qualidade de informante, já que funcionária da Requerida relatou que não existe a prática de venda cassada. Todavia, seu depoimento encontra-se divorciado dos demais elementos de provas não podendo ser considerado. Mesmo assim, a informante não afastou a possibilidade de existir venda casada ao afirmar que se o consultor assim proceder é advertido pela empresa. (fls. 214-215)

O art. 333 do Código de Processo Civil prevê uma distribuição estática das regras inerentes à produção de prova. Ao réu, cabe o ônus da impugnação específica, não só da existência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, como também da *impropriedade dos elementos probatórios* *carreados* aos autos pela *ex adversa*, para fins de comprovação do alegado. Nesse ponto, mantendo-se silente o ora recorrido, correto o entendimento de origem, no ponto em que determinou a incidência do art. 334, II, do CPC e por consequência, ter recebido os documentos de prova do autor como incontroversos.

Melhor sorte não socorre a recorrente quanto a alegação de cerceamento de defesa, pelo fato de ter as instâncias de origem desconsiderado sua única prova. Aludido elemento probatório refere-se a prova testemunhal - consubstanciada em funcionária da recorrente. O julgador, por considerá-la suspeita, concordou em ouvi-la na *qualidade de informante* e, como tal, conforme própria dicção do art. 405, § 4º, do CPC, *poderá atribuir ao seu testemunho o valor que possa merecer, podendo, até mesmo, não lhe atribuir valor algum*.

Portanto, não tendo o autor sido capaz de trazer aos autos provas concretas de sua escorreita conduta comercial, deve suportar as consequências desfavoráveis da sua inércia.

A respeito das regras inerentes à distribuição do ônus da prova, em outra oportunidade, assim me manifestei:

Processual Civil. Tributário. Agravo regimental. IPVA. SESC. Entidade assistencial. Imunidade tributária. Previsão constitucional (CF, art. 150, VI, c). Lei n. 2.613/1955. Desvirtuamento do uso. Exceção à regra. Art. 333, inciso II, do CPC. Ônus da prova.

1. O recorrente demonstra mero inconformismo em seu agravo regimental, que não se mostra capaz de alterar os fundamentos da decisão agravada.

2. Sendo o SESC - Serviço Social do Comércio entidade assistencial, de acordo com o art. 150, inciso VI, alínea c, da Constituição Federal, decorre da própria sistemática legal (art. 13 da Lei n. 2.613/1955) a conclusão da existência de presunção *juris tantum* (art. 334, IV, do CPC) quanto sua imunidade em relação ao IPVA.

3. Caberia ao Distrito Federal, nos termos do inciso II do art. 333 do CPC, *apresentar prova impeditiva, modificativa e extintiva quanto à imunidade constitucional*, por meio da comprovação de que os automóveis pertencentes ao SESC estão desvinculados da destinação institucional, o que não ocorreu no caso em comento, como se percebe do dirimido pelo acórdão *a quo*: "afere-se que efetivamente o embargado não produziu qualquer prova destinada a evidenciar que os automóveis que almejava eximir da incidência tributária estão destinados ao implemento das suas atividades assistencialistas.

Contudo, usufruindo de imunidade tributária derivada da natureza jurídica que ostenta e de expressa previsão constitucional, compete à Fazenda elidir a presunção de que os bens que integram seu acervo patrimonial não estão destinados ao incremento das suas atividades essenciais de forma a eximi-los da imunidade que os acoberta como regra geral". (fl. 222)

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp n. 1.067.300-DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 2.2.2010, DJe 26.2.2010).

O Tribunal *a quo*, confirmando a sentença, que, por sua vez, observou as regras processuais inerente à correta instrução do feito, notadamente quanto a distribuição da carga probatória - consignou que não há dúvidas acerca da prática da venda casada por parte da recorrente.

Abaixo, trecho do acórdão recorrido:

[...]

Alega a parte apelante que não efetuou nem efetua venda casada. Aduz, ainda, que são incabíveis danos morais coletivos. Pede, ao fim, que seja o pedido inicial julgado improcedente. Alternativamente, pede que se reduza o valor da indenização fixada pelo Juiz de primeiro grau.

Com relação à primeira alegação, a razão não assiste à parte recorrente, porque a prova dos autos é robusta e indica, sem deixar margem a dúvidas, que a acusação a ela feita de proceder à venda casada é procedente.

Com efeito, o ilustre Deputado Délio Malheiros, na qualidade de Vice-Presidente da Comissão de Defesa do Consumidor e do Contribuinte da Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais, fez representação junto à Promotoria de Justiça de Defesa do Consumidor desta Capital dando notícia de que várias reclamações foram a ele endereçadas informando que a parte apelante condicionava a venda de linha de telefone fixo (Tim Fixo-Pré) à compra do aparelho telefônico (cf. ff. 28-29).

Em diligência realizada na data de 13.8.2010, um agente fiscal do Ministério Público dirigiu-se às lojas da TIM Telefonía, nesta Capital, e constatou que, em todas as lojas, os atendentes informaram que a aquisição do “chip” só era possível junto com o telefone (ff. 32-33).

O Ministério Público procedeu à intimação da parte apelante a fim de que enviasse representante seu à Promotoria de Justiça de Defesa do Consumidor para audiência com o objetivo de “ajustamento de conduta” (f. 34).

Na audiência, foi apresentada proposta de “Termo de Ajustamento de Conduta” (ff. 40-43), no qual ficava acertado que não haveria a venda casada aqui já mencionada.

A parte apelante, primeiramente, fez proposta de outro “Termo” e, ao fim, simplesmente disse que não iria formalizar qualquer termo de ajustamento de conduta (f. 57).

Cabe destacar que assim procedeu sem dizer que o estava fazendo porque não efetuava venda casada, como alegou na contestação em suas razões de recurso.

Simplesmente não quis assinar o Termo.

Cabe destacar que, fosse justificada a recusa, teria a parte apelante a apresentado de forma oficial, constando a explicação para se negar a assinar o “Termo de Ajustamento de Conduta”.

No entanto, assim não procedeu, pois não consta dos autos qualquer documento que prove a recusa justificada em assinar aludido “Termo”.

De mais a mais, é evidente que, se de fato não procedesse ela à mencionada venda casada, não iria deixar de assinar o “Termo” proposto pelo Ministério Público, com o que evitaria a adoção de medidas judiciais contra si, o que acabou por ocorrer.

Cumprе salientar, ainda, que a testemunha arrolada pela parte apelante - que ela diz ter sido desconsiderada - é empregada sua.

Ora, não sem razão foi ela contraditada e ouvida apenas como informante

(cf. f. 153).

Assim, seu depoimento, no qual diz que a parte apelante não efetua venda casada, tem de ser recebido com extrema cautela e não elide, *data venia*, a representação inicialmente feita ao Ministério Público e tampouco a diligência feita por seu agente fiscal, já mencionadas neste voto.

Por força dessas razões, é forçoso reconhecer a procedência da acusação de venda casada. [...] (fls. 299-300):

Nessa ordem de ideias e, entendendo o acórdão *a quo* que a recorrente não foi capaz de infirmar a alegação de prática de venda casada, não há falar em possível violação aos arts. 267, VI, 333, II e 334, II do CPC na espécie.

3. Da condenação a título de dano moral coletivo.

Ab initio, cumpre ressaltar que o direito metaindividual tutelado na espécie, se enquadra na categoria *direitos difusos* - cuja mais completa definição é dada pelo art. 81, I, do Código de Defesa do Consumidor - de natureza indivisível e titulares indeterminados, porquanto ligados por circunstâncias de fato, o que permite asseverar ser esse extensível a toda a coletividade.

No arcabouço jurídico pátrio, os direitos metaindividuais estão inseridos expressamente na Constituição de 1988, no Título II - *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*, Capítulo I - *Dos Direitos Individuais e Coletivos*, cabendo ao Código de Defesa do Consumidor, notadamente em seu art. 6º, IV, garantir a “efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.”

Há muito, doutrina e jurisprudência discutem a possibilidade do reconhecimento do dano moral coletivo. Durante certo tempo prevaleceu a teoria de que, não tendo a coletividade personalidade, não poderia titularizar direitos imateriais e, conseqüentemente ser indenizada moralmente.

Contudo, resta ultrapassado tal entendimento. Hoje, no âmbito desta Corte Superior de Justiça e da mais abalizada doutrina, não há mais espaço para dúvidas. É sim cabível a reparação coletiva do dano moral. Isso se dá pelo fato desse representar a lesão na esfera moral de uma comunidade, a violação de direito transindividual de ordem coletiva, valores de uma sociedade atingidos do ponto de vista jurídico.

Para um melhor juízo do tema, interessante citar as considerações tecidas por Marcelo Freire Sampaio Costa, *in* “Dano Moral (Extrapatrimonial) Coletivo”, no que ele denominou de *tripé justificador do dano moral coletivo*,

quais sejam: *a) dimensão ou projeção coletiva do princípio da dignidade da pessoa humana; b) ampliação do conceito de dano moral coletivo envolvendo não apenas a dor psíquica; c) coletivização dos direitos ou interesses por intermédio do reconhecimento legislativo dos direitos coletivos em sentido lato.*”

Como bem colocou o ilustre autor, elemento de grande relevância para caracterização do dano moral coletivo foi a ampliação de seu conceito envolvendo não apenas a dor psíquica, mas qualquer abalo negativo à moral da coletividade, pois essa é apenas a consequência da lesão à esfera extrapatrimonial de uma pessoa. A propósito, cita-se trecho de sua explanação retirado da obra “Dano Moral (Extrapatrimonial) Coletivo”, 1.ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 11:

“Em decorrência do moderno paradigma constitucional de ampla proteção do ser humano, imperioso afastar a ultrapassada concepção vinculativa da ocorrência do dano moral ou extrapatrimonial à esfera subjetiva da dor, sofrimento e emoção, pois tais aspectos são eventuais e possíveis consequência da violação perpetrada. Em outras palavras, deve ser excluída a idéia, tão difundida quanto errônea, de que o dano moral é a dor sofrida pela pessoa. A dor de fato, é apenas a consequência da lesão à esfera extrapatrimonial de uma pessoa.

A proteção jurídica hodierna busca alcançar todo e qualquer dano extrapatrimonial, não ficando inclusive limitada ao rol de direitos insertos do inciso X da Carta Magna Brasileira (intimidade, vida privada, honra e imagem), pois tal enumeração é meramente exemplificativa.

Ademais, se a concepção de dano extrapatrimonial estivesse somente vinculada à idéia de dor, sofrimento, não só poderia aceitar a configuração dessa modalidade de dano à pessoa jurídica (violação objetiva do direito ao nome, consideração e reputação social), como acontece na realidade pátria (vide Súmula n. 227 do Superior Tribunal de Justiça e art. 52 do Código Civil).

Dada tal particularidade, urge observar que o dano moral difuso, por não ter a dor psíquica, o sofrimento e o abalo psicológico como elementos necessários à sua caracterização, *é absolutamente independente dos pressupostos relacionados ao dano individual*, ainda mais se considerarmos que tal medida pode ter como escopo a reconstituição ou reparação do bem jurídico atingido.

No âmbito desta Corte Superior de Justiça, se aliando ao pensamento doutrinário dominante, nos autos do REsp n. 1.057.274-RS, a Segunda Turma passou a acatar a tese defensiva do dano moral coletivo, ao argumento de que esse “atinge direitos de personalidade do grupo ou coletividade enquanto realidade massificada, que a cada dia mais reclama soluções jurídicas para sua proteção. [...] Estas decorrem do sentimento coletivo de participar de

determinado grupo ou coletividade, relacionando a própria individualidade à idéia do coletivo.”

A propósito, cita-se a ementa do acórdão:

Administrativo. Transporte. Passe livre. Idosos. Dano moral coletivo. Desnecessidade de comprovação da dor e de sofrimento. Aplicação exclusiva ao dano moral individual. Cadastramento de idosos para usufruto de direito. Ilegalidade da exigência pela empresa de transporte. Art. 39, § 1º do Estatuto Idoso. Lei n. 10.741/2003 Viação não prequestionado.

1. O dano moral coletivo, assim entendido o que é transindividual e atinge uma classe específica ou não de pessoas, é passível de comprovação pela presença de prejuízo à imagem e à moral coletiva dos indivíduos enquanto síntese das individualidades percebidas como segmento, derivado de uma mesma relação jurídica-base.

2. O dano extrapatrimonial coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos.

3. Na espécie, o dano coletivo apontado foi a submissão dos idosos a procedimento de cadastramento para o gozo do benefício do passe livre, cujo deslocamento foi custeado pelos interessados, quando o Estatuto do Idoso, art. 39, § 1º exige apenas a apresentação de documento de identidade.

4. Conduta da empresa de viação injurídica se considerado o sistema normativo.

5. Afastada a sanção pecuniária pelo Tribunal que considerou as circunstâncias fáticas e probatória e restando sem prequestionamento o Estatuto do Idoso, mantém-se a decisão.

5. Recurso especial parcialmente provido. (REsp n. 1.057.274-RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 1º.12.2009, DJe 26.2.2010).

Assim, desde então, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é uníssona no sentido de ser cabível a condenação, a tal título, em sede de ação civil pública. Abaixo, os seguintes precedentes:

Processual Civil. Embargos de declaração. Omissão. Configuração. Acolhimento, sem efeitos infringentes.

1. Com razão a embargante quando sustenta a existência de questões alegadas oportunamente e não apreciadas no acórdão embargado.

2. Sobre as alegações da embargante, cumpre assentar que: (a) está prejudicada a questão envolvendo dilação do prazo para o cumprimento da obrigação de fazer; (b) o acórdão recorrido está de acordo com a jurisprudência

desta Corte no que se refere à possibilidade de configuração de dano moral coletivo; (c) não houve prequestionamento da tese associada à violação aos arts. 95 e 97 do CDC, mesmo com a oposição de embargos de declaração (Súmula n. 211-STJ).

3. Embargos de declaração acolhidos, sem efeitos infringentes.

(EDcl no AgRg no AgRg no REsp n. 1.440.847-RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 7.10.2014, DJe 15.10.2014).

Ambiental, Administrativo e Processual Civil. Ação civil pública. Proteção e preservação do meio ambiente. Complexo Parque do Sabiá. Ofensa ao art. 535, II, do CPC não configurada. Cumulação de obrigações de fazer com indenização pecuniária. Art. 3º da Lei n. 7.347/1985. Possibilidade. Danos morais coletivos. Cabimento.

1. Não ocorre ofensa ao art. 535 do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.

2. Segundo a jurisprudência do STJ, a logicidade hermenêutica do art. 3º da Lei n. 7.347/1985 permite a cumulação das condenações em obrigações de fazer ou não fazer e indenização pecuniária em sede de ação civil pública, a fim de possibilitar a concreta e cabal reparação do dano ambiental pretérito, já consumado. Microsistema de tutela coletiva.

3. O dano ao meio ambiente, por ser bem público, gera repercussão geral, impondo conscientização coletiva à sua reparação, a fim de resguardar o direito das futuras gerações a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

4. O dano moral coletivo ambiental atinge direitos de personalidade do grupo massificado, sendo desnecessária a demonstração de que a coletividade sinta a dor, a repulsa, a indignação, tal qual fosse um indivíduo isolado.

5. Recurso especial provido, para reconhecer, em tese, a possibilidade de cumulação de indenização pecuniária com as obrigações de fazer, bem como a condenação em danos morais coletivos, com a devolução dos autos ao Tribunal de origem para que verifique se, no caso, há dano indenizável e fixação do eventual *quantum debeatur*. (REsp n. 1.269.494-MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 24.9.2013, DJe 1º.10.2013).

Administrativo e Processual Civil. Violação do art. 535 do CPC. Omissão inexistente. Ação civil pública. Dano ambiental. Condenação a dano extrapatrimonial ou dano moral coletivo. Possibilidade. Princípio *in dubio pro natura*.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. A Segunda Turma recentemente pronunciou-se no sentido de que, ainda que de forma reflexa, a degradação ao meio ambiente dá ensejo ao dano moral coletivo.

3. Haveria contra sensu jurídico na admissão de ressarcimento por lesão a dano moral individual sem que se pudesse dar à coletividade o mesmo tratamento, afinal, se a honra de cada um dos indivíduos deste mesmo grupo é afetada, os danos são passíveis de indenização.

4. As normas ambientais devem atender aos fins sociais a que se destinam, ou seja, necessária a interpretação e a integração de acordo com o princípio hermenêutico *in dubio pro natura*.

Recurso especial improvido. (REsp n. 1.367.923-RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 27.8.2013, DJe 6.9.2013).

Recurso especial. Dano moral coletivo. Cabimento. Artigo 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor. Requisitos. Razoável significância e repulsa social. Ocorrência, na espécie. Consumidores com dificuldade de locomoção. Exigência de subir lances de escadas para atendimento. Medida desproporcional e desgastante. Indenização. Fixação proporcional. Divergência jurisprudencial. Ausência de demonstração. Recurso especial improvido.

I - A dicção do artigo 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor é clara ao possibilitar o cabimento de indenização por danos morais aos consumidores, tanto de ordem individual quanto coletivamente.

II - Todavia, não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso. É preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva.

Ocorrência, na espécie.

III - Não é razoável submeter aqueles que já possuem dificuldades de locomoção, seja pela idade, seja por deficiência física, ou por causa transitória, à situação desgastante de subir lances de escadas, exatos 23 degraus, em agência bancária que possui plena capacidade e condições de propiciar melhor forma de atendimento a tais consumidores.

IV - Indenização moral coletiva fixada de forma proporcional e razoável ao dano, no importe de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

V - Impõe-se reconhecer que não se admite recurso especial pela alínea c quando ausente a demonstração, pelo recorrente, das circunstâncias que identifiquem os casos confrontados.

VI - Recurso especial improvido. (REsp n. 1.221.756-RJ, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 2.2.2012, DJe 10.2.2012)

Civil e Processual Civil. Ação civil coletiva. Interrupção de fornecimento de energia elétrica. Ofensa ao art. 535 do CPC não configurada. Legitimidade ativa do Ministério Público. Nexos de causalidade. Súmula n. 7-STJ. Dano moral coletivo. Dever de indenizar.

1. Cuida-se de Recursos Especiais que debatem, no essencial, a legitimação para agir do Ministério Público na hipótese de interesse individual homogêneo e a caracterização de danos patrimoniais e morais coletivos, decorrentes de frequentes interrupções no fornecimento de energia no Município de Senador Firmino, culminando com a falta de eletricidade nos dias 31 de maio, 1º e 2 de junho de 2002. Esse evento causou, entre outros prejuízos materiais e morais, perecimento de gêneros alimentícios nos estabelecimentos comerciais e nas residências; danificação de equipamentos elétricos; suspensão do atendimento no hospital municipal; cancelamento de festa junina; risco de fuga dos presos da cadeia local; e sentimento de impotência diante de fornecedor que presta com exclusividade serviço considerado essencial.

2. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

3. O Ministério Público tem legitimidade ativa para atuar em defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores. Precedentes do STJ.

4. A apuração da responsabilidade da empresa foi definida com base na prova dos autos. Incide, *in casu*, o óbice da Súmula n. 7-STJ.

5. O dano moral coletivo atinge interesse não patrimonial de classe específica ou não de pessoas, uma afronta ao sentimento geral dos titulares da relação jurídica-base.

6. O acórdão estabeleceu, à luz da prova dos autos, que a interrupção no fornecimento de energia elétrica, em virtude da precária qualidade da prestação do serviço, tem o condão de afetar o patrimônio moral da comunidade. Fixado o cabimento do dano moral coletivo, a revisão da prova da sua efetivação no caso concreto e da quantificação esbarra na Súmula n. 7-STJ.

7. O cotejo do conteúdo do acórdão com as disposições do CDC remete à sistemática padrão de condenação genérica e liquidação dos danos de todos os munícipes que se habilitarem para tanto, sem limitação àqueles que apresentaram elementos de prova nesta demanda (Boletim de Ocorrência). Não há, pois, omissão a sanar.

8. Recursos Especiais não providos. (REsp n. 1.197.654-MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 1º.3.2011, DJe 8.3.2012)

Dessa feita, restando consolidado o entendimento no sentido de ser cabível indenização por dano moral à coletividade, pela alínea c do permissivo

constitucional o feito não comporta provimento. Incidência, à espécie, do Enunciado Sumular n. 83-STJ

4. Da possibilidade de enriquecimento ilícito do fundo elencado no art. 13 da LACP.

Sustenta a recorrente que o acórdão de origem exarou condenação sem a efetiva comprovação de dano aos usuários da empresa, fato esse apto a ensejar o enriquecimento ilícito do fundo previsto na Lei de Ação Civil Pública.

Sem razão, entretanto, pois o dano analisado na espécie decorre da própria circunstância do ato lesivo (dano moral in re ipsa), prescindindo de prova objetiva do prejuízo individual sofrido.

Por afrontar o direito a livre escolha do consumidor, a prática de venda casada é condenada pelo CDC, que, em seu art. 39, I prescreve: “É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos,” *devendo o Estado, engendrar todos os esforços no sentido de reprimi-la.*

Assim foi procedido na espécie. Antes de buscar as vias judiciais, o Ministério Público Estadual tentou uma solução pacífica para questão. Instaurou prévio Inquérito Civil. Tentou, por diversas vezes, ouvir representantes da empresa. Formulou pedido de Termo de Ajustamento de Conduta. Contudo, em nenhum momento teve êxito em seu intento, tendo a ora recorrente demonstrado desídia com o trabalho exercido pelo representante estatal, na tutela dos direitos elencados no Código do Consumidor.

É bem verdade que esta Corte já se manifestou no sentido de que “não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso, que dê ensanchas à responsabilidade civil. Ou seja, nem todo ato ilícito se revela como afronta aos valores de uma comunidade. Nessa medida, é preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva. (REsp n. 1.221.756-RJ, Rel. Min. Massami Uyeda, DJe 10.2.2012).

A prática de venda casada por parte de operadora de telefonia tem esse condão. No momento em que, de um lado, oferece ao consumidor produto com

significativas vantagens - no caso, o comércio de linha telefônica com valores mais interessantes do que a de seus concorrentes - e de outro, impõe-lhe a obrigação de aquisição de um aparelho telefônico por ela comercializado, realiza prática comercial apta a causar sensação de repulsa coletiva a ato intolerável, tanto intolerável que encontra proibição expressa em lei.

Afastar, da espécie, o dano moral difuso, é fazer tábula rasa da proibição elencada no art. 39, I, do CDC e, por via reflexa, legitimar práticas comerciais que afrontem os mais basilares direitos do consumidor.

Por todo o exposto, considerando os elementos probatórios carreados aos autos pelo *Parquet* - que dão clara demonstração da prática de “venda casada” - somados à ausência de provas que demonstrem não ter a ora recorrida concorrido com prática de tais atos, nem tampouco havendo demonstração de interesse dessa em dar por encerrado esta atividade, resta indubitável a ocorrência de dano moral coletivo, apto a gerar indenização, não havendo falar, pois, em necessidade de comprovação de dano aos usuários da empresa para tal mister, nem tampouco em enriquecimento ilícito do fundo elencado no art. 13 da Lei de Ação Civil Pública.

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

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.408.367-SC (2013/0334527-6)

Relator: Ministro Herman Benjamin

Recorrente: Fazenda Nacional

Advogado: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

Recorrido: Crisul Hotel e Turismo S/A

Advogado: Vilmar Costa e outro(s)

EMENTA

Processual Civil. Execução fiscal. Penhora de valores vincendos, a serem repassados por administradoras de cartão de crédito. Ofensa

ao art. 535 do CPC não configurada. Direito probatório. Ônus. Ausência de prequestionamento. Natureza jurídica de direito de crédito. Possibilidade. Equiparação parcial, para fins processuais, ao regime jurídico da penhora de faturamento.

Introdução

1. Controverte-se a respeito da decisão que manteve a penhora de percentual incidente sobre os créditos vincendos, a serem pagos por administradoras de cartão de crédito.

2. A recorrente defende a tese de que esses créditos são pagos em dinheiro, razão pela qual devem receber o tratamento idêntico ao dispensado à penhora de aplicações financeiras via Bacen Jud – isto é, penhora em dinheiro, nos termos do art. 655, I, do CPC – e, portanto, sem limitação percentual (construção sobre a integralidade dos valores).

3. O Tribunal *a quo* equiparou a medida constritiva, para fins processuais, à penhora sobre faturamento, razão pela qual, diante da verificação da existência de penhora similar deferida em outros processos judiciais, manteve a penhora determinada pelo juízo de primeiro grau, mas a limitou a 3% do montante a ser repassados pelas operadoras de cartão de crédito.

Tese preliminar: omissão no acórdão recorrido

4. Na hipótese dos autos, a Corte local, ainda que de modo sucinto, concluiu que os créditos repassados pelas administradoras de cartão de crédito devem ser equiparados ao faturamento da empresa, porque incluídos como recursos oriundos das atividades típicas da empresa.

5. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

Ônus probatório e ausência de prequestionamento

6. A instância de origem, a despeito da oposição de Embargos Declaratórios, não emitiu juízo de valor sobre o art. 333 do CPC.

7. Assim, ante a ausência de prequestionamento, é inviável o conhecimento do recurso nesse ponto. Aplicação da Súmula n. 211-STJ.

Mérito

8. Atualmente, a maior parte das relações obrigacionais possui expressão monetária e, por essa razão, em dinheiro é naturalmente extinta. Assim, quer o pagamento seja feito em dinheiro, cheque ou cartão de crédito, em última instância, sempre haverá a conversão do bem em dinheiro.

9. Fosse esse o raciocínio, portanto, não haveria sentido no estabelecimento de uma ordem preferencial de bens, para efeitos de constrição judicial, uma vez que qualquer um deles (metais preciosos, imóveis, veículos, etc.) será, com maior ou menor dificuldade, transformado em dinheiro.

10. Os recebíveis das operadoras de cartão de crédito, naturalmente, serão pagos em dinheiro – tal qual ocorre, por exemplo, com o precatório judicial –, mas isso não significa que o *direito de crédito* que o titular possui possa ser *imediatamente* considerado dinheiro.

11. Por essa razão, os *valores vincendos* a que a empresa recorrida faz jus, tendo por sujeito passivo as administradoras de cartão de crédito, possuem natureza jurídica de direito de crédito, listado no art. 11, VIII, da Lei n. 6.830/1980 e no art. 655, XI, do CPC.

12. É correta a interpretação conferida no acórdão recorrido, que, embora acertadamente não confunda a penhora do crédito com a do faturamento, confere uma equiparação entre ambos, para fins estritamente processuais (isto é, de penhora como instrumento de garantia do juízo).

13. Isso porque é legítima a suposição de que os recebíveis das administradoras de cartão de crédito têm por origem operações diretamente vinculadas à atividade empresarial do estabelecimento, o que autorizaria enquadrá-los no conceito de faturamento (isto é, como parte dele integrante).

14. Assim, a constrição indiscriminada sobre a totalidade desses valores tem potencial repercussão na vida da empresa – quanto maior a sua representatividade sobre o faturamento global do estabelecimento, maior a possibilidade de lesão ao regular desempenho de suas atividades.

15. Não bastasse isso, as questões relacionadas à efetivação de penhora pelo mecanismo ora apreciado possuem consequências que ultrapassam a relação jurídica existente entre as partes credora e devedora, o que justifica a cautela adotada pelo Tribunal *a quo*.

16. Dada a larga difusão, no sistema financeiro, da utilização do denominado “dinheiro de plástico”, a autorização para a penhora do montante total a ser repassado pelas administradoras de cartão de crédito acarretaria, de certo, sensível abalo no sistema financeiro, pois, de um lado, haveria forte queda, no terceiro setor, na aceitação dessa forma de pagamento. De outro lado, a realidade mostra que o forte segmento financeiro não arcará, ao final, com o prejuízo daí decorrente, o que significa dizer, a exorbitante taxa de juros já praticada tenderia a aumentar, como forma de absorver o impacto social.

17. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques (Presidente), Assusete Magalhães e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 25 de novembro de 2014 (data do julgamento).

Ministro Herman Benjamin, Relator

DJe 16.12.2014

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Trata-se de Recurso Especial interposto, com fundamento no art. 105, III, a, da Constituição da República, contra acórdão assim ementado:

Agravo legal em agravo de instrumento. Execução. Penhora sobre crédito vincendo perante operadora de cartão de crédito. Equiparação à penhora sobre faturamento. Estabelecimento de percentual mensal.

A Fazenda Nacional alega violação dos arts. 333, 535, 655, I e VII, e 655-A, § 3^a, do CPC.

Não há contrarrazões.

É o *relatório*.

VOTO

O Sr. Ministro Herman Benjamin (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 25.1.2014.

Controverte-se a respeito da decisão que manteve a penhora de percentual incidente sobre os créditos vincendos, a serem pagos por administradoras de cartão de crédito.

A recorrente defende a tese de que esses créditos são pagos em dinheiro, razão pela qual devem receber o tratamento idêntico ao dispensado à penhora de aplicações financeiras via Bacen Jud – isto é, penhora em dinheiro, nos termos do art. 655, I, do CPC – e, portanto, sem limitação percentual (constrição sobre a integralidade dos valores).

O Tribunal *a quo* equiparou a medida constritiva, para fins processuais, à penhora sobre faturamento, razão pela qual, diante da verificação da existência de penhora similar deferida em outros processos judiciais, manteve a penhora determinada pelo juízo de primeiro grau, mas a limitou a 3% do montante a ser repassado pelas operadoras de cartão de crédito.

Constato que não se configura a ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada.

Não é o órgão julgador obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução. Nesse sentido: REsp n. 927.216-RS, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 13.8.2007; e REsp n. 855.073-SC, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 28.6.2007.

Na hipótese dos autos, a Corte local, ainda que de modo sucinto, concluiu que os créditos repassados pelas administradoras de cartão de crédito devem ser equiparados ao faturamento da empresa, porque incluídos como recursos oriundos das atividades típicas da empresa.

A irresignação da parte contrária com o resultado do julgamento diz respeito ao mérito, inconfundível com os vícios do art. 535 do CPC.

Registro que a instância de origem, a despeito da oposição de Embargos Declaratórios, não emitiu juízo de valor sobre o art. 333 do CPC.

Assim, ante a ausência de prequestionamento, é inviável o conhecimento do recurso nesse ponto. Aplicação da Súmula n. 211-STJ.

Quanto ao mérito, tenho que a pretensão veiculada não procede.

Atualmente, a maior parte das relações obrigacionais possui expressão monetária e, por essa razão, em dinheiro é naturalmente extinta. Assim, quer o pagamento seja feito em dinheiro, cheque ou cartão de crédito, em última instância, sempre haverá a conversão do bem em dinheiro.

Fosse esse o raciocínio, portanto, não haveria sentido no estabelecimento de uma ordem preferencial de bens, para efeitos de constrição judicial, uma vez que qualquer um deles (metais preciosos, imóveis, veículos, etc.) será, com maior ou menor dificuldade, transformada em dinheiro.

Os recebíveis das operadoras de cartão de crédito, naturalmente, serão pagos em dinheiro – tal qual ocorre, por exemplo, com o precatório judicial –, mas isso não significa que o *direito de crédito* que o titular possui possa ser *imediatamente* considerado dinheiro.

Por essa razão, concluo que os *valores vencidos* a que a empresa recorrida faz jus, tendo por sujeito passivo as administradoras de cartão de crédito, possuem natureza jurídica de direito de crédito, listado no art. 11, VIII, da Lei n. 6.830/1980 e no art. 655, XI, do CPC.

Reputo, porém, correta a interpretação conferida no acórdão recorrido, que, embora acertadamente não confunda a penhora do crédito com a do faturamento, confere uma equiparação entre ambos, para fins estritamente processuais (isto é, de penhora como instrumento de garantia do juízo).

Isso porque é legítima a suposição de que os recebíveis das administradoras de cartão de crédito têm por origem operações diretamente vinculadas à atividade empresarial do estabelecimento, o que autorizaria enquadrá-los no conceito de faturamento.

Assim, a constrição indiscriminada sobre a totalidade desses valores tem potencial repercussão na vida da empresa – quanto maior a sua representatividade sobre o faturamento global do estabelecimento, maior a possibilidade de lesão ao regular desempenho de suas atividades.

Não bastasse isso, as questões relacionadas à efetivação de penhora pelo mecanismo ora apreciado possuem consequências que ultrapassam a relação jurídica existente entre as partes credora e devedora, o que justifica a cautela adotada pelo Tribunal *a quo*.

Dada a larga difusão, no sistema financeiro, da utilização do denominado “dinheiro de plástico”, a autorização para a penhora do montante total a ser repassado pelas administradoras de cartão de crédito acarretaria, de certo, sensível abalo no sistema financeiro, pois, de um lado, haveria forte queda, no terceiro setor, na aceitação dessa forma de pagamento. De outro lado, a realidade mostra que o forte segmento financeiro não arcará, ao final, com o prejuízo daí decorrente, o que significa dizer, a exorbitante taxa de juros já praticada tenderia a aumentar, como forma de absorver o impacto social.

Com essas considerações, *conheço parcialmente do Recurso Especial para, nessa parte, negar-lhe provimento.*

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.440.858-RS (2014/0014841-6)

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques

Recorrente: César Júnio de Oliveira Santana

Advogado: Leonardo Teixeira Freire

Recorrido: Departamento Estadual de Trânsito do Estado do Rio Grande do Sul - Detran-RS

Procurador: Carla Maria Petersen Herrlein Voegeli e outro(s)

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Alegações genéricas de violação do art. 535 do CPC. Fundamentação deficiente. Súmula n. 284-STF.

Trânsito. Condução de veículo automotor sob influência de álcool. Exegese do 165 da Lei n. 9.503/1997. Alterações promovidas pela Lei n. 11.705/2008. “Lei Seca ao Volante”. Motorista autuado oito dias após o período de vigência da norma. *Vacatio legis*. Desnecessidade. Aplicação imediata de normas imperativas. Recurso desprovido.

1. Não se conhece da violação do art. 535 do CPC, pois as alegações que fundamentaram a pretensa ofensa são genéricas, sem discriminação dos pontos efetivamente omissos, contraditórios ou obscuros. Incide, no caso, a Súmula n. 284-STF.

2. A Lei n. 11.705/2008, fruto da conversão da MP n. 415, de 21.1.2008, teve seu período de vigência iniciado na data de sua publicação, perpetrando alterações nos artigos 165, 276 e 277 da Lei n. 9.503/1997 (Código de Trânsito Brasileiro).

3. A norma *in comento* – conhecida como *Lei Seca ao Volante* – pode ser classificada como imperativa. Por encerrar interesse essencialmente público e necessária à ordem e à paz social, estabelece regras de observância obrigatória à toda coletividade. Incidência do *princípio da obrigatoriedade da lei*, que se exprime com a afirmativa da submissão de todos ao seu império, regra essa de interesse da própria vida social organizada.

4. Desde a vigência da Lei n. 11.276/2006, o arcabouço legislativo pátrio já trazia expresso a proibição de **“dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica,”** inclusive trazendo em seu bojo a *penalidade de multa e suspensão de dirigir*.

5. O que, de fato, a Lei n. 11.705/2008 trouxe de novo ao art. 165 do CTB foi a delimitação dessas penalidades, de modo a especificá-las. A Lei Seca não fez, no preceito normativo em tela, qualquer tipo de alteração, mas sim uma maior especialização das penalidades impostas ao infrator.

6. Existência de prazo razoável ao amplo conhecimento da norma, pois, a proibição de dirigir sob a influência de álcool, remonta-se ao ano de 2006.

7. É cediço que o legislador constituinte originário – adotando à concepção de validade das normas proposta por Hans Kelsen, na

obra “*Teoria Pura do Direito*” – dispensou qualquer critério hierárquico entre lei ordinária e lei complementar. Assim, como *uma não retira seu fundamento de validade da outra, possível conflito entre ambas se resolve no campo da competência e não no da hierarquia*.

8. À Lei Complementar n. 95/1998 coube a função de regulamentar o parágrafo único do citado art. 59 da Constituição Federal, à Lei n. 11.705/2008 a de promover alterações na Lei n. 9.503/1995. Cada uma cumpriu seu mister, sem qualquer interferência na especialidade da outra. Não há, pois, qualquer conflito normativo a ser dirimido na espécie.

9. Esta Corte Superior de Justiça, ao proferir decisões definitivas em matéria infraconstitucional – com vistas a unificação da interpretação da lei federal – deve, sempre que possível, atrelar a vontade do legislador aos anseios da sociedade. Assim, na tarefa judicante, a *busca pela segurança jurídica, pela proteção máxima do bem comum e pela estabilização das relações sociais* deve ser uma constante no exercício de julgar.

10. Nesse diapasão, como o objetivo da Lei n. 11.705/2008 foi conferir maior efetividade nas ações do Estado, na busca de coibir o então crescente aumento da perda de vidas em decorrência de acidentes de trânsito causados por motoristas embriagados, o seu art. 8º, no ponto em que determinou sua entrada em vigor na data de sua publicação, *merece interpretação literal, devendo o recorrente a ela submeter, mesmo tendo sido autuado oito dias após o início de vigência da norma*.

11. Inexistência de qualquer nulidade na penalidade imposta pela autoridade de trânsito ao recorrente, tampouco em violação, pelo acórdão *a quo*, dos art. 8º da Lei Complementar n. 95/1998 e 1º da LINDB.

12. Recurso especial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte

resultado de julgamento: “A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).”

A Sra. Ministra Assusete Magalhães, os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília (DF), 25 de novembro de 2014 (data do julgamento).

Ministro Mauro Campbell Marques, Relator

DJe 2.12.2014

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Trata-se de recurso especial interposto por *César Júnio de Oliveira Santana*, com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado (fl. 281):

Apelação cível. Trânsito. Condução de veículo automotor sob influência de álcool. Ilegitimidade do Detran em relação a auto de infração lavrado pela Polícia Rodoviária Federal. Suspensão do direito de dirigir. Detran. Alteração legislativa. Vacatio legis. Desnecessidade no ponto em discussão. Ilegitimidade passiva. O Detran é parte passiva ilegítima para a discussão em relação a auto de infração emitido por agente da Polícia Rodoviária Federal. Neste feito só podem ser analisados os atos do Departamento Estadual relativos ao processo de suspensão do direito de dirigir, sem perquirição do mérito da infração aplicada por agentes federais.

Suspensão do direito de dirigir. Caracteriza-se a modificação legislativa introduzida pela Lei n. 11.705/2008 ao artigo 165 do Código de Trânsito Brasileiro como de pequena repercussão. Distintamente do que sustenta o apelante, esse é justamente o caso, considerando-se o contexto legislativo, jurisprudencial e social que já vigorava. A época já estabelecia o artigo 261 do Código de Trânsito Brasileiro os prazos mínimo e máximo de suspensão do direito de dirigir, respectivamente, como de um mês e de um ano, à exceção dos casos de reincidência em que é maior, não havendo surpresa. Inexistência de violação aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na aplicação de pena de suspensão do direito de dirigir por doze meses. Previsão legal com fixação em patamar único.

Processo parcialmente extinto por ilegitimidade passiva. Apelação desprovida no restante.

Narra o recorrente ter ajuizado ação anulatória de infração de trânsito contra o *Detran-RS - Departamento Estadual de Transito do Rio Grande do Sul* - objetivando a declaração de nulidade de auto de infração de trânsito ou de redução da penalidade que lhe foi aplicada em processo de suspensão do direito de dirigir.

Informa que em 28.6.2008 foi autuado em uma blitz da chamada Lei Seca, promovida pela Polícia Rodoviária Federal, e que, após regular processo administrativo, foi condenado à pena de 12 (doze) meses de suspensão do direito de dirigir, em razão da prática da infração prevista no art. 160 do Código de Trânsito Brasileiro (direção de veículo sob a influência de álcool), com a redação dada pela Lei n. 11.705/2008.

Examinando a pretensão, o Tribunal *a quo* manteve sentença de improcedência, adotando, em suma, a seguinte fundamentação: “Como a política de ‘tolerância zero’ já existia em 2006, sendo tipificada como ilícito administrativo a conduta de ingerir álcool e conduzir veículo automotor, não houve nesta seara mudanças importantes a demandar período de *vacatio legis*. Saliento não se tratar de questão criminal. [...] Assim, quando da autuação já possuía plena eficácia na esfera administrativa a Lei n. 11.705/2008.”

Apresentados embargos de declaração na origem, foram esses rejeitados, por acórdão assim sintetizado:

Embargos de declaração em apelação cível. Trânsito. Condução de veículo automotor sob influência de álcool.

Ilegitimidade do Detran em relação a auto de infração lavrado pela polícia rodoviária federal. Suspensão do direito de dirigir. Detran. Alteração legislativa. *Vacatio legis*. Desnecessidade no ponto em discussão.

Suspensão do direito de dirigir. Caracteriza-se a modificação legislativa introduzida pela Lei n. 11.705/2008 ao artigo 165 do Código de Trânsito Brasileiro como de pequena repercussão, considerando-se o contexto legislativo, jurisprudencial e social que já vigorava.

A época já estabelecia o artigo 261 do Código de Trânsito Brasileiro os prazos mínimo e máximo de suspensão do direito de dirigir, respectivamente, como de um mês e de um ano, à exceção dos casos de reincidência em que é maior, não havendo surpresa.

Ausência de violação aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na aplicação de pena de suspensão do direito de dirigir por doze meses. Previsão legal com fixação em patamar único.

Inexistência dos vícios previstos no art. 535 do CPC. Impossibilidade de rediscussão da matéria.

Acórdão que fundamenta claramente as questões debatidas, especialmente os seus aspectos táticos.

Embargos de declaração desacolhidos.

Nas razões recursais do especial, sustenta a parte recorrente ter havido violação ao art. 535, II, do Código de Processo Civil, ao art. 8º da Lei Complementar n. 95/1998 e ao art. 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Aduz que: a) o acórdão proferido nos aclaratórios deve ser reformado, pois não sanou as omissões apontadas; b) a penalidade de suspensão de habilitação é insubsistente, pois, tendo o incidente ocorrido no oitavo dia de início de vigência da Lei n. 11.705/2008, não poderia ser por ela atuado, vez que essa ainda estaria dentro de seu período de *vacatio legis*; c) ao entender que a “*Lei Seca*” seria de pequena repercussão, criou critério de início de vigência de norma ao arrepio da legislação de regência. Ao final, pugna seja declarada a nulidade da penalidade administrativa que suspendeu o seu direito de dirigir por 12 (dozes meses) e determinou a sua participação em curso de reciclagem com prova teórica.

Em decisão de fls. 462-463, dei provimento ao agravo para determinar a conversão dos autos em recurso especial, nos termos do art. 34, XVI, do RISTJ.

O Ministério Público Federal, no parecer de fls. 472-477, opinou pelo não conhecimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (Relator): Em primeiro lugar, não se pode conhecer da apontada violação ao art. 535, II do CPC, pois as alegações que fundamentam a pretensa ofensa são genéricas, sem discriminação dos pontos em que efetivamente houve omissão, contradição ou obscuridade ou sobre os quais tenha ocorrido erro material.

Incide, no caso, a Súmula n. 284-STF, segundo o qual “é inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”. Sobre o tema, os seguintes precedentes:

Processual Civil. Agravo regimental no recurso especial. Poder de polícia. Alegações genéricas de violação do art. 535 do CPC. Fundamentação deficiente. Súmula n. 284-STF. Nulidade de auto de infração. Ausência de indicação de dispositivo legal e reexame fático-probatório dos autos. Incidência das Súmulas n. 284-STF e n. 7-STJ.

1. Não se conhece da violação do art. 535 do CPC, pois as alegações que fundamentaram a pretensa ofensa são genéricas, sem discriminação dos pontos efetivamente omissos, contraditórios ou obscuros.

Incide, no caso, a Súmula n. 284-STF.

2. A ausência de indicação do dispositivo legal considerado violado pelo aresto recorrido faz incidir o óbice da Súmula n. 284-STF, ante a deficiência na fundamentação recursal.

3. A acolhida da pretensão recursal, no tocante à nulidade da multa ou pela falta de provas da atividade ilícita ou pela falta de fundamento legal no auto de infração, com a consequente revisão do julgado impugnado, depende de reexame fático-probatório dos autos, o que não é possível em sede de recurso especial por força do óbice da Súmula n. 7-STJ.

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp n. 1.447.391-CE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 5.6.2014, DJe 11.6.2014).

Administrativo e Processual Civil. Agravo regimental no agravo de instrumento. Art. 535 do CPC. Deficiência de fundamentação do recurso especial. Lei n. 11.445/2007. Falta de indicação do dispositivo violado. Deficiência. Súmula n. 284-STF. Apreciação de dispositivo local. Impossibilidade. Súmula n. 280-STF. Inexistência de defeito no medidor. Legalidade da cobrança, inoccorrência do dano moral e necessidade de revisão do valor da indenização. Matéria de prova. Aplicação da Súmula n. 7-STJ. Recurso especial pela alínea c. Cotejo analítico. Não realizado.

1. É deficiente a fundamentação do recurso especial em que a alegação de ofensa ao art. 165, 458 e 535 do CPC se faz de forma genérica, sem a demonstração exata dos pontos pelos quais o acórdão se fez omissos, contraditório ou obscuro. Aplica-se, na hipótese, o óbice da Súmula n. 284 do STF.

2. No que tange à alegação de afronta ao art. 25 do Decreto n. 553/1976, o exame da controvérsia, tal como enfrentada pelas instâncias ordinárias, exigiria a análise de dispositivos de legislação local, pretensão insuscetível de ser apreciada em recurso especial, conforme a Súmula n. 280-STF ("Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário").

3. Verifica-se que, embora a parte recorrente tenha indicado violação à Lei n. 11.445/2007, não apontou, com precisão, qual regramento legal teria sido efetivamente violado pelo acórdão recorrido. Assim, nos termos da jurisprudência pacífica deste Tribunal, a indicação de violação genérica a lei federal, sem particularização precisa dos dispositivos violados, implica deficiência

de fundamentação do recurso especial, atraindo, por analogia, a incidência da Súmula n. 284-STF ("É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.").

4. Quanto às teses de legalidade da cobrança, inexistência de defeito no medidor e inocorrência do dano moral, o recurso não comporta êxito, pois, a alteração das conclusões adotadas pela Corte de origem, tal como colocada a questão nas razões recursais, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice previsto na Súmula n. 7-STJ.

5. Igualmente, não é cabível na via especial, em regra, a revisão do montante indenizatório fixado pela instância de origem, ante a impossibilidade de análise de fatos e provas, conforme a referida Súmula n. 7-STJ.

6. Por fim, o recurso especial não pode ser conhecido no tocante à alínea c do permissivo constitucional. Isso porque o dissídio jurisprudencial não foi demonstrado na forma exigida pelos arts. 541, parágrafo único, do CPC e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ. Com efeito, a parte recorrente não procedeu ao necessário cotejo analítico entre os julgados, deixando de evidenciar o ponto em que os acórdãos confrontados, diante da mesma base fática, teriam adotado a alegada solução jurídica diversa.

7. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Ag n. 1.283.397-RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 4.11.2014, DJe 11.11.2014).

No mérito, a questão que se coloca está em saber se o fato de não haver previsão de período de *vacatio legis* na Lei n. 11.705/2008 afrontaria o art. 8º da Lei Complementar n. 95, de 26 de fevereiro de 1998, bem como o art. 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

A princípio, cumpre observar que, consoante o elencado no art. 59 da Constituição Federal, o processo legislativo pátrio compreende a elaboração de: *emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções*, ficando a cargo do parlamento a incumbência de elaborar lei complementar para regulamentar o indigitado dispositivo no que concerne ao processo de elaboração, redação, alteração e consolidação das leis. Esse papel foi devidamente cumprido pela Lei Complementar n. 95, de 26 de fevereiro de 1998.

No ponto referente ao início de vigência da norma, o legislador buscando conferir máxima efetividade ao texto constitucional, de modo a conciliá-la com o art. 1º da LINDB (*salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada*) estatui, em seu art. 8º:

que a vigência da lei será indicada de forma expressa e de modo a contemplar prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento, reservada a cláusula “entra em vigor na data de sua publicação” para as leis de pequena repercussão.

No caso *sub examine*, sustenta o recorrente que, não sendo a Lei n. 11.705/2008 de *pequena repercussão* - dentre outras razões, pelas próprias penalidades aplicadas - não poderia entrar em vigor de forma imediata, sob pena de o que ele chamou de “*flagrante vício de inconstitucionalidade*,” de seu art. 8º.

Sem razão, entretanto. Vejamos.

A evolução legislativa do tema tem início com a edição da Medida Provisória n. 415, em 21 de janeiro de 2008, cujo objetivo foi o de proibir a comercialização de bebidas alcoólicas em rodovias federais brasileiras.

Em 19 de junho do mesmo ano, a referida MP foi convertida na Lei n. 11.705/2008 (início de vigência na data de sua publicação), perpetrando alterações nos artigos 165, 276 e 277 da Lei n. 9.503/1997 (Código de Trânsito Brasileiro).

Nesse ponto, pede-se vênia para ressaltar que a então nova legislação - conhecida como “*Lei Seca ao Volante*” - surgiu pela necessidade de reduzir o número de acidentes fatais, causados por embriaguez ao volante, que, segundo dados do Ministério da Saúde, correspondia a mais de 30% (trinta por cento) dos acidentes de trânsito (*homepage <https://dprf.gov.br/PortalInternet/leiSeca.faces>*). A própria exposição de motivos da Medida Provisória e, conseqüentemente, da lei, traz em seu bojo inúmeros dados interessantes, aptos a justificar uma maior atuação positiva do Estado, com vistas a coibir tal prática. Dentre eles:

- i) está o fato do álcool está diretamente ligado com a morte de 1,8 milhão de pessoas ao redor do planeta (dados colhidos através de pesquisa da Organização Mundial de Saúde - OMS);
- ii) aumento de mortes em acidentes de trânsito, mesmo após a vigência do CTB; em 1998;
- iii) entre as vítimas de acidente de trânsito, cerca de um terço apresentaram taxa de alcoolemia superior a 0,6 g/l - índice limite definido pelo Código de Trânsito Brasileiro;

De volta ao cerne da questão, cumpre trazer a lume o inteiro teor do art. 165 do Código de Trânsito Brasileiro - com a redação dada pela Lei n.

11.276/2006 - dispositivo legal que fundamentou a aplicação da penalidade ao recorrente:

Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica:

Infração - gravíssima;

Penalidade - multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir;

Medida administrativa - retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação.

As alterações perpetradas pela Lei n. 11.705/2008, conferiram ao dispositivo o seguinte teor:

Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:

Infração - gravíssima;

Penalidade - multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses;

Medida Administrativa - retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação.

De fato, é inegável a argumentação do recorrente no sentido de ter a “Lei Seca” grande repercussão, sendo essa mais acentuada ainda, se nos atentarmos ao fato do bem maior que essa visa tutelar - *a incolumidade das pessoas, com resguardo à preservação do direito a vida* - cujos acidentes ocasionados pela direção perigosa sob efeito etílico insistem em violar de forma fugaz.

Contudo, a repercussão, nos moldes propugnados pelo recorrente são de assaz impropriedade.

A norma *in comento* pode ser classificada como imperativa - *ius cogens* - que, por encerrar interesse essencialmente público e necessária à ordem e à paz social, estabelece regras de observância obrigatória à toda coletividade.

Invoca-se, pois, a aplicação do *princípio da obrigatoriedade da lei*, que se exprime com a afirmativa da submissão de todos ao seu império. E isso se dá pelo simples fato de ser tal submissão de interesse da própria vida social organizada. Sobre o tema, é o magistério de Caio Mario da Silva Pereira, *in* “Instituições de Direito Civil”, vol. I, p. 101:

Todos os sistemas jurídicos se constroem sobre o princípio da força obrigatória da lei, cuja abolição implicaria a identidade de todas as contravenções, e converteria a lei em palavra vã, expondo a integridade jurídica do indivíduo ao assalto dos malfetores. O princípio da obrigatoriedade afina com a própria norma da coexistência e organização da vida em sociedade.

Partindo dessa premissa, do ponto de vista do infrator, não há falar em efeito surpresa com a vigência imediata da Lei n. 11.705/2008, pois, desde a vigência da Lei n. 11.276/2006, o arcabouço legislativo pátrio já previa, no mesmo art. 165, a proibição de “*dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica,*” inclusive trazendo em seu bojo a *penalidade de multa e suspensão de dirigir*.

O que, de fato, a Lei n. 11.705/2008 trouxe de novo ao indigitado dispositivo foi a delimitação dessas penalidades, de modo a especificá-las: “*multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses.*”

Com essas ponderações, verifica-se que, na verdade, a Lei Seca não fez, ao preceito normativo primário em análise, qualquer tipo de alteração. O que de fato ocorreu foi uma maior especialização das penalidades impostas ao infrator.

Nesse ponto, faço minhas as palavras do douto representante ministerial em seu parecer de fls. 475: “A Lei n. 11.705, de 2008 não introduziu nada de novo, por isso não justifica o estabelecimento de prazo para a sua aplicação”.

Cumpra asseverar que coube ao *caput* do art. 165 o papel de definir a conduta ilícita do condutor, e é com base nele que o agente público aplicou a penalidade. Portanto, sendo essa um acessório em relação ao principal, não é dela que o infrator deve se defender, mas sim do fatos que a ensejaram.

Com essa conclusão, cai por terra o argumento de que não houve prazo razoável ao amplo conhecimento da norma, pois, a proibição de dirigir sob a influência de álcool não é nova, remonta-se ao ano de 2006.

Repita-se, pois, a escorreita aplicação, à espécie, do princípio da obrigatoriedade das leis.

Melhor sorte não socorre o recorrente quanto ao argumento de ser “o art. 8 da Lei Complementar n. 95/1998, hierarquicamente superior à Lei Ordinária n. 11.705/2008” (fl. 334). É cediço que o legislador constituinte originário - adotando à concepção de validade das normas proposta por Hans Kelsen, na obra “*Teoria Pura do Direito*” - dispensou qualquer critério hierárquico entre lei ordinária e lei complementar - espécies normativas elencadas no art. 59

da Constituição da República. Assim, como *uma não retira seu fundamento de validade da outra*, possível conflito entre ambas se resolve no campo da competência e não no da hierarquia, como o recorrente pretendeu fazer crer.

Nesse sentido, é o magistério de Paulo Gustavo Gonet Branco, *in* “Curso de Direito Constitucional”, editora Saraiva, 6ª edição, p. 910: “A lei ordinária que destoia da lei complementar é inconstitucional por invadir âmbito normativo que lhe é alheio, e não por ferir o princípio da hierarquia das leis.”

No Supremo Tribunal Federal inúmeros são os precedentes que adotam o posicionamento de que - *como ambas as espécies normativas têm por fundamento de validade o texto constitucional, qualquer conflito entre elas se resolve no campo da distribuição material da competência.*

Mutatis mutandis, citam-se a ementas de alguns julgados do Pretório Excelso:

*Agravo regimental no agravo de instrumento. Tributário. Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins. Isenção. Sociedade civil de prestação de serviço. Revogação. Hierarquia de normas. Lei Complementar n. 70/1991. Lei n. 9.430/1996. Sobrestamento revogado. Alegação de não esgotamento de instância. Inocorrência. Acórdão da origem em harmonia com a jurisprudência do Supremo. Precedente da repercussão geral julgada no Recurso Extraordinário n. 377.457. Desprovimento. 1. A exigência contida na norma do artigo 102, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal, no que diz respeito à última instância de julgamento, refere-se ao pronunciamento de órgão colegiado de Tribunal ou Turma Recursal, sendo cabível a interposição do extraordinário contra acórdão de embargos de declaração, ainda que a apelação, recurso ordinário ou inominado tenham sido decididos, antes, monocraticamente. 2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento de mérito da repercussão geral reconhecida no Recurso Extraordinário n. 377.457, Relator Ministro Gilmar Mendes, assim se pronunciou: *Ementa*: Contribuição Social sobre o Faturamento - Cofins (CF, art. 195, I). 2. Revogação pelo art. 56 da Lei n. 9.430/1996 da isenção concedida às sociedades civis de profissão regulamentada pelo art. 6º, II, da Lei Complementar n. 70/1991. Legitimidade. 3. *Inexistência de relação hierárquica entre lei ordinária e lei complementar. Questão exclusivamente constitucional, relacionada à distribuição material entre as espécies legais. Precedentes.* 4. A LC n. 70/1991 é apenas formalmente complementar, mas materialmente ordinária, com relação aos dispositivos concernentes à contribuição social por ela instituída. ADC 1, Rel. Moreira Alves, RTJ 156/721. 5. Recurso extraordinário conhecido mas negado provimento. 3. O pronunciamento exarado pelo Tribunal de origem não divergiu desse entendimento. 4. Agravo regimental desprovido. (AI n. 702.533 AgR, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 2.4.2013, Acórdão Eletrônico DJe-078 Divulg 25.4.2013 Public 26.4.2013) (*grifo nosso*)*

Embargos de declaração no recurso extraordinário. Embargos de declaração convertidos em agravo regimental. PIS. LC n. 7/1970. Possibilidade de alteração por lei ordinária: Lei n. 9.718/1998. Hierarquia entre leis em matéria tributária. Ausência. Agravo regimental não provido. Precedentes. 1. O STF entendeu que o art. 239 da Constituição Federal não ocasionou o engessamento da contribuição ao PIS, apenas recepcionou-a expressamente, podendo essa ser alterada por norma infraconstitucional ordinária. 2. *Inexiste hierarquia entre lei complementar e lei ordinária. O que há, na verdade, é a distribuição constitucional de matérias entre as espécies legais.* 3. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (RE n. 348.605 ED, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 6.12.2011, Acórdão Eletrônico DJe-022 Divulg 31.1.2012 Public 1º.2.2012) (*grifo nosso*)

*Processual Civil. Segunda medida liminar. Primeira medida parcialmente concedida. Posterior pedido de extensão. Extemporaneidade. Agravo regimental. Tributário. Cooperativa. Cofins. PIS. Isenção. Revogação por medida provisória. Alegada violação do princípio da hierarquia entre as leis. Contrariedade ao dever de prover adequado tratamento tributário ao ato cooperado (art. 146, III, c da Constituição). Ato cooperado. Alegada inexistência de intuito comercial ou lucrativo. Descaracterização do ingresso de valores como faturamento. Lei n. 5.764/1971, art. 79. 1. Em razão da preclusão e da força do trânsito em julgado, somente cabe a propositura e o exame de novos pleitos cautelares se houver substancial modificação do quadro fático-jurídico, que justifique a densa probabilidade de conhecimento e provimento do recurso extraordinário. Situação descaracterizada, dada a reiteração dos argumentos apresentados por ocasião do exame da primeira medida liminar pleiteada, cujo resultado parcialmente favorável ao contribuinte não foi objeto de recurso. 2. Compete ao recorrente atacar de forma específica os fundamentos da decisão recorrida. Menção, na decisão agravada, à primeira medida liminar quanto à inexistência de *periculum in mora*. Ponto não enfrentado. “O risco ordinário da falta de eficácia suspensiva [do recurso extraordinário] não basta à concessão do efeito pretendido, senão toda interposição de recurso extraordinário por contribuinte reclamaria tal efeito” (AC n. 1.192-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 16.5.2006). 3. Ausência de densa plausibilidade das teses arregimentadas. O art. 146, III, c da Constituição não implica imunidade ou tratamento necessariamente privilegiado às cooperativas. Conforme orientação desta Corte, em matéria tributária, não há hierarquia entre lei complementar e lei ordinária, nem a observância de simetria entre as formas para revogar isenções. A circunstância de dado tributo estar sujeito às normas gerais em matéria tributária não significa que eles deverão ser instituídos por lei complementar, ou então que qualquer norma que se refira ao respectivo crédito tributário também deva ser criada por lei complementar. A concessão de isenções ou outros benefícios fiscais, bem como a instituição dos critérios das regras-matrizes dos tributos não têm perfil de normas gerais (normas destinadas a coordenar o tratamento tributário em todos os entes federados), embora delas extraiam fundamento de*

validade. Não é possível, sem profundo exame da questão de fundo, considerar como violada a regra da isonomia e da capacidade contributiva, considerada a tributação das cooperativas, em si consideradas (de trabalho, crédito, consumo etc), e comparadas com as demais pessoas jurídicas. Não está completamente afastada a predominância da interpretação da legislação infraconstitucional e da análise do quadro probatório para descaracterização dos ingressos oriundos da prática de atos por cooperativas como faturamento. Agravo regimental conhecido, mas ao qual se nega provimento. (AC n. 2.209 AgR, Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 2.3.2010, DJe-055 Divulg 25.3.2010 Public 26.3.2010 Ement Vol-02395-01 pp-00008) (grifo nosso)

À Lei Complementar n. 95/1998 coube a função de regulamentar o parágrafo único do citado art. 59 da Constituição Federal, à Lei n. 11.705/2008 a de promover alterações na Lei n. 9.503/1995. Portanto, cada uma cumpre seu mister, sem qualquer interferência na especialidade da outra. E assim o será até a superveniência de outra norma de igual envergadura. Não há, pois, qualquer conflito normativo a ser dirimido na espécie.

Esta Corte Superior de Justiça, ao proferir decisões definitivas em matéria infraconstitucional - com vistas a unificação da interpretação da lei federal - deve, sempre que possível, atrelar a vontade do legislador aos anseios da sociedade. Assim, na tarefa judicante, a *busca pela segurança jurídica, pela proteção máxima do bem comum e pela estabilização das relações sociais* deve ser uma constante no exercício de julgar.

Nesse diapasão, levando-se em consideração toda a argumentação jurídica retro, bem como o objetivo da Lei n. 11.705/2008 - conferir maior efetividade nas ações do Estado, na busca de coibir o então crescente aumento da perda de vidas em decorrência de acidentes de trânsito causados por motoristas embriagados - entendo que o art. 8º, no ponto em que determinou sua entrada em vigor na data de sua publicação, merece interpretação literal e, conseqüentemente, mesmo tendo o autor sido autuado oito dias após o início de vigência da norma, deve a ela se submeter.

Não há falar, pois, em qualquer nulidade na penalidade imposta pela autoridade de trânsito ao recorrente, tampouco em desrespeito aos art. 8º da Lei Complementar n. 95/1998 e art. 1º da LINDB, por conseguinte, mantenho o acórdão recorrido por seus próprios fundamentos.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso especial. É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.503.711-RS (2014/0338676-0)

Relatora: Ministra Assusete Magalhães

Recorrente: Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE

Recorrido: Hermanus Josef Leonardus Van Ass

Advogados: Osmar Antonio Fernandes e outro(s)

Leonardo Ortolan Grazziotin e outro(s)

Interessado: Fazenda Nacional

EMENTA

Processual Civil e Tributário. Recurso especial. Ofensa ao art. 535 do CPC. Ausência. Ação restitutória. Lei n. 11.457/2007. FNDE. Legitimidade passiva. Contribuição do salário-educação. Produtor rural empregador. Pessoa física. Inexigibilidade.

I. O acórdão ora atacado abordou todos os pontos necessários à composição da lide, ofereceu conclusão conforme a prestação jurisdicional requerida, encontra-se alicerçado em premissas que se apresentam harmônicas com o entendimento adotado e desprovido de obscuridades ou contradições. Inocorrência de violação ao art. 535 do CPC.

II. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que não há omissão, contradição ou obscuridade no julgado, quando se resolve a controvérsia de maneira sólida, fundamentada e suficiente e apenas se deixa de adotar a tese do embargante.

III. Relativamente à legitimidade passiva para o pedido de restituição, sabe-se que as contribuições para o salário-educação sempre foram devidas ao FNDE, conforme o § 1º do art. 15 da Lei n. 9.424/1996, com a redação dada pela Lei n. 10.832/2003.

IV. Ocorre que a União, com a edição da Lei n. 11.457/2007, passou a exercer, por meio da Secretaria da Receita Federal do Brasil, as atividades de arrecadação, cobrança e recolhimento das contribuições, em sintonia com o art. 12, I, da LC n. 73/1993. É o que se infere a partir da leitura do art. 16, § 1º, daquele diploma.

V. Contudo, a destinação maior e final do produto da arrecadação da contribuição do salário-educação continuou sendo o FNDE, conforme estabelece o § 7º do art. 16 da Lei n. 11.457/2007.

VI. Assim, quanto ao pleito restitutivo, subsiste a legitimidade passiva do FNDE.

VII. É entendimento pacífico deste Tribunal, mesmo antes do Código Civil de 2002, que a atividade do produtor rural pessoa física, desprovido de registro no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ), não se enquadra no conceito de empresa, para fins de incidência da contribuição do salário-educação, prevista no art. 212, § 5º, da CF/1988, haja vista a falta de previsão específica no art. 15 da Lei n. 9.424/1996, semelhante ao art. 25 da Lei n. 8.212/1991, que trata da contribuição previdenciária devida pelo empregador rural pessoa física. Precedentes.

VIII. Sobre a distribuição das parcelas a serem repetidas, a cargo do recorrente e da União Federal, o FNDE não pode ser condenado a devolver 100% da arrecadação da contribuição para o salário-educação, tendo em vista que a diferença de 1%, até abril de 2007, era retida pelo INSS, órgão que realizava a arrecadação, antes da Lei n. 11.457/2007, e, após a edição desta, o percentual de 1% passou a ser retido na RFB, pela União, nos moldes dos arts. 2º, 3º e 4º desse diploma.

IX. Desse modo, cabe ao FNDE devolver o montante da arrecadação, a título de salário-educação que lhe foi destinado, ou seja, 99% do valor arrecadado e, à União, o valor restante.

X. Recurso Especial conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Mauro Campbell Marques, acompanhando a Sra. Ministra Assusete Magalhães acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora.

Os Srs. Ministros Humberto Martins, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques (Presidente) (voto-vista) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Herman Benjamin.
Brasília (DF), 5 de março de 2015 (data do julgamento).
Ministra Assusete Magalhães, Relatora

DJe 24.3.2015

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: Cuida-se de Recurso Especial, interposto pelo *Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE)*, inconformado com o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região e assim ementado:

Tributário. Contribuição destinada ao salário-educação. Produtor rural. Pessoa física. Inexigibilidade. Impossibilidade de equiparação com empresa. Aplicação da legislação específica. Lei n. 9.424/1996.

1. Nos termos da legislação pertinente, a contribuição ao salário-educação somente é devida pela empresa, assim entendida a firma individual ou sociedade que assume o risco de atividade econômica urbana ou rural, com fins lucrativos ou não. O produtor rural, pessoa física, não se enquadra no conceito de empresa.

2. No direito tributário, o princípio da reserva legal deve ser observado com extremo rigorismo. O argumento de que o art. 15, parágrafo único, da Lei n. 8.212/1991, equipara o contribuinte individual à empresa objetiva impor a legislação previdenciária a fim de definir o sujeito passivo de contribuição estranha à seguridade social, o que é vedado pelo art. 97, inciso III, do CTN.

Em suas razões, o recorrente alega afronta ao art. 535 do CPC, tendo em vista a suposta omissão da Corte de origem acerca da aplicação dos arts. 15 da Lei n. 9.424/1996, 12, V, e 15, parágrafo único, da Lei n. 8.212/1991.

Discorre, ainda, sobre o desrespeito ao art. 16 da Lei n. 11.457/2007, diante da sua hipotética ilegitimidade passiva para a ação de restituição dos valores recolhidos a título de salário-educação. Nesse sentido, sustenta que (a) segundo o art. 12, V, da LC n. 73/1993 e o art. 23 da Lei n. 11.457/2007, competiria à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional a representação judicial da União, nas causas de natureza fiscal e (b) à luz dos arts. 2º, 3º e 16, § 1º, da Lei n. 11.457/2007, a contribuição devida ao FNDE seria considerada dívida ativa da União e, por essa razão, a respectiva cobrança deveria ser realizada pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Na mesma oportunidade, com

espeque na IN/RFB n. 900/2008, assevera ser atribuição da própria RFB a devolução dos valores recolhidos por meio de DARF ou GPS.

Salienta, também, que o FNDE não poderia ser condenado a devolver 100% da arrecadação, ao fundamento de que a diferença de 1%, até abril de 2007, seria retida pelo INSS, órgão que realizaria a arrecadação antes da Lei n. 11.457/2007, e, após a edição desta, o percentual de 1% seria retido na RFB, nos moldes dos arts. 2º, 3º e 4º desse diploma. Acrescenta que, à inteligência da Lei n. 9.424/1996 e da Lei n. 9.766/1998, a restituição, pelo FNDE, se cabível, deveria limitar-se ao percentual de 40%, após abatido 1% da RFB pela arrecadação da contribuição social, diante do aludido rateio de 60% entre os Estados e os Municípios brasileiros.

Aponta ofensa aos arts. 15 da Lei n. 9.424/1996, 12, V, e 15, parágrafo único, da Lei n. 8.212/1991, ao argumento de serem contribuintes individuais os produtores rurais pessoas físicas. Nessa linha, defende que o contribuinte individual com segurados que lhe prestam serviços não é empresa, mas a ela se equipara, razão pela qual deveria cumprir, em relação àqueles, as mesmas obrigações da pessoa que exerce uma atividade empresária. Acrescenta, ainda, que o novo Código Civil não teria limitado o alcance da expressão definidora do sujeito passivo da obrigação tributária, à luz do art. 195, I, da CF/1988, cuja redação cuida da entidade equiparada à empresária.

Requer, ao final, o provimento do Especial para a reforma do acórdão impugnado.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Assusete Magalhães (Relatora): É indubitável que o acórdão ora atacado abordou todos os pontos necessários à composição da lide, ofereceu conclusão conforme a prestação jurisdicional requerida, encontra-se alicerçado em premissas que se apresentam harmônicas com o entendimento adotado e desprovido de obscuridades ou contradições, conforme se infere, sobretudo, deste trecho:

Não é demais lembrar que, no direito tributário, o princípio da reserva legal deve ser observado com extremo rigorismo. O argumento de que o art. 15, parágrafo único, da Lei n. 8.212/1991, equipara o contribuinte individual à empresa objetiva

impor a legislação previdenciária a fim de definir o sujeito passivo de contribuição estranha à seguridade social, o que é vedado pelo art. 97, inciso III, do CTN:

Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

III - a definição do fato gerador da obrigação tributária principal, ressalvado o disposto no inciso I do § 3º do art. 52, e do seu sujeito passivo;

Nesse sentido, trago à colação precedente desta Turma:

Tributário. Apelação cível. Solução imediata. Agravo legal. Decisão agravada. Possibilidade. *Salário-educação. Produtor rural pessoa física. Não incidência. Prescrição. Artigos 3º e 4º da LC n. 118/2005.*

1 - Viável solver o apelo por meio de decisão terminativa quando o seu objeto confronta jurisprudência dominante ou está em sintonia com precedentes dos Tribunais Superiores. Inteligência dos artigos 557 - *caput* e § 1º-A -, do CPC e 5º, inciso LXXVIII, da CF.

2 - *O produtor-empregador rural pessoa física, desde que não esteja constituído como pessoa jurídica, com registro no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica - CNPJ, não se enquadra no conceito de empresa, não lhe sendo exigível o salário-educação.*

3 - Houve manifestação expressa sobre a Arguição de Inconstitucionalidade na AC n. 2004.72.05.003494-7-SC, no voto condutor do acórdão embargado. (TRF4, Agravo (Inominado, legal) em ApelRE n. 0001230-14.2009.404.7211, 1ª Turma, Des. Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère, por unanimidade, D.E. 14.7.2010) - g.n.

Na mesma esteira, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

Processual Civil. Tributário. *Contribuição para o salário-educação. Produtor rural empregador. Pessoa física. Inexigibilidade.*

1. *De acordo com o art. 15 da Lei n. 9.424/1996, regulamentado pelo Decreto n. 3.142/1999, posteriormente sucedido pelo Decreto n. 6.003/2006, a contribuição para o salário-educação somente é devida pelas empresas, assim entendidas as firmas individuais ou sociedades que assumam o risco de atividade econômica, urbana ou rural, com fins lucrativos ou não.*

2. *“O produtor-empregador rural pessoa física, desde que não esteja constituído como pessoa jurídica, com registro no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica - CNPJ, não se enquadra no conceito de empresa, para fins de incidência do salário-educação” (REsp n. 711.166-PR, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 16.5.2006).*

3. Impossibilidade de conhecimento do recurso pela alínea **c** da previsão constitucional, diante da ausência de indicação de julgado que pudesse servir de paradigma para a comprovação de eventual dissídio pretoriano.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

(REsp n. 842.781-RS, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 13.11.2007, DJ 10.12.2007, p. 301)

Tributário. *Contribuição do salário-educação. Produtor rural pessoa física.*

1. *A contribuição do salário-educação tem destinação específica e não está incluída nas atribuições da Previdência.*

2. *Em verdade, é o INSS mero arrecadador e repassador do salário-educação ao FNDE.*

3. *Embora tenham natureza jurídica idêntica, visto que ambas são contribuições, a contribuição previdenciária destina-se à manutenção da Previdência e a do salário- educação destina-se ao desenvolvimento do ensino fundamental.*

4. *A Lei n. 9.494/1996 atribui como sujeito passivo do salário-educação as empresas, assim definidas pelo respectivo regulamento como qualquer firma individual ou sociedade que assume o risco de atividade econômica, urbana ou rural, com fins lucrativos ou não.*

5. *O produtor-empregador rural pessoa física, desde que não esteja constituído como pessoa jurídica, com registro no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica - CNPJ, não se enquadra no conceito de empresa, para fins de incidência do salário-educação.*

6. Recurso especial improvido.

(REsp n. 711.166-PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 4.4.2006, DJ 16.5.2006, p. 205) (fls. 303-304e).

A propósito, a jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que não há omissão, contradição ou obscuridade no julgado, quando se resolve a controvérsia de maneira sólida, fundamentada e suficiente e apenas se deixa de adotar a tese do embargante. Nesse sentido, colhe-se este precedente:

Processual Civil e Tributário. Embargos de declaração. Ofensa ao art. 535 do CPC não configurada. Omissão. Inexistência. Mera insatisfação com o julgado. Violação do art. 179 do CTN. Análise de lei local. Impossibilidade. Óbice da Súmula n. 280-STF.

1. *A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.*

2. A Corte local, quando do julgamento dos Embargos de Declaração, expressamente tratou do art. 179 do CTN, porém consignou que “é incabível a exigência, ao contribuinte, de requerimento anual de isenção (...), já que o requisito não é exigido pela Lei Municipal n. 5.839/1990”.

3. *A mera insatisfação com o conteúdo da decisão embargada não enseja Embargos de Declaração.*

4. O tema foi resolvido no âmbito municipal, mais especificamente pelas Leis Municipais n. 3.802/1984 e 5.839/1990; e pelo Decreto Municipal n. 10.447/2000, afastando a competência deste Tribunal Superior para o deslinde das questões apresentadas no seu Recurso Especial, pois o exame de normas de caráter local é incabível nesta via recursal.

Aplicação da Súmula n. 280-STF.

5. Agravo Regimental não provido (STJ, AgRg no AREsp n. 573.796-MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 28.11.2014).

Relativamente à legitimidade passiva para o pedido de restituição, sabe-se que as contribuições do salário-educação sempre foram devidas ao FNDE, conforme o § 1º do art. 15 da Lei n. 9.424/1996, com a redação dada pela Lei n. 10.832/2003:

Art. 15 (...)

§ 1º O montante da arrecadação do Salário-Educação, após a dedução de 1% (um por cento) em favor do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, calculado sobre o valor por ele arrecadado, será distribuído pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE, observada, em 90% (noventa por cento) de seu valor, a arrecadação realizada em cada Estado e no Distrito Federal, em quotas, da seguinte forma:

I - Quota Federal, correspondente a um terço do montante de recursos, que será destinada ao FNDE e aplicada no financiamento de programas e projetos voltados para a universalização do ensino fundamental, de forma a propiciar a redução dos desníveis sócio-educacionais existentes entre Municípios, Estados, Distrito Federal e regiões brasileiras;

II - Quota Estadual e Municipal, correspondente a 2/3 (dois terços) do montante de recursos, que será creditada mensal e automaticamente em favor das Secretarias de Educação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para financiamento de programas, projetos e ações do ensino fundamental.

Ocorre que a União, com a edição da Lei n. 11.457/2007, passou a exercer, por meio da Secretaria da Receita Federal do Brasil, as atividades de arrecadação, cobrança e recolhimento das contribuições, em sintonia com o art. 12, I, da LC n. 73/1993. É o que se infere a partir da leitura do art. 16, § 1º, daquele diploma:

Art. 16. A partir do 1º (primeiro) dia do 2º (segundo) mês subsequente ao da publicação desta Lei, o débito original e seus acréscimos legais, além de outras multas previstas em lei, relativos às contribuições de que tratam os arts. 2º e 3º desta Lei, constituem dívida ativa da União.

§ 1º A partir do 1º (primeiro) dia do 13º (décimo terceiro) mês subsequente ao da publicação desta Lei, o disposto no *caput* deste artigo se estende à dívida ativa do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS e do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE decorrente das contribuições a que se referem os arts. 2º e 3º desta Lei.

Contudo, a destinação maior e final do produto da arrecadação da contribuição do salário-educação continuou sendo o FNDE, conforme estabelece o § 7º do art. 16 da Lei n. 11.457/2007:

Art. 16 (...)

(...)

§ 7º A inscrição na dívida ativa da União das contribuições de que trata o art. 3º desta Lei, na forma do *caput* e do § 1º deste artigo, não altera a destinação final do produto da respectiva arrecadação.

Assim, quanto ao pleito restituidório, subsiste a legitimidade passiva do FNDE. *Mutatis mutandis*, foi esse o entendimento adotado por este Tribunal por ocasião da definição da legitimidade do *Incra* em litisconsórcio necessário com o INSS (e atualmente a União) nas demandas que têm por objeto a restituição do indébito tributário, conforme se observa neste precedente:

Processual Civil. Inexistência de violação do art. 535 do CPC. Ação de repetição de indébito referente à contribuição destinada ao *Incra*. União. Legitimidade. Litisconsórcio passivo necessário.

1. O Poder Judiciário não está obrigado a emitir expresso juízo de valor a respeito de todas as teses e artigos de lei invocados pelas partes, bastando fazer uso de fundamentação adequada e suficiente para o julgamento da causa, o que, no acórdão recorrido, restou atendido pelo Tribunal de origem. Ausente a violação do art. 535 do CPC.

2. Para casos anteriores à Lei n. 11.457/2007, tanto o *Incra* como o INSS devem figurar no pólo passivo da ação em que se pleiteia a inexigibilidade da contribuição adicional ao *Incra*: a autarquia agrária, por ser a destinatária da exação, e a autarquia previdenciária, por ser a responsável pelo lançamento, arrecadação e fiscalização da dita contribuição anteriormente à referida lei.

Precedentes citados.

3. Com o advento da Lei n. 11.457/2007, as atribuições referentes à tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança e recolhimento da contribuição ao *Incra* passaram a ser da Receita Federal do Brasil.

Outrossim, como o débito original e seus acréscimos legais, relativos à contribuição social em questão, passaram a constituir, nos termos do art. 16 da Lei n. 11.457/2007, dívida ativa da União, também foi transferida à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PGFN a representação judicial da União nas ações em que se questiona a exigibilidade de tal contribuição. Destarte, impõe-se o reconhecimento da legitimidade passiva da União em demandas que também têm por objeto a restituição do indébito tributário.

4. Recurso especial do *Incra* parcialmente conhecido e, nessa parte, provido parcialmente para anular os atos posteriores à citação a fim de que a União seja citada como litisconsorte passivo necessário, ficando prejudicadas as demais questões e o recurso especial das autoras.

(REsp n. 1.265.333-RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 26.2.2013).

Ademais, é entendimento pacífico deste Tribunal, mesmo antes do Código Civil de 2002, que a atividade do produtor rural pessoa física, desprovido de registro no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ), não se enquadra no conceito de empresa, para fins de incidência da contribuição do salário-educação, prevista no art. 212, § 5º, da CF/1988, haja vista a falta de previsão específica no art. 15 da Lei n. 9.424/1996, semelhante ao art. 25 da Lei n. 8.212/1991, que trata da contribuição previdenciária devida pelo empregador rural pessoa física. Nesse sentido:

Processual Civil. Recurso especial. Tributário. *Salário-educação. Produtor rural pessoa física. Inexigibilidade da exação.*

1. *A orientação das Turmas que integram a Primeira Seção - STJ firmou-se no sentido de que a contribuição para o salário-educação somente é devida pelas empresas em geral e pelas entidades públicas e privadas vinculadas ao Regime Geral da Previdência Social, entendendo-se como tais, para fins de incidência, qualquer firma individual ou sociedade que assuma o risco de atividade econômica, urbana ou rural, com fins lucrativos ou não, conforme estabelece o art. 15 da Lei n. 9.424/1996, c.c. o art. 2º do Decreto n. 6.003/2006.*

2. *Assim, “a contribuição para o salário-educação tem como sujeito passivo as empresas, assim entendidas as firmas individuais ou sociedades que assumam o risco de atividade econômica, urbana ou rural, com fins lucrativos ou não” (REsp n. 1.162.307-RJ, 1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 3.12.2010 - recurso submetido à sistemática prevista no art. 543-C do CPC), razão pela qual o produtor rural pessoa física, desprovido de registro no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ), não*

se enquadra no conceito de empresa (firma individual ou sociedade), para fins de incidência da contribuição para o salário educação.

Nesse sentido: REsp n. 711.166-PR, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 16.5.2006; REsp n. 842.781-RS, 1ª Turma, Rel. Min. Denise Arruda, DJ de 10.12.2007.

3. Recurso especial provido (STJ REsp n. 1.242.636-SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 13.12.2011).

Tributário. Contribuição do salário-educação. Produtor rural pessoa física.

1. *A contribuição do salário-educação tem destinação específica e não está incluída nas atribuições da Previdência.*

2. *Em verdade, é o INSS mero arrecadador e repassador do salário-educação ao FNDE.*

3. *Embora tenham natureza jurídica idêntica, visto que ambas são contribuições, a contribuição previdenciária destina-se à manutenção da Previdência e a do salário-educação destina-se ao desenvolvimento do ensino fundamental.*

4. *A Lei n. 9.494/1996 atribui como sujeito passivo do salário-educação as empresas, assim definidas pelo respectivo regulamento como qualquer firma individual ou sociedade que assume o risco de atividade econômica, urbana ou rural, com fins lucrativos ou não.*

5. *O produtor-empregador rural pessoa física, desde que não esteja constituído como pessoa jurídica, com registro no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica - CNPJ, não se enquadra no conceito de empresa, para fins de incidência do salário-educação.*

6. Recurso especial improvido (STJ, REsp n. 711.166-PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJU de 16.5.2006).

Processual Civil. Tributário. Contribuição para o salário-educação. Produtor rural empregador. Pessoa física. Inexigibilidade.

1. De acordo com o art. 15 da Lei n. 9.424/1996, regulamentado pelo Decreto n. 3.142/1999, posteriormente sucedido pelo Decreto n. 6.003/2006, a contribuição para o salário-educação somente é devida pelas empresas, assim entendidas as firmas individuais ou sociedades que assumam o risco de atividade econômica, urbana ou rural, com fins lucrativos ou não.

2. *“O produtor-empregador rural pessoa física, desde que não esteja constituído como pessoa jurídica, com registro no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica - CNPJ, não se enquadra no conceito de empresa, para fins de incidência do salário-educação”* (REsp n. 711.166-PR, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 16.5.2006).

3. Impossibilidade de conhecimento do recurso pela alínea c da previsão constitucional, diante da ausência de indicação de julgado que pudesse servir de paradigma para a comprovação de eventual dissídio pretoriano.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido (STJ, REsp n. 842.781-RS, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJU de 10.12.2007).

Por último, sobre a distribuição das parcelas a serem repetidas, a cargo do recorrente e da Fazenda Nacional, como já se observou pela evolução da legislação acerca do tema, o FNDE não pode ser condenado a devolver 100% da arrecadação, tendo em vista que a diferença de 1%, até abril de 2007, era retida pelo INSS, órgão que realizava a arrecadação, antes da Lei n. 11.457/2007, e, após a edição desta, o percentual de 1% passou a ser retido na RFB, pela União, nos moldes dos arts. 2º, 3º e 4º desse diploma.

Desse modo, cabe ao FNDE devolver o montante da arrecadação a título de salário-educação que lhe foi destinado, ou seja, 99% do valor arrecadado e, à União, o valor restante.

Ante o exposto, voto por conhecer do Recurso Especial e dar-lhe parcial provimento, a fim de condenar o FNDE à restituição de 99% do valor arrecadado e a União à restituição do valor restante.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Adoto o minucioso relatório da Ministra Assusete Magalhães.

Acrescento que, em 24 de fevereiro de 2015, a Ministra Relatora apresentou voto no sentido de dar parcial provimento ao recurso especial.

Para melhor exame, pedi vista dos autos.

No que se refere à alegada afronta ao art. 535 do CPC, depreende-se dos autos que o Tribunal de origem, de modo fundamentado, tratou das questões suscitadas, resolvendo de modo integral a controvérsia posta. Na linha da jurisprudência desta Corte, não há falar em negativa de prestação jurisdicional nem em vício quando o acórdão impugnado aplica tese jurídica devidamente fundamentada, promovendo a integral solução da controvérsia, ainda que de forma contrária aos interesses da parte. Assim, não havendo no acórdão recorrido omissão, obscuridade ou contradição, não fica caracterizada ofensa ao art. 535 do CPC.

Quanto à legitimidade do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE, para figurar no polo passivo da presente demanda, verifica-se que a jurisprudência deste Tribunal pacificou-se no sentido de reconhecer a legitimidade *ad causam* da autarquia para figurar nas demandas em que se discute a contribuição ao salário-educação. Nesse sentido: AgRg nos EDcl no AREsp n. 211.790-SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 21.3.2013, DJe 9.5.2013; AgRg no REsp n. 261.054-SC, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 15.8.2002, DJ 21.10.2002.

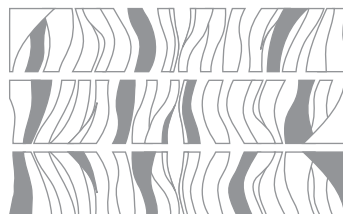
Ressalte-se que, com a vigência da Lei n. 11.457/2007, a União passou a exercer as atividades de arrecadação, cobrança e recolhimento da contribuição em comento (que antes eram exercidas pelo INSS), razão pela qual também possui legitimidade para integrar a lide.

Por outro lado, como bem observado em precedente citado pela Ministra Relatora, *“a contribuição para o salário-educação tem como sujeito passivo as empresas, assim entendidas as firmas individuais ou sociedades que assumam o risco de atividade econômica, urbana ou rural, com fins lucrativos ou não”* (REsp n. 1.162.307-RJ, 1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 3.12.2010 - recurso submetido à sistemática prevista no art. 543-C do CPC), *razão pela qual o produtor rural pessoa física, desprovido de registro no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ), não se enquadra no conceito de empresa (firma individual ou sociedade), para fins de incidência da contribuição para o salário educação*” (REsp n. 1.242.636-SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 13.12.2011 - grifou-se).

Por fim, no que concerne às parcelas a serem devolvidas, impõe-se reconhecer a obrigação da União de devolver a parcela correspondente a 1% do valor arrecadado (que retribui as atividades de arrecadação, cobrança e recolhimento), ficando a cargo do FNDE a parcela remanescente (equivalente a 99% do valor arrecadado).

Diante do exposto, acompanho a Ministra Relatora para dar parcial provimento ao recurso especial.

É o voto.



Segunda Seção

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 1.306.553-SC
(2013/0022044-4)**

Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti

Embargante: Comércio de Carnes Vale Verde Ltda e outros

Advogado: Robson Tibúrcio Minotto

Embargado: Frigorífico Rost S/A

Advogado: Carlos Alberto de Assis Goes e outro(s)

EMENTA

Embargos de divergência. Artigo 50, do CC. Desconsideração da personalidade jurídica. Requisitos. Encerramento das atividades ou dissolução irregulares da sociedade. Insuficiência. Desvio de finalidade ou confusão patrimonial. Dolo. Necessidade. Interpretação restritiva. Acolhimento.

1. A criação teórica da pessoa jurídica foi avanço que permitiu o desenvolvimento da atividade econômica, ensejando a limitação dos riscos do empreendedor ao patrimônio destacado para tal fim. Abusos no uso da personalidade jurídica justificaram, em lenta evolução jurisprudencial, posteriormente incorporada ao direito positivo brasileiro, a tipificação de hipóteses em que se autoriza o levantamento do véu da personalidade jurídica para atingir o patrimônio de sócios que dela dolosamente se prevaleceram para finalidades ilícitas. Tratando-se de regra de exceção, de restrição ao princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, a interpretação que melhor se coaduna com o art. 50 do Código Civil é a que relega sua aplicação a casos extremos, em que a pessoa jurídica tenha sido instrumento para fins fraudulentos, configurado mediante o desvio da finalidade institucional ou a confusão patrimonial.

2. O encerramento das atividades ou dissolução, ainda que irregulares, da sociedade não são causas, por si só, para a desconsideração da personalidade jurídica, nos termos do Código Civil.

3. Embargos de divergência acolhidos.

ACÓRDÃO

A Segunda Seção, por unanimidade, acolheu os embargos de divergência para que prevaleça a tese adotada pelo acórdão paradigma e, por conseguinte, restabelecer o acórdão especialmente recorrido, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, João Otávio de Noronha e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Raul Araújo.

Brasília (DF), 10 de dezembro de 2014 (data do julgamento).

Ministra Maria Isabel Gallotti, Relatora

DJe 12.12.2014

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Ageu Spillere e outros opõem embargos de divergência em face do acórdão proferido pela Terceira Turma desta Corte, de relatoria do Ministro Massami Uyeda, proferido nos autos do Agravo Regimental no Recurso especial n. 1.306.553-SC, lavrado com a seguinte ementa:

Agravo regimental no recurso especial. Ilegitimidade de parte. Inovação recursal. Impossibilidade de análise nesta fase processual. Decisão monocrática. Possibilidade. Execução. Dissolução irregular da sociedade. Entendimento obtido da análise do conjunto fático-probatório. Impossibilidade de reexame. Aplicação do Enunciado n. 7-STJ. Desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária. Medida excepcional. Possibilidade, na espécie. Precedentes. Agravo improvido.

Alegam os recorrentes que o acórdão embargado diverge do Recurso Especial n. 1.098.712-RS, de relatoria do Ministro Aldir Passarinho Junior, proferido no âmbito da Quarta Turma.

Sustentam que, enquanto o acórdão embargado dá pela dissolução irregular da sociedade empresarial como causa bastante para a desconsideração da sua personalidade jurídica, o acórdão paradigma traz como requisito o abuso de sua personalidade, que é verificado mediante o desvio de sua finalidade

institucional ou a confusão patrimonial entre a pessoa jurídica e seus sócios ou administradores.

Pedem o provimento do recurso para que seja afastada a desconsideração da personalidade jurídica determinada pelo acórdão embargado ao confirmar decisão do relator que deu provimento ao recurso especial.

Vislumbrando a possibilidade de divergência, determinei a intimação da parte contrária, nos termos do artigo 267, do RISTJ.

A recorrida, massa falida de Frigorífico Rost S/A, apresentou impugnação defendendo “que o encerramento irregular das atividades da empresa autoriza sim a desconsideração da pessoa jurídica e o consequente direcionamento da demanda exequenda à pessoa do sócio” (e-stj fl. 461).

Trouxe precedentes que entende corroborarem sua tese e fez requerimento para que embargos de divergência sejam rejeitados.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti (Relatora): Tenho que a razão está com os embargantes.

Os recorrentes, sócios e sociedade empresarial, apresentaram agravo de instrumento ao Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina contra decisão que determinou a desconsideração da personalidade jurídica desta, cujo acórdão, no ponto, deu provimento ao recurso. Leia-se a ementa (e-stj fl. 305):

Agravo de instrumento. Execução por quantia certa. Deferimento do pedido de desconsideração da personalidade jurídica. Insurgência da parte devedora e de seus sócios. Decisão não fundamentada. Inocorrência. Inteligência do art. 165 do CPC. Condição de falida da parte credora. Inovação recursal. Tema não enfrentado pelo magistrado *a quo*. Impossibilidade de conhecimento pelo juízo *ad quem*. Preclusão judicial (*pro iudicato*) não configurada. Decisão baseada em documento novo. Desconsideração da personalidade jurídica. Medida excepcional e que necessita da comprovação do desvio de finalidade ou de fraude. Pressupostos não verificados no caso concreto. Encerramento irregular da atividade empresarial. Circunstância que, por si só, não é capaz de configurar a fraude ou má-fé na condução dos negócios. Exegese do art. 50 do Código Civil. Recurso parcialmente conhecido e provido.

“A excepcional penetração no âmago da pessoa jurídica, com o levantamento do manto que protege essa independência patrimonial, exige a presença do pressuposto específico do abuso da personalidade jurídica, com a finalidade de lesão a direito de terceiro, infração da lei ou descumprimento de contrato. O simples fato da recorrida ter encerrado suas atividades operacionais e ainda estar inscrita na Junta Comercial não é, por si só, indicativo de que tenha havido fraude ou má-fé na condução dos seus negócios [...]” (REsp. n. 876.974-SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 27.8.2007).

O referido agravo de instrumento tem origem em execução promovida pela ora recorrida na qual, “após a arrematação do imóvel penhorado (fl. 194), a exequente (...) recebeu parte da dívida (fl. 201) e, após intimação para dar prosseguimento ao feito, pugnou pela despersonalização da executada, sob a justificativa de que se encontrava fechada desde o ano de 1998, o que denotava encerramento irregular das atividades da devedora” (e-stj fl. 308).

O acórdão estadual consignou que “o não recebimento, pelo credor, de seu crédito frente à sociedade, em decorrência da insuficiência de patrimônio social, não é requisito bastante para autorizar a desconsideração da personalidade jurídica e conseqüente avanço sobre o patrimônio particular dos sócios - desde que, é claro, esteja o capital social totalmente integralizado. Portanto, a falta de bens da empresa (necessários à satisfação das dívidas contraídas pela sociedade), consiste, a rigor, pressuposto para a decretação da falência e não para a desconsideração da personalidade jurídica” (e-stj fl. 309).

Assim, sustentou a tese de que “o fato de a sociedade empresária ter encerrado suas atividades operacionais de forma irregular não é, por si só, indicativo de que tenha havido fraude ou má-fé na condução dos seus negócios” (e-stj fl. 309), concluindo “que não há nos autos prova capaz de refletir uma das hipóteses previstas no art. 50 do CC, para o caso de abuso da personalidade jurídica - caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial” (e-stj fl. 310). A circunstância de a empresa ter encerrado suas atividades, com cancelamento perante a Junta Comercial, deixando dívidas pendentes, não seria suficiente para autorizar a desconsideração de personalidade jurídica.

O Tribunal local, assim, afastou a desconsideração da personalidade jurídica em acórdão que foi objeto de recurso especial pela massa falida aqui recorrida.

Distribuído o recurso ao Ministro Massami Uyeda, Sua Excelência deu-lhe provimento “para desconsiderar a personalidade jurídica da empresa Comércio de Carnes Vale Verde LTDA, redirecionando a execução na pessoa dos sócios” (e-stj fl. 400).

O fundamento central da decisão foi o de que “esta Corte possui entendimento no sentido de que tal mecanismo excepcional [o da desconsideração da personalidade jurídica] só é admissível em situações especiais, quando verificado o abuso da personificação jurídica, consubstanciado em excesso de mandato, desvio de finalidade da empresa, confusão patrimonial entre a sociedade ou os sócios ou, ainda, conforme amplamente reconhecido pela jurisprudência desta Corte Superior, nas hipóteses de dissolução irregular da empresa” (e-stj fl. 399), ao que citou precedentes a respeito do tema.

Interposto agravo regimental pelos ora embargantes, a Terceira Turma desta Corte endossou os fundamentos do Relator, negando provimento ao recurso.

Pretendem, portanto, os recorrentes fazer valer a tese do acórdão estadual em detrimento àquela firmada no acórdão embargado, haja vista o Recurso Especial n. 1.098.712-RS, de relatoria do Ministro Aldir Passarinho Junior, proferido no âmbito da Quarta Turma, sobre o qual sustentam haver divergência entre as Turmas que compõem a Segunda Seção desta Corte acerca dos requisitos necessários à adoção do *disregard doctrine*.

A divergência, com efeito, ocorre.

Enquanto o acórdão embargado sustenta que desconsideração da personalidade jurídica da sociedade pode ser aplicada “nas hipóteses de dissolução irregular da empresa”, o acórdão paradigma consignou, no voto condutor proferido pelo Ministro Aldir Passarinho Junior, que, embora seja “desnecessária ação autônoma para a desconsideração da personalidade jurídica, seus efeitos violentos e extensivos aos bens de seus sócios exigem, para o deferimento, a constatação de desvio da finalidade empresarial ou confusão patrimonial entre a sociedade e seus sócios, como já se decidiu.” Registrou o acórdão paradigma que “a decisão confirmada pela Corte Estadual igualmente não avançou no exame dos requisitos necessários à desconsideração da personalidade jurídica da devedora, apenas consignando que houve “dissolução irregular da executada.” A Quarta Turma conheceu, então, do Recurso Especial n. 1.098.712-RS e deu-lhe “provimento para afastar a desconsideração da personalidade jurídica de Knorr Construções LTDA.”

Inquestionável, portanto, a divergência de entendimentos quanto à cessação irregular das atividades empresariais como causa suficiente para a desconsideração da personalidade jurídica.

Inicialmente, indispensável considerar que a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica tem origem no princípio da autonomia patrimonial entre sócios e sociedade, abarcada no direito pátrio nos ditames do artigo 1.024, do Código Civil, de modo que os “bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais”, nas hipóteses legais, acresço.

Assim, é certo que em “razão do princípio da autonomia patrimonial, as sociedades empresárias podem ser utilizadas como instrumento para a realização de fraude contra os credores ou mesmo abuso de direito. Na medida em que é a sociedade o sujeito titular dos direitos e devedor das obrigações, e não os seus sócios, muitas vezes os interesses dos credores ou terceiros são indevidamente frustrados por manipulações na constituição de pessoas jurídicas, celebração dos mais variados contratos empresariais, ou mesmo realização de operações societárias, como as de incorporação, fusão, cisão. Nesses casos, alguns envolvendo elevado grau de sofisticação jurídica, a consideração da autonomia da pessoa jurídica importa a impossibilidade de correção da fraude ou do abuso. Quer dizer, em determinadas situações, ao se prestigiar o princípio da autonomia da pessoa jurídica, o ilícito perpetrado pelo sócio permanece oculto, resguardado pela ilicitude da conduta da sociedade empresária.” (COELHO. Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, Vol. 2. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 55).

Sobreleva mencionar que, quando da positivação do instituto no artigo 50, do Código Civil, discutiu-se qual teria sido a teoria da desconsideração adotada no referido Diploma, se maior ou menor, embora haja quem diga não haver mais razão para a separação do instituto (“Em 1999, quando era significativa a quantidade de decisões judiciais desvirtuando a teoria da desconsideração, cheguei a chamar sua aplicação incorreta de ‘teoria menor’, reservando à correta a expressão ‘teoria maior’. Mas a evolução do tema na jurisprudência brasileira não permite mais falar-se em duas teorias distintas, razão pela qual esses conceitos de ‘maior e ‘menor’ mostram-se, agora, felizmente, ultrapassados.” - COELHO... *Opus cit.*, p. 70).

O instituto da desconsideração, todavia, vem previsto em outros textos legislativos, tais como o Código de Defesa do Consumidor (artigo 28), a Lei e 12.529/2011 (artigo 34) e Lei n. 9.605/1998 (artigo 4º), além do que o próprio Código Tributário Nacional prevê situação em que responsabilidade pela obrigação tributária recaia, em tese, sobre os sócios (artigo 134, VII), nos termos do Enunciado n. 435, da Súmula, e dos precedentes que lhe deram causa.

Cada um dos mencionados textos legislativos traz requisitos específicos para a persecução do crédito do qual é devedora a sociedade no patrimônio particular dos sócios, de modo que, independentemente dos rótulos de “teoria maior” ou “teoria menor”, há diferenças quanto à extensão dos pressupostos necessários à sua aplicação, atendendo-se ao microssistema jurídico-legislativo concernente à hipótese. Nesse sentido, o Enunciado n. 51, da I Jornada de Direito Civil, promovida o âmbito do Conselho da Justiça Federal, *verbis*:

51 – Art. 50: A teoria da desconsideração da personalidade jurídica – *disregard doctrine* – fica positivada no novo Código Civil, mantidos os parâmetros existentes nos microssistemas legais e na construção jurídica sobre o tema.

Há, portanto, hipóteses em que os requisitos exigidos para a aplicação do instituto serão distintos, mais ou menos amplos, mais ou menos restritos, mais ou menos específicos.

No caso em apreço, conforme a inicial da execução às e-stj fls. 33-36, esta vem lastreada em cheques emitidos pela embargante, nada dando conta de que se cuide de relação de consumo ou outra que não regida pelo Código Civil, sendo certo que o acórdão estadual analisou a questão à luz do artigo 50, do indigitado Código, de modo que é sob tal prima legislativo que se deverá examinar o tema.

Adotadas, portanto, tais premissas, esta Corte Superior já teve a oportunidade, mais de uma vez, de apreciar a questão, apontando a teoria maior como sendo aquela adotada pelo Código Civil, de modo que se exige a configuração do abuso de direito mediante o desvio de finalidade social ou confusão patrimonial entre sócios e sociedade. Veja-se:

Agravo regimental em agravo em recurso especial. Desconsideração da personalidade jurídica. Art. 50 do CC/2002. Teoria maior. Mudança de endereço da empresa. Insuficiência. Aferição da presença dos elementos autorizadores da teoria da *disregard doctrine*. Súmula n. 7-STJ. Agravo regimental não provido.

1. A desconsideração da personalidade jurídica, à luz da teoria maior acolhida em nosso ordenamento jurídico e encartada no art. 50 do Código Civil de 2002, reclama a ocorrência de abuso da personificação jurídica em virtude de excesso de mandato, a demonstração do desvio de finalidade (ato intencional dos sócios em fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica) ou a demonstração de confusão patrimonial (caracterizada pela inexistência, no campo dos fatos, de separação patrimonial entre o patrimônio da pessoa jurídica e dos sócios ou, ainda, dos haveres de diversas pessoas jurídicas).

2. A mudança de endereço da empresa executada não constitui motivo suficiente para a desconsideração da sua personalidade jurídica. Precedente.

3. A verificação da presença dos elementos autorizadores da *disregard*, elencados no art. 50 do Código Civil de 2002, demandaria a reapreciação das provas carreadas aos autos, providência que encontra óbice na Súmula n. 7-STJ.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp n. 159.889-SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 15.10.2013, DJe 18.10.2013);

Processual Civil e Civil. Recurso especial. Ação de falência. Embargos de declaração. Omissão, contradição ou obscuridade. Não ocorrência. Desconsideração da personalidade jurídica. Inviabilidade. Incidência do art. 50 do CC/2002. Aplicação da teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica. Alcance do sócio majoritário. Necessidade de demonstração do preenchimento dos requisitos legais.

1. Ausentes os vícios do art. 535 do CPC, rejeitam-se os embargos de declaração.

2. A ausência de decisão acerca dos argumentos invocados pelo recorrente em suas razões recursais impede o conhecimento do recurso especial.

3. A regra geral adotada no ordenamento jurídico brasileiro, prevista no art. 50 do CC/2002, consagra a Teoria Maior da Desconsideração, tanto na sua vertente subjetiva quanto na objetiva.

4. Salvo em situações excepcionais previstas em leis especiais, somente é possível a desconsideração da personalidade jurídica quando verificado o desvio de finalidade (Teoria Maior Subjetiva da Desconsideração), caracterizado pelo ato intencional dos sócios de fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica, ou quando evidenciada a confusão patrimonial (Teoria Maior Objetiva da Desconsideração), demonstrada pela inexistência, no campo dos fatos, de separação entre o patrimônio da pessoa jurídica e os de seus sócios.

5. Os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica somente alcançam os sócios participantes da conduta ilícita ou que dela se beneficiaram, ainda que se trate de sócio majoritário ou controlador.

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

(REsp n. 1.325.663-SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 11.6.2013, DJe 24.6.2013).



Para a aplicação da teoria maior da desconsideração da personalidade social, exige-se o dolo das pessoas naturais que estão por trás da sociedade, desvirtuando-lhe os fins institucionais e servindo-se os sócios ou administradores desta para lesar credores ou terceiros. É a intenção ilícita e fraudulenta, portanto,

que autoriza, nos termos da teoria adotada pelo Código Civil, a aplicação do instituto em comento.

Da doutrina (SILVA. Regina Beatriz Tavares (Coord.). DINIZ, Maria Helena. Código Civil Comentado. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 141), no exame do artigo 50, do Código Civil, desde a proposta inicial de seu texto até a redação final, observam-se as razões do então deputado Ricardo Fiuza, valendo-se de ensinamento de Wilson do Egito Coelho, para acolher a proposta senatorial de emenda ao indigitado dispositivo, *litteris*:

a *disregard doctrine* pressupõe sempre a utilização fraudulenta da companhia pelos seus controladores, como se deduz da lei inglesa (art. 332 do *Companies Act* de 1948) e da jurisprudência norte-americana. Assim, na Inglaterra, essa responsabilidade pessoal só surge no caso de dolo, sendo que recentemente a Comissão Jenkins propôs a sua extensão aos casos de negligência ou imprudência graves na conduta dos negócios (*reckless trading*) (v. André Tunc, *le droit anglais des sociétés anonymes*, Paris, Dalloz, 1971, n. 45, p. 46). De acordo com o art. 333, a mesma lei admite a propositura de ação contra o administrador (*officer*), nos casos de culpa grave (*misfeasance* e *breach of trust*), mas tão somente para que sejam ressarcidos os danos causados à sociedade pelos atos contra ela praticados (v. Tunc, obra citada, n. 133, p. 201). Nos Estados Unidos, a doutrina da transparência tem sido aplicada com reservas e tão somente nos casos de evidente intuito fraudulento, quando a sociedade é utilizada como simples instrumento (*mere instrumentality*) ou *alter ego* ou agente do acionista controlador. Em tais hipóteses de confusão do patrimônio da sociedade com o dos acionistas e de indução de terceiro em erro, a jurisprudência dos Estados Unidos tem admitido levantar o véu (*judges have pierced the corporate veil*) para responsabilizar pessoalmente os acionistas controladores (v. o comentário *Should shareholders be personally liable or the torts of their corporations?*, *Yale Law Journal*, n. 6, maio de 1967, 76/1.190 e s. e especialmente p. 1.192). Pois bem, a responsabilização pessoal, como corolário lógico, pressupõe claramente que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos sócios da pessoa jurídica. Assim, para atender a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, conhecida por *disregard doctrine* ou *disregard of legal entity* no Direito anglo-americano; teoria do *superamento della personalità giuridica* na doutrina italiana; teoria da "penetração" - *Durchgriff der juristischen personen* germânica; o *abus de la notion de personnalité sociale* ou *mise a l'écart de la personnalité morale* do Direito francês, necessário se torna que o preceito contemple, a rigor, o triplice interesse da doutrina, porquanto aplicável diante de atos ilícitos, ou abusivos, que concorram para fraudar a lei ou ao abuso de direito ou ainda para lesar terceiros. Nessa linha de entendimento, a redação da emenda afigurava-se mais consentânea à construção da doutrina, melhor adequando a idéia do legislador ao normatizar a desconsideração da pessoa jurídica. Demais disso, o texto proposto

mais se coadunava com o alcance de permitir seja a doutrina consolidada e, em seus fins, pela prestação jurisdicional.

Assim, a ausência de intuito fraudulento ou confusão patrimonial afasta o cabimento da desconsideração da personalidade jurídica, ao menos quando se tem o Código Civil como o microsistema legislativo norteador do instituto, a afastar a simples hipótese de encerramento ou dissolução irregular da sociedade como causa bastante para a aplicação do *disregard doctrine*.

A Quarta Turma já se pronunciou a respeito do tema, em acórdão de minha relatoria, no qual não só se afastou o simples encerramento da sociedade como causa para a desconsideração de sua personalidade, como ficou assentado que outros eram os fundamentos jurídicos que levaram a Primeira Seção desta Corte à edição do Enunciado n. 435, quais sejam, os preceitos contidos no Código Tributário Nacional, como já mencionado supra. Leia-se:

Agravo regimental. Recurso especial. Execução. Embargos de terceiro. Desconsideração da personalidade jurídica. Encerramento de atividades sem baixa na Junta Comercial. Requisitos ausência. Violação ao art. 535, do CPC não configurada. Súmula n. 83-STJ.

1. Não configura violação ao art. 535 do CPC a decisão que examina, de forma fundamentada, todas as questões submetidas à apreciação judicial.

2. *A mera circunstância de a empresa devedora ter encerrado suas atividades sem baixa na Junta Comercial, se não evidenciado dano decorrente de violação ao contrato social da empresa, fraude, ilegalidade, confusão patrimonial ou desvio de finalidade da sociedade empresarial, não autoriza a desconsideração de sua personalidade para atingir bens pessoais de herdeiro de sócio falecido. Inaplicabilidade da Súmula n. 435-STJ, que trata de redirecionamento de execução fiscal ao sócio-gerente de empresa irregularmente dissolvida, à luz de preceitos do Código Tributário Nacional.*

3. Hipótese em que ao tempo do encerramento informal das atividades da empresa executada sequer havia sido ajuizada a ação ordinária, no curso da qual foi proferida, à revelia, a sentença exequenda, anos após o óbito do sócio-gerente e a homologação da sentença de partilha no inventário.

4. Encontrando-se o acórdão impugnado no recurso especial em consonância com o entendimento deste Tribunal, incide o enunciado da Súmula n. 83-STJ.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp n. 762.555-SC, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 16.10.2012, DJe 25.10.2012)

A questão também já fora apreciada pela Terceira Turma, patenteando que a mera insolvência ou dissolução, ainda que irregular, da sociedade não são suficientes para a invasão patrimonial dos sócios. Veja-se:

Civil e Processual Civil. Agravo. Recurso especial. Cumprimento de sentença. Desconsideração da personalidade jurídica. Encerramento irregular. Insuficiência.

- A mera demonstração de insolvência da pessoa jurídica ou de dissolução irregular da empresa sem a devida baixa na junta comercial, por si só, não ensejam a desconsideração da personalidade jurídica.

- Agravo não provido.

(AgRg no REsp n. 1.173.067-RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 12.6.2012, DJe 19.6.2012)

Não se quer dizer com isso que o encerramento da sociedade jamais será causa de desconsideração de sua personalidade, mas que somente o será quando sua dissolução ou inatividade irregulares tenham o fim de fraudar a lei, com o desvirtuamento da finalidade institucional ou confusão patrimonial.

Assim é que o enunciado n. 146, da III Jornada de Direito Civil, orienta o intérprete a adotar exegese restritiva no exame do artigo 50, do Código Civil, haja vista que o instituto da desconsideração, conquanto não determine a despersonalização da sociedade, porquanto aplicável a certo ou determinado negócio e impõe apenas a ineficácia da pessoa jurídica frente ao lesado, constitui restrição ao princípio da autonomia patrimonial daquela. Confira-se:

146 – Art. 50: Nas relações civis, interpretam-se restritivamente os parâmetros de desconsideração da personalidade jurídica previstos no art. 50 (desvio de finalidade social ou confusão patrimonial).

Patenteando a interpretação restritiva que se deve dar ao dispositivo em exame, a IV Jornada de Direito Civil firmou enunciado que expressamente afasta o encerramento irregular da pessoa jurídica como causa para desconsideração de sua personalidade. A saber:

282 – Art. 50: O encerramento irregular das atividades da pessoa jurídica, por si só, não basta para caracterizar abuso da personalidade jurídica.

Em síntese, a criação teórica da pessoa jurídica foi avanço que permitiu o desenvolvimento da atividade econômica, ensejando a limitação dos riscos do empreendedor ao patrimônio destacado para tal fim. Abusos no

uso da personalidade jurídica justificaram, em lenta evolução jurisprudencial, posteriormente incorporada ao direito positivo brasileiro, a tipificação de hipóteses em que se autoriza o levantamento do véu da personalidade jurídica para atingir o patrimônio de sócios que dela dolosamente se prevaleceram para lesar credores. Tratando-se de regra de exceção, de restrição ao princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, a interpretação que melhor se coaduna com o art. 50 do Código Civil é a que relega sua aplicação a casos extremos, em que a pessoa jurídica tenha sido mero instrumento para fins fraudulentos por aqueles que a idealizaram, valendo-se dela para encobrir os ilícitos que propugnaram seus sócios ou administradores. Entendimento diverso conduziria, no limite, em termos práticos, ao fim da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, ou seja, regresso histórico incompatível com a segurança jurídica e com o vigor da atividade econômica.

Com esses fundamentos, não estando consignado no acórdão estadual que a dissolução da sociedade tinha por fim fraudar credores ou ludibriar terceiros, não se configurando, portanto, o desvio da finalidade social ou confusão patrimonial entre sociedade e sócios ou administradores, acolho os embargos de divergência para que prevaleça a tese adotada pelo acórdão paradigma e, por conseguinte, restabelecer o acórdão especialmente recorrido.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.333.349-SP (2012/0142268-4)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Recorrente: Luiz Gonzaga Lanzi

Advogado: Daniel Maximilian de Luiz Gouveia e outro(s)

Recorrido: Banco Mercantil do Brasil S/A

Advogado: Vanderlei Vedovatto e outro(s)

Interessado: Federação Brasileira de Bancos FEBRABAN - “Amicus Curiae”

Advogados: Ricardo Luiz Blundi Sturzenegger

Gustavo César de Souza Mourão e outro(s)

Luciano Correa Gomes

EMENTA

Recurso especial representativo de controvérsia. Art. 543-C do CPC e Resolução STJ n. 8/2008. Direito Empresarial e Civil. Recuperação judicial. Processamento e concessão. Garantias prestadas por terceiros. Manutenção. Suspensão ou extinção de ações ajuizadas contra devedores solidários e coobrigados em geral. Impossibilidade. Interpretação dos arts. 6º, *caput*, 49, § 1º, 52, inciso III, e 59, *caput*, da Lei n. 11.101/2005.

1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: “A recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das execuções nem induz suspensão ou extinção de ações ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória, pois não se lhes aplicam a suspensão prevista nos arts. 6º, *caput*, e 52, inciso III, ou a novação a que se refere o art. 59, *caput*, por força do que dispõe o art. 49, § 1º, todos da Lei n. 11.101/2005”.

2. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Para os efeitos do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, foi aprovada a seguinte tese: “A recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das execuções nem tampouco induz suspensão ou extinção de ações ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória, pois não se lhes aplicam a suspensão prevista nos arts. 6º, *caput*, e 52, inciso III, ou a novação a que se refere o art. 59, *caput*, por força do que dispõe o art. 49, § 1º, todos da Lei n. 11.101/2005”. Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Raul Araújo.

Brasília (DF), 26 de novembro de 2014 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

DJe 2.2.2015

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Luiz Gonzaga Lanzi opôs embargos à execução ajuizada por Banco Mercantil do Brasil S.A. A tese central defendida na peça de oposição alude a que a execução não possui lastro em título exigível, uma vez que o embargante é apenas avalista de Cédula de Crédito Bancário, cujo devedor principal (Cerâmica Lanzi Ltda.) está em recuperação judicial, com processamento deferido. Assim, buscou a suspensão do procedimento executivo com base no que dispõe o art. 265, inciso IV, alínea **b** do CPC e arts. 6º, *caput*, e 49, *caput*, da Lei n. 11.101/2005.

No curso do processo, o plano de recuperação judicial foi aprovado pela Assembleia de Credores (fls. 161-163) e a recuperação foi, enfim, concedida por sentença (fls. 261-263). Em razão disso, afirmou-se, ainda, que a execução contra o devedor coobrigado deveria ser extinta, tendo em vista a novação da dívida operada pela aprovação do plano, nos termos do art. 59 da Lei n. 11.101/2005.

O Juízo de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Mogi Guaçu-SP acolheu os embargos para extinguir a execução, entendendo que a aprovação do plano de recuperação judicial opera, realmente, novação da dívida avalizada, devendo o crédito ser solvido de acordo com o plano (fls. 261-263).

A sentença foi reformada por acórdão assim ementado:

Recuperação judicial. Coobrigados. Possibilidade de serem acionados. Inteligência dos arts. 6º, *caput*, 49, § 1º e 59 da Lei n. 11.101/2005. Apelo provido (fl. 310).

Opostos embargos de declaração (fls. 315-318), foram rejeitados (fls. 321-323).

Sobreveio recurso especial apoiado na alínea **a** do permissivo constitucional, no qual se alegou ofensa aos arts. 535, 572 e 614, inciso III, do CPC; arts. 59 e 61, § 2º, da Lei n. 11.101/2005 e art. 365 do Código Civil.

Em linhas gerais, aduz o recorrente que a aprovação do plano de recuperação opera novação dos créditos a ele submetidos, razão pela qual busca a extinção do processo de execução ajuizado contra ele, figurando apenas como garantidor da Cédula de Crédito Bancário na qual a dívida se materializara.

Contra-arrazoado (fls. 353-376), o recurso especial foi admitido (fl. 378).

Ascendendo os autos a esta Corte, verifiquei haver multiplicidade de recursos a versar controvérsia alusiva à *possibilidade do prosseguimento de ações de cobrança ou execuções ajuizadas em face de devedores solidários ou coobrigados em geral, depois de deferida a recuperação judicial ou mesmo depois de aprovado o plano de recuperação do devedor principal.*

Por isso, afetei o julgamento do tema em destaque à eg. Segunda Seção, nos termos do art. 543-C do CPC, bem como da Resolução n. 8/2008.

Como *amicus curiae*, a Federação Brasileira de Bancos - Febraban - manifestou entendimento segundo o qual é “possível o prosseguimento de ações de cobrança ou execuções ajuizadas em face de devedores solidários ou coobrigados em geral, depois de deferida a recuperação judicial e mesmo depois de aprovado o plano de recuperação do devedor principal, não sendo a obrigação solidária atingida pela novação prevista no art. 59 da Lei n. 11.101/2005” (fl. 412).

Em idêntica direção, manifestou-se o Ministério Público Federal mediante parecer subscrito pelo i. Subprocurador-Geral da República Maurício de Paula Cardoso (fls. 426-436).

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 2. Não há ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, pois o Tribunal *a quo* dirimiu as questões pertinentes ao litígio, afigurando-se dispensável que o órgão julgador examine uma a uma as alegações e os fundamentos expendidos pelas partes. Basta que decline as razões jurídicas que embasaram a decisão, sem necessidade de que se reporte de modo específico a determinados preceitos legais. No caso, o julgamento dos embargos de declaração apenas se revelou contrário aos interesses do recorrente, circunstância que não configura omissão, contradição ou obscuridade.

3. Quanto à questão de fundo, cuida-se de controvérsia bastante conhecida no âmbito desta Corte. Após o deferimento da recuperação judicial e, mais adiante, com a aprovação do plano pela assembleia de credores, surgem discussões acerca da posição a ser assumida por quem, juntamente com a empresa recuperanda, figurou como coobrigado em contratos ou títulos de crédito submetidos à recuperação.

De fato, e como se sabe, a recuperação judicial divide-se, essencialmente, em duas fases: (a) a primeira inicia-se com o deferimento de seu processamento (arts. 6º e 52 da Lei n. 11.101/2005); (b) a segunda com a aprovação do plano pelos credores reunidos em assembleia, seguida da concessão da recuperação por sentença (arts. 57 e 58, *caput*) ou, excepcionalmente, pela concessão forçada da recuperação pelo juiz, nas hipóteses previstas nos incisos do § 1º do art. 58 - *Cram Down*.

Assim, para o desate da controvérsia referente à posição do devedor solidário ou coobrigado em geral, convém separar esses dois momentos, muito embora a solução final seja a mesma.

3.1. Deferimento do processamento da recuperação judicial - arts. 6º, *caput*, e 52, inciso III, da Lei n. 11.101/2005

Apresentado o pedido por empresa que busca o soerguimento, estando em ordem a petição inicial - com a documentação exigida pelo art. 51 da Lei n. 11.101/2005-, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial (art. 52), iniciando-se em seguida a fase de formação do quadro de credores, com apresentação e habilitação dos créditos.

Portanto, uma vez deferido o processamento da recuperação, entre outras providências a serem adotadas pelo magistrado, determina-se a suspensão de todas as ações e execuções, nos termos dos arts. 6º e 52, inciso III, da Lei n. 11.101/2005:

Art. 6º. A decretação da falência ou o **deferimento do processamento** da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em **face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário**.

[...]

Art. 52. Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz **deferirá o processamento** da recuperação judicial e, no mesmo ato:

[...]

III – **ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o devedor**, na forma do art. 6º desta Lei, permanecendo os respectivos autos no juízo onde se processam, ressalvadas as ações previstas nos §§ 1º, 2º e 7º do art. 6º desta Lei e as relativas a créditos excetuados na forma dos §§ 3º e 4º do art. 49 desta Lei;

Em muitos casos analisados por esta Corte, os devedores solidários da obrigação - que tem como devedor principal a empresa recuperanda - indicam a parte final do *caput* do art. 6º como fundamento do pedido de suspensão das ações individuais ajuizadas contra si, invocando a redação que determina a suspensão das ações não apenas contra o devedor principal, mas também “*aquelas dos credores particulares do sócio solidário*”, sendo certo que, em não raras vezes, o devedor solidário é também sócio da pessoa jurídica em recuperação.

A mencionada tese, todavia, se bem analisada, baralha os conceitos de sócio solidário e de devedor solidário e, de fato, não se sustenta.

É que o *caput* do art. 6º da Lei n. 11.101/2005, no que concerne à suspensão das ações por ocasião do deferimento da recuperação, alcança os *sócios solidários*, figuras presentes naqueles tipos societários em que a responsabilidade pessoal dos consorciados não é subsidiária ou limitada às suas respectivas quotas/ações, como é o caso, por exemplo, da sociedade em nome coletivo (art. 1.039 do CC/2002) e da sociedade em comandita simples, no que concerne aos sócios comanditados (art. 1.045 do CC/2002).

A razão de ser da norma que determina, tanto na falência quanto na recuperação judicial, a suspensão das ações dos credores particulares dos sócios solidários repousa no fato de que, na eventualidade de decretação da falência da sociedade, os efeitos da quebra estendem-se àqueles, nos mencionados tipos societários menores, mercê do que dispõe o art. 81 da Lei n. 11.101/2005:

Art. 81. A decisão que decreta a falência da sociedade com sócios ilimitadamente responsáveis também acarreta a falência destes, que ficam sujeitos aos mesmos efeitos jurídicos produzidos em relação à sociedade falida e, por isso, deverão ser citados para apresentar contestação, se assim o desejarem.

Assim, na falência, a *vis attractiva* do Juízo universal determina a suspensão das ações individuais contra o falido (inclusive as ajuizadas contra os sócios solidários), devendo o crédito ser habilitado na execução concursal.

Na recuperação judicial, por sua vez, a crise da empresa revela-se como aquela do próprio sócio ilimitada e solidariamente responsável, devendo este

participar ativamente do processo de soerguimento da sociedade - e dele próprio - sob pena de, futuramente, ser-lhe decretada a falência por extensão da quebra da pessoa jurídica.

Nesse sentido, e por todos, confira-se o magistério de Fábio Ulhoa Coelho:

Quando, por outro lado, se trata de sociedade de tipo menor, é necessário distinguir a situação jurídica do sócio com responsabilidade ilimitada (qualquer um, na sociedade em nome coletivo; comanditado, na sociedade em comandita simples; acionista-diretor, na comandita por ações) da dos que respondem limitadamente (comanditário, na comandita simples e o acionista não diretor, na comandita por ações) pelas obrigações sociais. Na falência, de sociedade de tipo menor, os bens dos sócios de responsabilidade ilimitada são *arrecadados* pelo administrador judicial juntamente com os da sociedade. Estão, assim, sujeitos à mesma constrição judicial do patrimônio da falida (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. volume 3. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 286).

A situação é bem diversa, por outro lado, em relação aos *devedores solidários* ou *coobrigados*. Para eles, a disciplina é exatamente inversa, prevendo a Lei expressamente a preservação de suas obrigações na eventualidade de ser deferida a recuperação judicial do devedor principal.

Nesse sentido é o que dispõe § 1º do art. 49 da Lei:

§ 1º Os credores do devedor em recuperação judicial *conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso*.

Portanto, não há falar em suspensão da execução direcionada a codevedores ou devedores solidários pelo só fato de o devedor principal ser sociedade cuja recuperação foi deferida, pouco importando se o executado é também sócio da recuperanda ou não, uma vez não se tratar de sócio solidário.

Na I Jornada de Direito Comercial realizada pelo CJF/STJ foi aprovado o Enunciado n. 43, com a seguinte redação: “A suspensão das ações e execuções previstas no art. 6º da Lei n. 11.101/2005 não se estende aos coobrigados do devedor”.

3.2. Aprovação do plano de recuperação judicial e a novação dele resultante - art. 59, *caput*, da Lei n. 11.101/2005 e art. 365 do Código Civil

Pelo ângulo agora analisado, a controvérsia situa-se em momento posterior à decisão que defere o processamento da recuperação (arts. 6º, *caput*, e 52 da Lei

n. 11.101/2005). Acomoda-se, precisamente, na segunda fase da recuperação, quando o plano já fora aprovado em assembleia e a recuperação judicial concedida pelo juiz (art. 58 da Lei n. 11.101/2005).

A relevância da questão consiste em que, diferentemente da primeira fase, em que as ações são suspensas, a aprovação do plano opera novação dos créditos e a decisão homologatória constitui, ela própria, novo título executivo judicial, nos termos do que dispõe o art. 59, *caput* e § 1º, da Lei n. 11.101/2005.

Confira-se a redação do preceito legal:

Art. 59. O plano de recuperação judicial implica *novação* dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos, *sem prejuízo das garantias*, observado o disposto no § 1º do art. 50 desta Lei.

§ 1º A decisão judicial que conceder a recuperação judicial constituirá *título executivo judicial*, nos termos do art. 584, inciso III, do *caput* da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

Assim, a prosperar a tese defendida no presente recurso - e em vários outros que aportam a esta Corte -, após a novação da dívida, as execuções intentadas contra a empresa recuperanda e seus garantes deveriam ser extintas, nos termos do que dispõem os arts. 364 e 365 do Código Civil, a respeito da novação comum:

Art. 364. A novação extingue os acessórios e garantias da dívida, sempre que não houver estipulação em contrário. Não aproveitará, contudo, ao credor ressalvar o penhor, a hipoteca ou a anticrese, se os bens dados em garantia pertencerem a terceiro que não foi parte na novação.

Art. 365. Operada a novação entre o credor e um dos devedores solidários, somente sobre os bens do que contrair a nova obrigação subsistem as preferências e garantias do crédito novado. Os outros devedores solidários ficam por esse fato exonerados.

Nessa linha de raciocínio, as garantias somente seriam restabelecidas em caso de futura decretação de falência, por força do art. 61, § 2º da Lei, segundo o qual “[d]ecretada a falência, os credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas, deduzidos os valores eventualmente pagos e ressalvados os atos validamente praticados no âmbito da recuperação judicial”.

Contudo, penso que a argumentação não resiste a uma análise mais detida do sistema recuperacional.

É certo que um dos principais efeitos da novação civil é a extinção dos acessórios e garantias da dívida, como previsto no art. 364 do Código Civil, não obstante a própria lei civil possibilitar a ressalva quanto à manutenção das garantias, com exceção das reais concedidas por terceiros estranhos à novação.

A doutrina civilista confirma que o supramencionado artigo contempla duas grandes regras: “uma, relativa à eficácia extintiva da novação no que diz com os acessórios da dívida original, outra referente à proteção dos bens dados por terceiros em garantia real” (MARTINS-COSTA. Judith. *Comentários ao novo Código civil, volume V, tomo I*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 606).

Com efeito, percebe-se de logo que a novação prevista na lei civil é bem diversa daquela disciplinada na Lei n. 11.101/2005. Se a novação civil faz, como regra, extinguir as garantias da dívida, inclusive as reais prestadas por terceiros estranhos ao pacto (art. 364 do Código Civil), a novação decorrente do plano de recuperação traz, como regra, ao reverso, a manutenção das garantias (art. 59, *caput*, da Lei n. 11.101/2005), as quais só serão suprimidas ou substituídas “mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia”, por ocasião da alienação do bem gravado (art. 50, § 1º).

Por outro lado, a novação específica da recuperação desfaz-se na hipótese de falência, quando então os “credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas” (art. 61, § 2º).

Daí se conclui que o plano de recuperação judicial opera uma novação *sui generis* e sempre sujeita a condição resolutiva, que é o eventual descumprimento do que ficou acertado no plano, circunstância que a diferencia, sobremaneira, daqueloutra, comum, prevista na lei civil.

Nesse sentido, por todos, novamente Fábio Ulhoa dispõe sobre o tema:

As novações, alterações e renegociações realizadas no âmbito da recuperação judicial são sempre condicionais. Quer dizer, valem e são eficazes unicamente na hipótese de o plano de recuperação ser implementado e ter sucesso. Caso se verifique a convalidação da recuperação judicial em falência, os credores retornam, com todos os seus direitos ao *status quo ante*. A substituição de garantia no exemplo acima cogitado se desfaz, e o credor será pago, no processo falimentar, como se não tivesse havido nenhum plano de recuperação da devedora.

De observar também que os credores sujeitos aos efeitos da recuperação judicial conservam intactos seus direitos contra coobrigados, fiadores e obrigados de regresso. Desse modo, o portador de nota promissória firmada pela sociedade empresária em recuperação pode executar o avalista desse título de crédito,

como se não houvesse o benefício. Cabe ao avalista suportar, nessa situação, o sacrifício direto representado pela recuperação judicial do avalisado (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial, volume 3*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 425).

Portanto, muito embora o plano de recuperação judicial opere novação das dívidas a ele submetidas, as garantias reais ou fidejussórias são preservadas, circunstância que possibilita ao credor exercer seus direitos contra terceiros garantidores e impõe a manutenção das ações e execuções aforadas em face de fiadores, avalistas ou coobrigados em geral.

Deveras, não haveria lógica no sistema se a conservação dos direitos e privilégios dos credores contra coobrigados, fiadores e obrigados de regresso (art. 49, § 1º, da Lei n. 11.101/2005) dissesse respeito apenas ao interregno temporal que medeia o deferimento da recuperação e a aprovação do plano, cessando tais direitos após a concessão definitiva com a decisão judicial.

4. Ambas as Turmas de Direito Privado têm entendimento uniforme acerca do tema, seja na primeira fase da recuperação - processamento -, seja na segunda - concessão da recuperação depois de aprovado o plano.

Nos dois casos, entende-se ser descabida a suspensão das ações, em razão do processamento da recuperação, ou extinção, por força da alegada novação operada pelo plano, *verbis*:

Direito Civil e Empresarial. Recuperação judicial. Homologação do plano. Novação *sui generis*. Efeitos sobre terceiros coobrigados. Extinção da execução. Descabimento. Manutenção das garantias. Arts. 49, § 1º e 59, *caput*, da Lei n. 11.101/2005.

1. A novação prevista na lei civil é bem diversa daquela disciplinada na Lei n. 11.101/2005. Se a novação civil faz, como regra, extinguir as garantias da dívida, inclusive as reais prestadas por terceiros estranhos ao pacto (art. 364 do Código Civil), a novação decorrente do plano de recuperação traz como regra, ao reverso, a manutenção das garantias (art. 59, *caput*, da Lei n. 11.101/2005), sobretudo as reais, as quais só serão suprimidas ou substituídas "mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia", por ocasião da alienação do bem gravado (art. 50, § 1º). Assim, o plano de recuperação judicial opera uma novação *sui generis* e sempre sujeita a uma condição resolutiva, que é o eventual descumprimento do que ficou acertado no plano (art. 61, § 2º, da Lei n. 11.101/2005).

2. Portanto, muito embora o plano de recuperação judicial opere novação das dívidas a ele submetidas, as garantias reais ou fidejussórias, de regra, são

preservadas, circunstância que possibilita ao credor exercer seus direitos contra terceiros garantidores e impõe a manutenção das ações e execuções aforadas em face de fiadores, avalistas ou coobrigados em geral.

3. Deveras, não haveria lógica no sistema se a conservação dos direitos e privilégios dos credores contra coobrigados, fiadores e obrigados de regresso (art. 49, § 1º, da Lei n. 11.101/2005) dissesse respeito apenas ao interregno temporal que medeia o deferimento da recuperação e a aprovação do plano, cessando tais direitos após a concessão definitiva com a homologação judicial.

4. Recurso especial não provido.

(REsp n. 1.326.888-RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 8.4.2014, DJe 5.5.2014)

Direito Empresarial e Processual Civil. Recurso especial. Execução ajuizada em face de sócio-avalista de pessoa jurídica em recuperação judicial. Suspensão da ação. Impossibilidade. Penhora via Bacen-Jud. Esgotamento dos meios aptos a garantir a execução. Desnecessidade.

1. O *caput* do art. 6º da Lei n. 11.101/2005, no que concerne à suspensão das ações por ocasião do deferimento da recuperação, alcança apenas os sócios solidários, presentes naqueles tipos societários em que a responsabilidade pessoal dos consorciados não é limitada às suas respectivas quotas/ações.

2. Não se suspendem, porém, as execuções individuais direcionadas aos avalistas de título cujo devedor principal é sociedade em recuperação judicial, pois diferente é a situação do devedor solidário, na forma do § 1º do art. 49 da referida Lei. De fato, “[a] suspensão das ações e execuções previstas no art. 6º da Lei n. 11.101/2005 não se estende aos coobrigados do devedor” (Enunciado n. 43 da I Jornada de Direito Comercial C/JF/STJ).

[...]

(REsp n. 1.269.703-MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 13.11.2012, DJe 30.11.2012)

Agravo regimental no recurso especial. Recuperação judicial. Novação. Condição resolutiva. Suspensão. Não cabimento.

1. A novação operada pelo plano de recuperação fica sujeita a condição resolutiva, nos termos do art. 61 da Lei n. 11.101/2005.

2. Não se suspendem as execuções individuais direcionadas aos avalistas de título cujo devedor principal é sociedade em recuperação judicial.

[...]

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 1.334.284-MT, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 2.9.2014, DJe 15.9.2014)

Agravo regimental em recurso especial. Deferimento de recuperação judicial à empresa co-executada. Execução individual do avalista. Suspensão. Não cabimento. Autonomia das obrigações assumidas no título de crédito exequendo.

1.- Conforme o disposto art. 6º da Lei n. 11.101/2005, o deferimento de recuperação judicial à empresa co-executada não tem o condão de suspender a execução em relação a seus avalistas, a exceção do sócio com responsabilidade ilimitada e solidária.

2.- O Aval é ato dotado de autonomia substancial em que se garante o pagamento do título de crédito em favor do devedor principal ou de um co-obrigado, isto é, é uma garantia autônoma e solidária. Assim, não sendo possível o credor exercer seu direito contra o avalizado, no caso a empresa em recuperação judicial, tal fato não compromete a obrigação do avalista, que subsiste integralmente.

3.- As deliberações constantes do plano de recuperação judicial, ainda que aprovados por sentença transitada em julgado, não podem afastar as consequências decorrentes das disposições legais, no caso, o art. 49, § 1º, da Lei n. 11.101/2005, o qual prevê que “os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso”.

4.- Agravo Regimental improvido.

(AgRg nos EDcl no REsp n. 1.280.036-SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 20.8.2013, DJe 5.9.2013)

Processual Civil. Agravo no recurso especial. Ação de execução judicial hipotecária. Exceção de pré-executividade. Recuperação judicial. Deferimento. Empresa co-executada. Pedido de suspensão da execução em relação aos avalistas. Impossibilidade. Obrigação cambiária autônoma.

- O deferimento do pedido de processamento de recuperação judicial à empresa co-executada não autoriza a suspensão da execução em relação a seus avalistas, por força da autonomia da obrigação cambiária.

- Agravo no recurso especial não provido.

(AgRg no REsp n. 1.378.984-RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 6.8.2013, DJe 19.8.2013)

Processual Civil. Agravo regimental no recurso especial. Aplicação do art. 557, § 1º, do CPC. Cabimento. Recuperação judicial. Art. 6, *caput*, da Lei n. 11.101/2005. Execução contra coobrigados, fiadores e obrigados de regresso. Possibilidade. Recurso desprovido.

[...]

2. A suspensão prevista no art. 6º, *caput*, da Lei n. 11.101/2005 atinge somente a empresa devedora em regime de falência, recuperação judicial ou liquidação

extrajudicial, não impedindo o curso das execuções contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso (art. 49, § 1º, da citada lei), com ressalva dos sócios com responsabilidade ilimitada e solidária.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 1.191.297-RJ, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 25.6.2013, DJe 1º.7.2013)

Agravo regimental. Agravo. Recurso especial. Recuperação judicial. Dívida particular do sócio. Artigo 6º, da Lei n. 11.101/2005. Não provimento.

1. Tratando-se de dívida particular do sócio não solidário das obrigações da sociedade, não há suspensão em razão da recuperação judicial desta.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp n. 305.907-RS, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 18.6.2013, DJe 28.6.2013)

Embargos de divergência em agravo de instrumento. Deferimento de recuperação judicial à empresa co-executada. Execução individual. Suspensão. Não cabimento. Autonomia das obrigações assumidas no título de crédito exequendo. Acolhimento.

1.- Conforme o disposto art. 6º da Lei n. 11.101/2005, o deferimento de recuperação judicial à empresa co-executada não tem o condão de suspender a execução em relação a seus avalistas, a exceção do sócio com responsabilidade ilimitada e solidária.

2.- Os credores sujeitos aos efeitos da recuperação judicial conservam intactos seus direitos e, por lógica, podem executar o avalista desse título de crédito (REsp n. 1.095.352-SP, Rel. Min. *Massami Uyeda*, DJe 3.2.2011).

3.- O Aval é ato dotado de autonomia substancial em que se garante o pagamento do título de crédito em favor do devedor principal ou de um co-obrigado, isto é, é uma garantia autônoma e solidária. Assim, não sendo possível o credor exercer seu direito contra o avalizado, no caso a empresa em recuperação judicial, tal fato não compromete a obrigação do avalista, que subsiste integralmente.

4.- Embargos de Divergência acolhidos.

(EAg n. 1.179.654-SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Segunda Seção, julgado em 28.3.2012, DJe 13.4.2012)

A título de exemplo, na mesma linha são as seguintes decisões monocráticas: AREsp n. 569.220-SP, Relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva e AREsp n. 280.395-SP, Relator Min. Marco Buzzi.

5. Ressalte-se, por oportuno, que o entendimento abraçado de forma unânime nas Turmas de Direito Privado vale para todas as formas de garantia prestadas por terceiro, sejam elas cambiais, reais ou fidejussórias.

No que se refere ao aval, que é o caso ora em exame, a conclusão é reforçada tendo em vista a natureza da obrigação. Sabe-se que o aval - diferentemente da fiança, por exemplo - é obrigação cambiária que não guarda relação de dependência estrita com a obrigação principal assumida pelo avalizado, subsistindo até mesmo quando a última for nula, conforme o magistério de abalizada doutrina:

O aval é obrigação formal, independente e autônoma, surgindo com a simples oposição da assinatura ao título, tornando inadmissível ao avalista arguir falta de causa, opondo defesa de natureza pessoal, só admissível ao aceitante.

“Uma vez que a obrigação do avalista é equiparada à do avalizado, está claro que não é a mesma que esta, mas outra diferente na sua essência, embora idêntica nos seus efeitos. Em virtude desta dupla situação, por um lado, a falsidade, a inexistência ou a nulidade da obrigação do avalizado não afeta a obrigação do avalista, não aproveitando a este nenhuma das defesas pessoais, diretas ou indiretas, que àquele possa legitimamente competir”, diz José Maria Whitaker.

Daí afirmar Carvalho de Mendonça que o aval é obrigação cambial assumida diretamente pelo avalista, a este não sendo lícito opor ao credor que o acionar quaisquer exceções pessoais àquele, a favor de quem deu o aval ou ainda a nulidade da obrigação do avalizado” (ALMEIDA, Amador Paes de. *Teoria e prática dos títulos de crédito*. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 61)

Portanto, dada a autonomia da obrigação resultante do aval, com mais razão o credor pode perseguir seu crédito contra o avalista, independentemente de o devedor avalizado se encontrar em recuperação judicial.

Em se tratando de aval, a jurisprudência segue também esse exato entendimento: *v.g.* AgRg no REsp n. 1.334.284-MT, Rel. Ministro *Paulo de Tarso Sanseverino*, *Terceira Turma*, julgado em 2.9.2014, DJe 15.9.2014; AgRg na MC n. 20.103-SP, Rel. Ministro *Marco Buzzi*, *Quarta Turma*, julgado em 21.8.2014, DJe 8.9.2014; AgRg no AREsp n. 276.695-SP, Rel. Ministro *Ricardo Villas Bôas Cueva*, *Terceira Turma*, julgado em 18.2.2014, DJe 28.2.2014; AgRg no AREsp n. 96.501-RS, Rel. Ministro *João Otávio de Noronha*, *Terceira Turma*, julgado em 6.8.2013, DJe 20.8.2013; AgRg no AREsp n. 133.109-SP, Rel. Ministro *Antonio Carlos Ferreira*, *Quarta Turma*, julgado em 5.2.2013, DJe 18.2.2013.

6. Portanto, para efeito do art. 543-C do CPC, encaminho a seguinte tese:

“A recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das execuções nem induz suspensão ou extinção de ações ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória, pois não se lhes aplicam a suspensão prevista nos arts. 6º, caput, e 52, inciso III, ou a novação a que se refere o art. 59, caput, por força do que dispõe o art. 49, § 1º, todos da Lei n. 11.101/2005”.

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

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: Presidente, apenas faço um destaque: antes da sessão, fizemos uma reunião do Nurer. Esse processo repetitivo foi afetado em 05 de setembro de 2014. Então, em dois meses e meio, com toda a tramitação especial do repetitivo, já está em julgamento.

Em relação ao processo, também tenho precedentes na mesma linha. Acompanho o voto do Ministro Relator.

Apenas na questão da redação, pessoalmente ficaria com a redação sugerida pelo eminente Ministro Relator. Não vejo dificuldades. Apenas sugiro que depois façamos a edição de uma súmula, porque também facilita na publicidade da tese debatida.

Nego provimento ao recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 1.354.693-SP (2012/0232164-8)

Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti

Relator para o acórdão: Ministro Antonio Carlos Ferreira

Recorrente: A O M de C e outro

Advogados: Carlos Roberto Fornes Mateucci

Maise Gerbasi Morelli e outro(s)

Recorrido: S E A H

Advogado: Helena Frascino de Mingo

Advogada: Maria Sandra Bruni Fruet Chohfi e outro(s)

EMENTA

Civil. Ação ordinária. Reconhecimento e dissolução de união estável. Celebração de acordo com fixação de alimentos em favor da ex-companheira. Homologação. Posterior falecimento do alimentante. Extinção da obrigação personalíssima de prestar alimentos. Impossibilidade de transmissão ao espólio.

1. Observado que os alimentos pagos pelo *de cujus* à recorrida, ex-companheira, decorrem de acordo celebrado no momento do encerramento da união estável, a referida obrigação, de natureza personalíssima, extingue-se com o óbito do alimentante, cabendo ao espólio recolher, tão somente, eventuais débitos não quitados pelo devedor quando em vida. Fica ressalvada a irrepetibilidade das importâncias percebidas pela alimentada. Por maioria.

2. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Raul Araújo acompanhando a divergência, a Seção, por maioria, deu provimento ao recurso especial, para reconhecer que a obrigação de alimentos extingue-se com o óbito do alimentante, sendo ônus do espólio pagar apenas eventual débito alimentar não quitado pelo *de cujus*, ressalvando-se a irrepetibilidade dos valores já percebidos pela recorrida, nos termos do voto da Sra. Ministra Nancy Andrighi, que iniciou a divergência.

Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira. Votaram com a Sra. Ministra Nancy Andrighi (voto-vencedor), em sessão anterior, os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi e, nesta assentada, os Srs. Ministros Raul Araújo e Paulo de Tarso Sanseverino.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro (art. 162, § 2º, RISTJ).

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.
Brasília (DF), 26 de novembro de 2014 (data do julgamento).
Ministro Antonio Carlos Ferreira, Relator

DJe 20.2.2015

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Trata-se de recurso especial interposto por A.O.M.C e outra, com base nas alíneas **a** e **c**, do art. 105, da Constituição, contra acórdão proferido pela 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo que, com base no art. 1.700 do Código Civil de 2002, considerou que, falecido o devedor de pensão alimentícia fixada em favor de sua ex-companheira por sentença transitada em julgado, a obrigação transmite-se ao espólio e o pagamento deve ter continuidade até o trânsito em julgado da sentença de partilha, circunstância que delimitará a extinção da obrigação. Após o que restará à alimentada “requerer, se for o caso, os alimentos dos parentes próximos [seus, evidentemente, não parentes do *de cuius*] nos termos dos artigos 1.696 a 1.698, do Código Civil”.

Alegam as recorrentes (herdeiras do falecido alimentante) violação aos art. 535 do CPC, sob o argumento de que o acórdão recorrido não esclareceu o termo final da obrigação alimentar, a despeito da oposição de embargos de declaração; 1.694, 1.696, 1.697 e 1.700, do Código Civil de 2002; e 23 da Lei n. 6.515/1977, que, segunde entendem, estabelecem a transmissão de obrigação alimentar, exclusivamente, em relação às prestações vencidas antes do óbito do devedor principal, conforme orientação da 3ª Turma deste Tribunal no julgamento do REsp n. 62.112-SC PR e entendimento do TJMG sobre o tema. Em reforço, argumentam que os filhos da recorrida são bem sucedidos profissionalmente, cabendo a eles, e não às recorrentes, filhas de seu falecido ex-companheiro, alimentá-la.

Contrarrrazões, nas quais argumenta a recorrida que já levantou as quantias depositadas até o termo da partilha feita por inventário extrajudicial, valores estes irrepetíveis, o que ocasiona a perda de interesse em recorrer. No mérito, sustenta a transmissibilidade da obrigação alimentar ao espólio, com base no art. 1.700 do Código Civil de 2002 (e-STJ fs. 1.031-1.045). Pede o não conhecimento ou o não provimento do recurso especial.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo conhecimento e não provimento do recurso especial (fls. 1.096-1.100).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti (Relatora): Anoto, inicialmente, que S.E.A.H., ora recorrida, ajuizou ação de alimentos contra A.J.C.J., convertida em ação de reconhecimento e dissolução de união estável c/c partilha de bens e fixação de alimentos, decidida por sentença homologatória de acordo celebrado entre as partes (fls. 616-619), transitada em julgado no dia 16.4.2004 (fl. 620), na qual foram estabelecidos alimentos no valor de R\$ 3.000,00 a serem suportados pelo réu, corrigidos anualmente segundo a variação do IGPM e descontados das parcelas do contrato de parceria agrícola de que era beneficiário o falecido alimentante.

Mediante a petição de fls. 647-649, protocolada em 13.6.2008, as ora recorrentes, na condição de filhas e herdeiras do alimentante, comunicaram o seu falecimento ocorrido no dia 23 de maio do mesmo ano, motivo pelo qual requereram a imediata suspensão dos referidos descontos, sob o argumento de que a obrigação fora extinta em razão de sua natureza personalíssima, circunstância que, segundo afirmaram, também impediria a sua transmissão, salvo em relação às eventuais prestações vencidas.

A Juíza de Direito da 9ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de São Paulo - Foro Central Cível, em caráter liminar, acolheu o pleito apenas para autorizar o depósito judicial da pensão alimentícia (fl. 647), mas, posteriormente, autorizou a suspensão do pagamento dos alimentos por considerar que a regra da transmissibilidade da obrigação do dever alimentar prevista no art. 1.700 do Código Civil de 2002 não incide de forma automática, podendo a credora ajuizar nova ação na qual os requisitos de necessidade e possibilidade deverão ser apurados com base nos rendimentos do espólio, hipótese em que a obrigação será extinta com a partilha dos bens do falecido (fls. 695 e 764).

Interpostos agravos de instrumento por ambas as partes, a decisão foi parcialmente reformada, determinando o TJSP que, morto o devedor principal, a obrigação alimentar a ele imposta transmite-se de imediato ao espólio, no mesmo valor, devendo o pagamento ter continuidade até o trânsito em julgado da sentença de partilha, extinguindo-se a obrigação com o término do inventário.

Argumentam as recorrentes que a transmissão de obrigação alimentar prevista nos arts. 1.700 do CC/2002 e 23 da Lei n. 6.515/1977 aplica-se, exclusivamente, às prestações vencidas antes do óbito do devedor, conforme orientação da 3ª Turma deste Tribunal no julgamento do REsp n. 62.112-SC PR e entendimento do TJMG sobre o tema, hipótese que não se verifica, no caso presente.

O recurso especial tem por objeto, portanto, a transmissibilidade da obrigação de prestar alimentos ao espólio ou aos herdeiros do devedor, tema que passo a examinar a seguir.

I

Afasto a preliminar de perda de interesse de recorrer suscitada nas contrarrazões.

Com efeito, as recorrentes insurgem-se contra a subsistência da obrigação alimentar após o óbito do alimentante. Se os valores depositados foram levantados e se, em caso de provimento do recurso especial, caberia ou não sua devolução, é matéria de mérito.

II

Sem razão as recorrentes em relação à violação ao art. 535 do CPC. E isso porque foi claramente determinada a continuidade do pagamento da pensão alimentícia, pelo espólio, até o trânsito em julgado da sentença de partilha, período em que poderá ser ajuizada ação revisional, desde que alterados os requisitos para a fixação dos alimentos, como se observa na seguintes passagens do voto condutor do acórdão recorrido (fl. 925):

Meu voto improvê o recurso das filhas Andréa e Helena, dá provimento ao da ex-companheira Sônia; para que possa continuar a receber diretamente da fonte pagadora o pensionamento que sempre lhe foi disponibilizado, até o óbito do alimentante. A perdurar até o término do inventário respectivo.

E do voto condutor dos embargos de declaração opostos pelas ora recorrentes (fls. 944-945):

O acórdão embargado se limitou a confirmar a decisão agravada. Esta, como assinalado a fl. 904 (item 3), enfatizando “a subsistência do dever alimentar mesmo após o óbito”; a teor da regra do artigo 1.700 do atual Código Civil. A

ser solvido mediante as forças do espólio, até a partilha (item cit.). Facultada a via revisional - até a partilha, evidentemente - em, antes da divisão do acervo, havendo modificação nas condições econômicas (fl. cit., “em obediência às condições pessoais das herdeiras e do patrimônio da alimentanda”) de credor e devedor. Óbvio, portanto, em atenção ao que se colocou no item 5 de fl. 916 - para entender, basta saber ler -, que eventual alteração no valor alimentar (fruto de revisional) valeria até o momento da divisão do acervo entre os herdeiros. Ganhando repercussão significativa, portanto, apenas se esta tardar o inventário permanecer indefinidamente em aberto.

Não existe, pois, ofensa ao art. 535 do CPC.

III

O princípio tradicional e absoluto da intransmissibilidade da obrigação alimentar, corolário da qualidade personalíssima da obrigação, positivado no art. 402 do Código Civil de 1916, foi fortemente mitigado pelo art. 23 da denominada “Lei do Divórcio” (Lei n. 6.515/1977).

Rolf Madaleno, em seu “Curso de direito de família”, reportando-se a escrito de Sergio Gischkow Pereira, sumaria a perplexidade causada pela inovação, e as correntes doutrinárias que buscaram definir seu alcance:

À luz das mudanças na transmissão da obrigação alimentar colacionadas pela Lei n. 6.515/1977, escrevera Sergio Gischkow Pereira, se estar ingressando em *terreno tormentoso e nebuloso*, tendo se edificado quatro correntes de opinião: pela *primeira* corrente a transmissão da obrigação alimentar passaria pura e simplesmente aos herdeiros do alimentante. Uma *segunda* vertente doutrinária entendia ser transmissível apenas o débito existente ao tempo do falecimento do devedor de alimentos. A *terceira* corrente defendia que a dívida alimentar era limitada às forças da herança, e destinada a atender qualquer classe de credores, e se o alimentário também fosse herdeiro do sucedido, o seu crédito alimentar deveria ser subtraído do seu quinhão hereditário. Para Sergio Gischkow Pereira, uma vez terminada a partilha desapareceria a obrigação alimentar dos herdeiros porque eles não podiam ser compelidos a reservarem partes de seus quinhões para atender às demandas de alimentos.

Uma *quarta* versão entendia ser transmissível somente a obrigação alimentar devida de um cônjuge para o outro, porque a Lei do Divórcio só podia tratar dos direitos dos consortes. (Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 643).

Com o art. 1.700 do novo Código, *inverteu-se* a regra geral: caiu o dogma da intransmissibilidade da obrigação de prestar alimentos aos herdeiros do devedor

e passou a ser expresso em lei exatamente o contrário: a transmissibilidade aos herdeiros da obrigação de prestar alimentos.

A nova regra (transmissibilidade) aplica-se hoje à generalidade das hipóteses de obrigação legal de prestar alimentos entre cônjuges, companheiros e parentes, não sendo mais pertinente a tese de que incidiria apenas no caso de pensões estabelecidas por ocasião da ruptura do vínculo conjugal como argumentava parte da doutrina com base no art. 23 da Lei do Divórcio.

Quanto às demais correntes, rejeito a tese de que a transmissibilidade somente atingiria as obrigações vencidas quando da morte do devedor, conclusão que tornaria o antigo art. 23 da Lei do Divórcio e o atual 1.700 do Código Civil de 2002 absolutamente inócuos. Com efeito, as prestações vencidas são dívidas da herança, cobradas na forma do direito sucessório, como quaisquer outras.

Igualmente, não me filio ao entendimento de que a obrigação alimentar se transmita pura e simplesmente aos herdeiros, pessoalmente identificados. Fosse assim, não se justificaria a remissão feita pelo art. 1.700 ao art. 1.694, segundo o qual os alimentos devem ser fixados “na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.” Ora, as possibilidades do herdeiro em face das necessidades do alimentado pelo falecido não guardarão, necessariamente, a mesma proporção. A prestação alimentícia fora fixada tendo em vista as possibilidades do falecido, vale dizer, não apenas o seu patrimônio, mas também a remuneração auferida com seu trabalho, naturalmente extinta.

O Ministro Luís Felipe Salomão, em elucidativo voto no Recurso Especial n. 864.043-RS, cujo julgamento não foi concluído em razão da perda superveniente de objeto do recurso, após descrever a doutrina e os precedentes do STJ sobre o tema, acolheu a solução de que a transmissibilidade a que alude o art. 1.700 do Código Civil de 2002 diz respeito a “obrigações pré-constituídas pelo *de cuius*, devendo ser vista como encargos da herança, não como obrigações transmitidas pessoalmente aos herdeiros por *causa mortis*”. Assim incluídas também aquelas que se vencerem depois da morte, “desde que haja título constitutivo dessa obrigação em data pretérita”. Acentuou que “não se vislumbra o propósito legislativo de onerar pessoalmente os herdeiros do falecido com obrigação contraída pelo *de cuius*, mas, antes, de onerar simplesmente a herança com a obrigação alimentar pré-constituída por ocasião do óbito, obrigação essa que, dada sua dignidade, por vezes, deve mesmo prevalecer em relação aos direitos sucessórios.”

A existência de decisão judicial impositiva da obrigação alimentar, proferida em data anterior ao falecimento do alimentante, já fora adotada como requisito

para a transmissão da obrigação ao herdeiro, no Recurso Especial n. 509.801-SP, relator o Ministro Aldir Passarinho Junior, DJe 11.11.2010, acórdão no qual interpretado o art. 23 da Lei n. 6.515/1977. No citado precedente, cuidava-se de ação de alimentos intentada contra o ex-companheiro em vida, tendo-se decidido pela impossibilidade do prosseguimento da ação contra o espólio.

Posteriormente, a 4ª Turma, no julgamento do REsp n. 1.130.742-DF - no qual se examinou caso em que a ação de alimentos fora ajuizada contra o espólio, após, portanto, o falecimento do alimentante -, proferiu o seguinte acórdão, sob a relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão:

Ação de alimentos. Recurso especial. Exame de matéria constitucional. Inviabilidade. Omissão. Inexistência. Ação de alimentos proposta por menor, em face do espólio de seu genitor. Inexistência de acordo ou sentença fixando alimentos por ocasião do falecimento do autor da herança. Ilegitimidade passiva do espólio.

1. Embora seja dever de todo magistrado velar a Constituição Federal, para que se evite supressão de competência do egrégio STF, não se admite apreciação, em sede de recurso especial, de matéria constitucional.

2. Os alimentos ostentam caráter personalíssimo, por isso, no que tange à obrigação alimentar, não há falar em transmissão do dever jurídico (em abstrato) de prestá-los.

3. Assim, embora a jurisprudência desta Corte Superior admita, nos termos do artigo 23 da Lei do Divórcio e 1.700 do Código Civil, que, caso exista obrigação alimentar preestabelecida por acordo ou sentença - por ocasião do falecimento do autor da herança -, possa ser ajuizada ação de alimentos em face do Espólio, de modo que o alimentando não fique à mercê do encerramento do inventário para que perceba as verbas alimentares, não há cogitar em transmissão do dever jurídico de prestar alimentos, em razão do seu caráter personalíssimo e, portanto, intransmissível. Precedentes.

4. De todo modo, em sendo o autor da herança servidor público ou militar, no que tange à verba alimentar superveniente ao óbito, o procedimento adequado para o recebimento, por seu dependente, consiste no requerimento administrativo de pensão ao órgão pagador do *de cuius*.

5. Recurso especial não provido.

(DJ 17.12.2012)

Esse entendimento foi corroborado no julgamento do REsp n. 1.337.862-SP, acórdão pendente de publicação, ao qual aderi, embora com fundamentação diferente, conforme se depreenderá dos tópicos seguintes.

Para examinar os fundamentos de ofensa aos artigos 1.694, 1.696, 1.697 e 1.700, do Código Civil de 2002; e 23 da Lei n. 6.515/1977, bem assim de dissídio jurisprudencial, que tratam da questão relativa à transmissão da obrigação alimentar decorrente do falecimento do devedor, considero pertinente distinguir o tratamento que deve ser dispensado, de um lado às prestações vencidas no período entre a citação na ação de alimentos e a morte do alimentante e, de outro, às prestações posteriores ao óbito (caso dos autos).

Prestações anteriores ao óbito

Entendo que a obrigação alimentar é preexistente à sentença que a estabelece, não sendo, ao meu sentir, a existência ou não de sentença condenatória anterior ao óbito do alimentante o critério norteador da transmissibilidade da obrigação alimentar estatuída no art. 1.700 do Código de 2002.

Considero que o dever jurídico, e consequentemente a obrigação, existem desde que presentes (1) o vínculo conjugal ou de parentesco, (2) a possibilidade do alimentante e (3) a necessidade do alimentado. Esta necessidade, se não é suprida espontaneamente pelo obrigado (conduta que é a regra nas relações familiares não litigiosas), se manifesta no momento em que o credor dos alimentos os reclama em juízo, motivo pelo qual a lei dispõe que a eficácia da sentença condenatória retroage à data da citação.

A propósito da natureza da sentença que impõe obrigação alimentar e do termo inicial dos alimentos, é elucidativa a lição de YUSSEF SAID CAHALI:

“A fixação do momento a partir do qual é devida a pensão alimentícia vincula-se à natureza da sentença na ação de alimentos.

Anota Pelissier que, enquanto o estado de necessidade não se faz sentir, a solidariedade familiar permanece em estado latente; nenhum auxílio é fornecido, de vez que não é necessário; mas esta ausência de prestações não deve levar à conclusão de um *nada jurídico* antes da superveniência da necessidade: o liame de solidariedade existe sempre, haja ou não estado de necessidade; ele dá nascimento, por si mesmo, a uma vocação aos alimentos que toma o aspecto de um *direito eventual*; o direito à obtenção de alimentos apresenta todos os característicos de um direito eventual, para que possa aí haver direito individual, é necessário desde logo que a situação jurídica se realize progressivamente; é necessário que os elementos geradores do direito definitivo sejam reunidos sucessivamente, de sorte que este direito possa ser encarado em um tempo, como futuro; esta situação se apresenta na obrigação alimentar, pois *os elementos do direito aos alimentos apresentam-se em etapas sucessivas; assim, desde logo, o liame*

familiar, e em seguida, mais ou menos ocasionalmente, o estado de necessidade do credor e a condição de fortuna do devedor. Sustenta, daí, o princípio da transformação automática da vocação alimentar em direito exigível; a exigibilidade dos alimentos resulta do só fato das necessidades do credor e dos recursos do devedor; o juiz se limita, quando instado, a constatar a existência desse direito; ele não o cria; sentença apenas sanciona a exigibilidade do direito alimentar, sem o estabelecer, e sob esse aspecto o julgamento seria declaratório e não constitutivo do direito.

Daí concluir: o direito alimentar, tornando-se exigível do só fato das necessidades do credor e dos recursos do devedor, o crédito alimentar começa a correr do dia em que essas circunstâncias de fato se encontram verificadas; é por esta razão que, em caso de ação em juízo, o crédito alimentar corre do dia do ajuizamento do pedido.

*Essa eficácia da sentença nos limites assim enunciados confirma o acerto da lição de Chiovenda, no sentido de qualificá-la como **dispositiva**, conforme foi visto anteriormente (n. 15 e nota 196).*

Diana Amato refere-se que a retroação do benefício ao momento da ação se ajusta melhor à natureza declarativa da sentença do que à sua constitutividade; mas procura conciliar a natureza constitutiva e a eficácia retroativa da sentença, qualificando esta eficácia relativa como vontade da lei a respeito da oportunidade de fazer valer a nova situação também para o passado.

E a vontade da nova lei assim se manifesta no direito brasileiro, sendo expresso o art. 13, § 2º, da Lei n. 5.478/1968, no sentido de que “em qualquer caso, os alimentos fixados retroagem à data da citação”, o que é confirmado pela jurisprudência.

Consagrou-se, assim, o entendimento consubstanciado na Súmula n. 226, do STF: “Na ação de desquite, os alimentos são devidos desde a inicial e não da data da decisão que os concede”, o que se estendia às ações de alimentos, considerando-se que “a sentença que concede alimentos tem efeitos *ex tunc*, como ensina Savigny (Traité, 6º, § 244), e com isso não se estará concedendo alimentos pretéritos, pois como tal só podem ser considerados aqueles anteriores à inicial da ação.

A regra aplica-se igualmente em matéria de alimentos oferecidos do art. 24 da Lei n. 5.478/1968.”

(CAHALI, Yussef Said. Dos Alimentos. 2ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, fls. 639-641, grifos não constantes do original).

Reconhecida por sentença a obrigação alimentar, a sua eficácia, por força do art. 13, § 2º, da Lei n. 5.478/1968 e da Súmula n. 277-STJ, retroage a partir da citação.

As necessidades do alimentado reconhecidas pela sentença existem desde o ajuizamento da ação ainda em vida do falecido. Se é certo que o necessitado

sobreviveu durante os longos anos de tramitação da causa à custa de privações, compaixão alheia, favores de pessoas desobrigadas e/ou empréstimos, serviria de estímulo, à postergação do final do litígio, solução diversa da consagrada pela lei, pela doutrina e pela jurisprudência sumulada.

Observo que as parcelas vencidas antes do óbito são dívidas do falecido, da mesma forma que as demais dívidas patrimoniais de qualquer natureza, respondendo por elas o acervo hereditário. Não se cuida, aqui, de transmissão da obrigação alimentar aos herdeiros (vedada pelo art. 402 do Código Civil revogado e estabelecida como regra pelo art. 1.700 do Código vigente), mas do pagamento das dívidas do falecido dentro das forças da herança, independentemente da qualidade de herdeiro ou não do beneficiário dos alimentos vencidos. É exatamente em razão de estas prestações anteriores ao óbito constituírem dívidas do acervo hereditário, que não se sustenta a tese de que a transmissão a que alude o art. 1.700 do Código Civil seria apenas das parcelas vencidas até a data do falecimento, sob pena de tornar o dispositivo inteiramente inútil.

Prestações posteriores ao óbito

Passo a examinar a questão referente ao pagamento das parcelas vincendas quando do óbito.

Dispõe o art. 1.700:

A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.694.

E o art. 1.694, ao qual o art. 1.700 faz expressa remissão:

Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§º 1º. Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

§º 2º. Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

Em primeiro lugar, cumpre distinguir a pessoa dos herdeiros, a que se refere a regra do art. 1.700, da figura do espólio.

O espólio não tem personalidade jurídica própria, embora tenha capacidade de estar em juízo representado pelo inventariante (CPC, art. 12, V). O espólio responde por obrigações assumidas em vida pelo falecido, qualquer que seja sua origem, contratual ou legal. Após a morte, não mais pode ser contraída, em nome do falecido (ou do espólio), nova obrigação derivada de fato ou situação surgida depois do óbito. Trata-se de universalidade de bens e obrigações, de titularidade do falecido, a qual tem por termo a partilha. O espólio substitui o falecido nas ações em curso quando do óbito (CPC, art. 43). Após a partilha, eventuais obrigações do falecido serão de responsabilidade dos herdeiros, nas forças da herança e dentro das proporções dos respectivos quinhões hereditários (Código Civil de 2002, arts. 1.792 e 1.997).

O art. 1.700 não determina a transmissão da obrigação alimentar do falecido para o espólio. A obrigação transmite-se aos herdeiros, nas forças da herança (art. 1.792 do Código Civil e Enunciado n. 343 do CEJ).

Como já exposto, afasto, de plano, a interpretação de que os herdeiros ficariam automaticamente responsáveis pela continuidade da pensão alimentícia (prestações posteriores ao óbito) à qual o autor da herança estava obrigado.

E isso porque o art. 1.700 remete ao art. 1.694, cujo § 1º estabelece que os alimentos devem ser fixados de acordo com as necessidades de quem os reclama e as possibilidades de quem é obrigado ao encargo. A verba alimentar foi estabelecida de acordo com as possibilidades do então alimentante, autor da herança, tendo em vista não só o seu patrimônio, mas também seus ganhos mensais. Quando do estabelecimento da pensão, obviamente não foram levadas em conta as possibilidades de cada um de seus futuros herdeiros, considerado o seu eventual quinhão hereditário. Explico: a condição de herdeiro, considerado o valor e o rendimento dos bens integrantes de seu quinhão, pode eventualmente não permitir tenha o herdeiro condições de, sem prejudicar a própria subsistência, adimplir com a prestação fixada para ser paga pelo falecido. O herdeiro pode não ter condições de trabalhar; o falecido, ao revés, pode ter deixado pequeno acervo hereditário (apenas o imóvel de residência da família, por exemplo), mas ter possuído ótima remuneração no mercado de trabalho, extinta, naturalmente, com o óbito.

Assim, a transmissão automática, pura e simples, do encargo mensal para os herdeiros tornaria sem sentido a remissão feita pelo art. 1.700 ao art. 1.694, segundo o qual os alimentos são devidos de acordo com as necessidades do reclamante e as possibilidades do obrigado.

Por outro lado, a circunstância de não haver a transferência automática, pura e simples, da obrigação de pagar a pensão devida pelo falecido não autoriza, a meu sentir, com a devida vênia dos precedentes em sentido contrário (REsp n. 775.180-MT, 4ª Turma, relator o Ministro João Otávio de Noronha, DJ 2.2.2010 e AgRg REsp n. 981.180-RS, 3ª Turma, relator o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJ 15.12.2010), a interpretação de que o art. 1.700 não determine a transmissão aos herdeiros do dever legal (e, conseqüentemente, da obrigação correspondente) de prestar alimentos àqueles a quem o falecido os devia, naturalmente dentro das forças da herança.

A obrigação alimentar visa a atender finalidades de ordem pública e social, não devendo ser diminuída em sua dignidade, anular-se, perder expressão, em benefício do caráter meramente patrimonial e privado do direito sucessório, diante da atual redação do art. 1.700 do Código Civil.

Eloquente crítica a propósito da interpretação restritiva que parte da doutrina e precedentes do STJ conferem ao art. 1.700 é feita por Walsir Edson Rodrigues Júnior:

São pacíficos os entendimentos doutrinário e jurisprudencial a respeito da possibilidade de estipulação de legados de alimentos (art. 1.920 do CC/2002), de renda vitalícia ou de pensão periódica (art. 1.926 do CC/2002) e de quantidades certas em prestações periódicas (art. 1.927 do CC/2002). Na verdade, em tais legados, o autor da herança, por meio de testamento, determina o cumprimento das disposições testamentárias, sempre nos limites das forças da herança, ou seja, esgotando os bens ou as forças da herança, cessa a obrigação.

É inconcebível o ordenamento jurídico admitir que o testador estipule um legado de alimentos para qualquer pessoa (que pode ter vínculo familiar ou não com o autor da herança), com a obrigação de que os herdeiros o cumpram no limite das forças de herança e vedar a transmissão da obrigação de prestar alimentos, estipulada legalmente, para atender as necessidades de um parente, cônjuge ou companheiro do autor da herança.

Pior ainda é admitir a possibilidade de legado de renda vitalícia ou pensão periódica e de legado de quantidade certas em prestações periódicas, pois tais legados podem ser estipulados até para quem não precisa de alimentos, tendo como requisito, portanto, a mera liberdade do testador. Nada impede que o testador ordene ao seu herdeiro, sempre nos limites das forças da herança e sem afetar a legítima dos herdeiros necessários, que dê ao seu vizinho João (milionário) R\$ 2.000,00 todos os meses, por toda a sua vida. Como reconhecer e admitir esse tipo de legado e não admitir a transmissão da obrigação de prestar alimentos que, conforme já estudado, só existe (ou persiste) diante da necessidade de quem recebe e em razão de um vínculo familiar de proximidade que existia entre o

alimentante e o alimentário? (RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. Alimentos e a Transmissibilidade da Obrigação de Prestá-los. Porto Alegre: RBDF – N. 37, 2006).

O escopo do art. 1.700 do Código Civil foi, segundo meu entendimento, tendo em vista a dignidade ímpar da obrigação alimentar, sua relevância social, estabelecer o dever legal de prestar alimentos, dentro das forças da herança, àqueles a quem o falecido tinha obrigação de prestá-los, surtindo o mesmo efeito de um legado estipulado voluntariamente em testamento.

Interessantes são os exemplos de legado de alimentos deixados por Garcia d'Avila em seu testamento, no ano de 1609, em favor de suas netas, órfãs de seu filho ilegítimo João Homem, legado este que perduraria enquanto não se casassem e residissem em Tatuapara, e também em favor dos possíveis herdeiros não nominados de outro neto seu que falecera no Rio de Janeiro, em relação aos quais dispôs: “se vierem a essa terra, que meus herdeiros os agasalhem, pois são seus parentes” (História da Casa da Torre, Pedro Calmon, José Olympio Editora, Nota B, 2ª edição).

Atualmente, o art. 1.920 do Código Civil de 2002, assim como o fazia o art. 1.687 do Código de 1916, prevê que o legado de alimentos abrange “o sustento, a cura, o vestuário e a casa, enquanto o legatário viver, além de educação, se ele for menor”. O testador pode estipular o valor dos alimentos e o período em que será devido. No silêncio, anota Theotônio Negrão, “entende-se que o legado deve ser vitalício e fixado conforme os critérios previstos neste dispositivo legal, considerando-se também as necessidades específicas do alimentante e as próprias forças da herança (v. art. 1.792)” (“Código Civil e legislação civil em vigor, 30ª edição, Saraiva, 2011, p. 632).

Mas o legado de alimentos, admitido desde os primórdios de nossa História, depende de ato de vontade do testador.

Hoje, por força do art. 1.700 do Código de 2002, a falta de estipulação de legado pelo alimentante não deixará ao desamparo aqueles a quem tinha obrigação de alimentar, independentemente da circunstância de esta obrigação ter sido cumprida em vida informal e espontaneamente, por acordo escrito ou por decisão judicial, desde que a herança suporte o encargo.

Acompanhando a mesma linha de que não se deve dar interpretação restritiva ao alcance da vigente regra da transmissibilidade da obrigação alimentar aos herdeiros, afasto também a tese de que o art. 1.700 determine a transferência da obrigação apenas até a partilha. Tal termo não se justifica,

porque, como já visto, a obrigação não é transmitida ao espólio encerrado, mas aos herdeiros.

Nesse sentido, a doutrina de Sérgio Gisckow:

“Editado o novo Código Civil, importantíssima modificação houve na matéria. Como *todos* os alimentos de direito de família estão regulados em um mesmo local (Livro IV, Título, Subtítulo III; veja-se que o art. 1.694 cogita de parentes, cônjuges e companheiros), segue que não mais se sustenta a tese antes majoritária, que limitava a transmissão aos alimentos surgidos no interior de uma separação judicial ou de um divórcio. Hoje quaisquer alimentos de direito de família se transmitem aos herdeiros do devedor, dentro das forças da herança. Com satisfação, vejo prevalecer a tese que sempre me pareceu mais correta.

Yussef Said Cahali aceita que, em face do atual Código Civil, outra não pode ser a solução. Belmiro Pedro Welter, Silvio de Salvo Venosa, Maria Helena Diniz, tem igual compreensão. Forçoso, contudo, admitir que a resistência continua existindo: a) Regina Beatriz Tavares da Silva diz que a transmissão deve ser restrita ao companheiro e ao cônjuge, dependendo, quanto ao último, de seu direito à herança; b) Zeno Veloso quer que a doutrina e os tribunais restrinjam a exegese do art. 1.700 e tem por inadmissível que filhos do falecido sejam obrigados a pensionar um tio; c) Nelcy Pereira Lessa informa que o IBDFAM quer nova redação para o art. 1.700, a fim de que só abranja alimentos decorrentes do casamento ou da união estável; d) Washington Epaminondas Medeiros Barra defende uma interpretação o mais restritiva possível ao art. 1.700, pois vê nele violação de elementares princípios gerais de direito, estando maculado pela eiva de inconstitucionalidade.”

Lamento, porém, que tenha surgido outra fórmula restritiva ao magnífico sentido do art. 23, hoje 1.700: a transmissão operaria somente até a partilha dos bens do *de cuius*. Mais perigosa esta interpretação porque seus argumentos valem para o art. 1.700 do Código Civil de 2002. Neste teor foi deliberado do 4º Grupo Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Mais preocupante é que o Superior Tribunal de Justiça resolveu por igual forma. Mais uma vez se revela a, com toda a vênua, injustificada resistência aos arts. 23-1.700. Não tenho dúvida de que a transmissão continua mesmo feita a partilha. Esta exegese restritiva não pode ser acatada porque destrói a razão de ser da transmissibilidade e os elevados objetivos sociais e humanos que ditaram sua aceitação pelo direito brasileiro. Outra vez se põe a herança acima dos alimentos e os arts. 23-1.700 ficam praticamente letra morta. Não importa, inclusive, que o alimentando reúna a condição de herdeiro; ainda que seja óbvio que se deva fazer uma compensação, para que o alimentado não receba duas vezes, seria injusto que desaparecessem os alimentos com a partilha, pois pode simplesmente acontecer que o quinhão hereditário seja totalmente insuficiente para a manutenção do alimentado! Neste caso penso devem os quinhões dos demais herdeiros ser atingidos pelos

alimentos. Interessante notar, todavia, que os dois acórdãos citados tratam de situações nas quais o alimentado cumulava a condição de herdeiro; continua a descoberta a hipótese em que não suceda esta cumulação, como no exemplo do irmão que alimentava o irmão, e, morrendo o alimentante, deixa filhos que recebem a totalidade da herança; ora, como o alimentado não é herdeiro, nada receberia da partilha, impondo-se a meu ver, pelo menos em tal quadro, que os quinhões dos herdeiros respondam pelo débito alimentar; resta desejar que a jurisprudência acate esta solução justa.

(GISCHKOW, Sérgio. “Estudos de Direito de Família”, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2004, p. 150).

Ademais, atualmente, após a entrada em vigor da nova redação dada ao art. 982 do CPC pela Lei n. 11.441/2007, não havendo testamento ou interessado incapaz, o inventário e a partilha podem dar-se por meio de escritura pública, título hábil para o registro imobiliário. Dessa forma, na hipótese de não ser o alimentado herdeiro do falecido, o termo final de seu direito – caso assim fosse considerado o ato extrajudicial de partilha – dependeria de mera formalidade cartorária, realizada no momento estipulado pelo herdeiro/devedor por sucessão dos alimentos, o qual poria, com este ato, ao seu exclusivo critério, fim à obrigação.

Na mesma linha, rejeito, igualmente, a tese de que, sendo o alimentado também herdeiro, não possa ele, com base no art. 1.700 do Código Civil, postular, mediante o ajuizamento de ação própria, alimentos contra os demais herdeiros, naturalmente dentro da força das respectivas quotas hereditárias.

Admitindo a possibilidade de o co-herdeiro beneficiar-se da regra do art. 1.700, lembro, entre outros, a doutrina de Walsir Edson Rodrigues Júnior:

O equívoco está em pressupor que todo herdeiro (no caso, o cônjuge ou o companheiro) recebe o suficiente para suprir as suas necessidades. Não é a qualidade de herdeiro do credor da pensão alimentícia que deve determinar, de plano, a intransmissibilidade da obrigação de prestar alimentos pelos herdeiros do devedor da pensão, mas, tão-somente, a necessidade da referida verba alimentar, que deverá ser verificada em cada caso concreto respeitando sempre as forças da herança.

(RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. Alimentos e a Transmissibilidade da Obrigação de Prestá-los. Porto Alegre: RBDF – N. 37, 2006).

É certo que, com a abertura da sucessão (Código Civil, art. 1.784), alteram-se as condições de fortuna e, por conseguinte, as necessidades do alimentado

caso ele seja herdeiro. Mesmo antes da partilha, o ex-alimentado/herdeiro pode passar a ser pessoa rica, devendo obter o necessário para a sua subsistência, durante o processamento do inventário, mediante requerimento de antecipação de recursos, devidamente fundamentado, dirigido ao juiz do inventário, os quais serão abatidos de seu quinhão hereditário.

Assim, a partir da morte do alimentante, o alimentando-herdeiro deve, em princípio, habilitar-se nos autos do inventário e lá requerer os recursos necessários à sua subsistência.

Pode, todavia, acontecer de o alimentado, mesmo considerada a sua quota no acervo hereditário não partilhado, não possuir condições de subsistência, em razão de sua particular fragilidade (por exemplo, menoridade e/ou doença grave e incurável cujo tratamento impeça o trabalho e demande gastos extraordinários) e do pequeno vulto dos bens do espólio.

Neste caso, sendo os herdeiros pessoas com boa situação financeira, não vejo obstáculo para que sejam demandados pelo co-herdeiro ou pelo alimentado não herdeiro, devendo o postulante demonstrar, como causa de pedir da ação de alimentos, suas necessidades (excedentes de seu quinhão hereditário e impossibilidade de prover seu próprio sustento) e as possibilidades dos demais herdeiros (dentro das forças da herança). Nestas hipóteses ora figuradas, os demais herdeiros podem não ser parentes do alimentado em grau que permita o ajuizamento de ação de alimentos com base nos arts. 1.696 ou 1.697 (ascendentes, descendentes ou irmão), de forma que responderão à ação formulada com apoio no art. 1.700 consideradas, de um lado, as necessidades do autor e, de outro, as suas possibilidades nos limites das forças da herança, não podendo ser alcançados os seus rendimentos do trabalho e demais bens não herdados. Se, ao revés, o co-herdeiro em face de quem são reclamados os alimentos for irmão do reclamante/co-herdeiro, a ação poderá ser proposta com duas causas de pedir autônomas: a condição de herdeiro do falecido alimentante (Código Civil, art. 1.700) e o parentesco com o reclamante dos alimentos (Código, art. 1.697).

Em síntese, tenho que, com o óbito, extingue-se a pensão alimentar fixada contra o *de cuius*, tendo em vista as necessidades do alimentado e as extintas possibilidades do alimentante (CC, art. 1.694). As parcelas pretéritas são dívidas do falecido, a serem pagas pelo espólio antes da partilha.

Se, independentemente da condição de co-herdeiro, persistir a necessidade, não sendo suficiente postular adiantamento ao juízo do inventário, poderá

o alimentado ajuizar *nova ação de alimentos* contra os herdeiros, invocando o direito previsto no art. 1.700 do Código Civil. Idêntico direito assiste ao ex-alimentado não herdeiro. Nada impede que esta nova ação seja ajuizada mesmo antes do fim do inventário e que nela seja formulado pedido de alimentos provisórios.

Na ação ajuizada com base no art. 1.700, o autor/reclamante (pessoa a quem o autor da herança tinha a obrigação de alimentar, herdeiro ou não) deverá demonstrar: (1) que era alimentado pelo falecido, que se desincumbia da obrigação espontaneamente, mesmo que de forma *in natura*, informal, ou por força de decisão judicial, ou dele era credor de alimentos fixados em acordo ou decisão judicial; (2) as suas necessidades e a impossibilidade de prover o seu próprio sustento ou tê-lo provido por seus próprios parentes (3) as possibilidades, dentro das forças da herança, do herdeiro/reclamado.

O herdeiro não será obrigado a prestar alimentos, mesmo dentro das forças de seu quinhão hereditário, se isto dificultar a sua própria sobrevivência. Dessa forma, um sobrinho (filho e herdeiro único do autor da herança) não deverá ser condenado a pagar alimentos a seu tio (irmão alimentado pelo autor da herança) ou à ex-companheira do pai (alimentada pelo ex-companheiro) se o único bem herdado for o imóvel onde reside, ou se despender os parques rendimentos herdados com suas necessidades básicas. Por outro lado, o tio ou a ex-companheira do falecido não deverão ser privados dos alimentos de que necessitam para sobrevivência digna se o herdeiro tiver recebido valioso acervo, cujos rendimentos possibilitam o pagamento de pensão alimentícia.

Somente a propositura de *nova ação*, com *outra causa de pedir*, ensejará a justa e ponderada avaliação das necessidades e possibilidades do reclamante dos alimentos e do herdeiro (ou de cada um dos herdeiros), dentro das forças da herança, mas consideradas também as outras circunstâncias de vida das partes, entre as quais a possibilidade de o alimentado prover o seu próprio sustento ou ser mantido por seus parentes, caso os tenha, na ordem estabelecida nos arts. 1.696 e 1.697 do Código.

A avaliação dessas múltiplas circunstâncias é o motivo da remissão feita pelo art. 1.700 ao art. 1.694, a qual, do contrário, não teria sentido. Note-se que o art. 23 da Lei do Divórcio fazia remissão ao art. 1.796 do Código Civil de 1916 (responsabilidade do herdeiro pelas dívidas do falecido dentro das forças da herança). Ao contrário, o atual art. 1.700 não faz remissão ao art. 1.997 (equivalente ao art. 1.796 do antigo Código), mas ao art. 1.694

(alimentos devidos entre parentes segundo a necessidade do reclamante e a possibilidade do obrigado), reforçando a idéia de que o que se transmite é a própria obrigação legal alimentar, variável no tempo segundo as vicissitudes sofridas por alimentante e alimentado, e não mera dívida em valor estanque do falecido projetada para tempo futuro e indeterminado.

Em conclusão, tenho que a obrigação alimentar não é pura e simplesmente transmitida para os herdeiros. Com o óbito, deixa de ser exigível a prestação alimentícia fixada com base nas possibilidades do extinto alimentante (remuneração e patrimônio do falecido) em cotejo com as necessidades do alimentado. Parcelas anteriores ao óbito são devidas como qualquer passivo da herança.

Não se transmite obrigação que não era existente quando do óbito do sucedido. Aquele que era autossuficiente quando vivo o sucedido, não pode, em decorrência de revés superveniente ao óbito (acidente, doença etc), reclamar alimentos dos herdeiros com base no art. 1.700.

O art. 1.700 dá fundamento para que o alimentado em vida pelo falecido (espontânea e informalmente, ou por força de acordo extrajudicial ou sentença em processo iniciado ainda em vida do sucedido) postule alimentos contra os herdeiros, consideradas as circunstâncias previstas no art. 1.694 (necessidade e possibilidade), sempre dentro das forças da herança (Código Civil, arts. 1.792 e 1.997). Se procedente a ação, os novos alimentos dependem sempre da manutenção dos pressupostos de necessidade e possibilidade e da existência de recursos herdados. Podem ser revistos, alterados ou extintos, conforme varie a necessidade do alimentado, de um lado, e as possibilidades do herdeiro/alimentante, sempre dentro das forças da herança. Extintos os bens herdados, extingue-se a pensão devida com base no art. 1.700, assim como se extinguiria eventual legado de alimentos fixado com base no art. 1.920 do Código de 2002.

No caso ora em exame, a alimentada não é herdeira, de forma que não vejo coerência no entendimento adotado pelo acórdão recorrido que, por um lado, com base no art. 1.700 do Código Civil, entende que a obrigação alimentar transmite-se automaticamente após o óbito, mas, por outro, elege a data da partilha (no caso, ato extrajudicial potestativo das herdeiras/devedoras) como término da obrigação transmitida em favor de não herdeiro, estranho à partilha.

Não há notícias de parcelas vencidas anteriores óbito, e, portanto, extinguiu-se a obrigação alimentar de responsabilidade do falecido ou do espólio. Seria, em

tese, possível o ajuizamento de nova ação pela alimentada contra os herdeiros, caso não tenha ela recursos suficientes para sua subsistência e nem condição de obtê-los mediante seu trabalho ou de seus próprios parentes.

Ressalto, por fim, que os documentos dos autos revelam que, por força das decisões proferidas pelas instâncias de origem, foram efetivados depósitos no valor correspondente à pensão alimentícia que o falecido estava obrigado a suportar (fls. 708, 741 e 762), valores, ao que tudo indica, transferidos para a ora recorrida, motivo pelo qual tem aplicação o princípio de que os alimentos pagos presumem-se consumidos e, portanto, não podem ser restituídos.

Em face do exposto, dou parcial provimento ao recurso especial, para afastar a transmissão automática da obrigação alimentar para o espólio, ressalvada a irrepetibilidade das quantias já pagas.

É como voto.

ESCLARECIMENTOS

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Sr. Presidente, tenho a esclarecer que, para efeitos práticos deste processo, estou de inteiro acordo com a consequência decorrente do voto divergente, ou seja, a meu ver, a pensão fixada contra quem faleceu, com o óbito, se extingue, seja o alimentado herdeiro ou não herdeiro.

A importância deste julgamento é a tese, a definição da exegese do art. 1.700 do novo Código Civil. A solução do caso concreto, na prática, é a mesma.

A interpretação da eminente Ministra Nancy Andriighi é aquela segundo a qual são só as prestações alimentares vencidas antes do óbito - assim como acontece com qualquer outro tipo de dívida do falecido contraída antes do óbito - as teriam que ser pagas pelos herdeiros, com base no art. 1.700.

Portanto, *data maxima venia*, penso que essa interpretação priva de qualquer utilidade o art. 1.700, regra que inverteu o direito anterior, passando a dispor que a obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Nancy Andriighi: Cuida-se de recurso especial interposto por *A O M de C e Outro*, com fundamento no art. 105, III, **a e c**, da CF, contra acórdão proferido pelo TJ-SP.

Ação: originariamente, de reconhecimento de união estável cumulada com alimentos, ajuizada pela recorrida em desfavor de Antônio João de Camargo Júnior – pai dos agravantes – na qual foi realizado acordo em abril de 2004, com partilha de bens e fixação de pensão alimentícia de R\$ 3.000,00 em favor da recorrida.

Com o óbito do alimentante, em maio de 2008, pleitearam, as recorrentes, a extinção da obrigação alimentar, ou, subsidiariamente, seu depósito em juízo.

Decisão interlocutória: fixou a necessidade de ajuizamento de nova ação por parte da alimentada, agora em desfavor do espólio, pleiteando alimentos.

Embargos de declaração: autorizou o levantamento, pela alimentada, dos valores depositados em juízo, e considerou os depósitos judiciais efetuados em data posterior, como rendimentos do espólio.

Acórdão: o TJ-SP negou provimento ao agravo de instrumento interposto pelas recorrentes e deu provimento ao agravo de instrumento da recorrida, em julgado assim ementado:

Alimentos. Morte do alimentando. Subsistência da obrigação estabelecida em favor da ex-companheira, mesmo após o óbito, a teor da regra do artigo 1.700 do Código Civil. Implemento através das forças da herança. Agravo das filhas do primeiro leito do de cujus improvido, negada sua extinção. Provido o da ex-companheira, para levantamento dos importes depositados em Juízo.

Em síntese do voto condutor, o Relator afirmou que “Meu voto improve o recurso das filhas *Andrea* e *Helena*, dá provimento ao da ex-companheira *Sônia*; para que possa continuar a receber diretamente da fonte pagadora o pensionamento que sempre lhe foi disponibilizado, até o óbito do alimentante. A perdurar até o término do inventário respectivo” (fl. 922, e-STJ).

Embargos de declaração: interpostos pelas recorrentes, foram rejeitados (fl. 944, e-STJ).

Embargos de declaração: interpostos pela recorrida, foram rejeitados (fl. 959, e-STJ).

Recurso especial: alega violação dos arts. 1.694, 1.696, 1.697 e 1.700 do CC-2002 e 23 da Lei do Divórcio, bem como dissídio jurisprudencial.

Afirma que deve cessar o pagamento de alimentos com o óbito do alimentante, perdurando a responsabilidade do espólio apenas sobre dívida alimentar do *de cujus*.

Contrarrazões: reafirma a recorrida a tese de que a obrigação alimentar se transmite após o óbito do alimentante, nos limites das forças da herança, independentemente do alimentado ostentar a condição de parente dos demais herdeiros.

Parecer do MPF: de lavra do Subprocurador-Geral da República Maurício Vieira Bracks, aponta para o não provimento do recurso especial. (fls. 1.096-11.000, e-STJ).

Voto da Relatora: Dá parcial provimento ao recurso especial, para “afastar a transmissão automática da obrigação alimentar para o espólio, ressalvada a irrepetibilidade das quantias já pagas”, afirmando, ainda que “se, independentemente da condição co-herdeiro, persistir a necessidade, não sendo suficiente postular adiantamento ao juízo do inventário, poderá o alimentado ajuizar nova ação de alimentos contra os herdeiros, invocando o direito previsto no art. 1.700 do Código Civil”.

Repisados os fatos, decido.

Cinge-se o debate em se discutir os limites da transmissão da obrigação de prestar alimentos, após o óbito do alimentante e, por conseguinte, o alcance do art. 1.700 do CC-2002, empregado pelo Tribunal de origem para determinar a continuidade do pagamento de pensão alimentícia, obrigação originária *de cuius*, até o término do inventário respectivo.

01. Inicialmente, importa para uma melhor compreensão do debate aqui analisado, fixar que os alimentos pagos pelo *de cuius*, à recorrida, eram devidos em razão de acordo firmado ao fim de união estável, no ano de 2004, tendo o óbito do alimentante ocorrido em 2004.

02. Esclarecida a janela temporal do pagamento de alimentos à recorrida, e volvendo o debate que ora se trava, vê-se que a solução da controvérsia, trazida em recurso especial, passa, primeiramente, pela pacífica assertiva de que a obrigação alimentar é personalíssima, fato que irá parametrizar os limites interpretativos de toda a legislação de regência, incluindo-se, o art. 1.700 do CC-2002, objeto deste recurso especial.

03. Releva, nesse sentido, trazer uma reafirmação dessa tese nas palavras de Rolf Madaleno, quando discorre sobre as características da obrigação alimentar:

Em primeiro lugar, é personalíssimo enquanto pessoal é o vínculo familiar entre o devedor e credor que compõe os polos da relação obrigacional. O crédito e a dívida são inseparáveis da pessoa, porque estão baseados em determinada

qualidade que não é transmissível. (MADALENO, Rolf. in Curso de Direito de Família. 14º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. P. 840-841).

04. Nessa estreita senda deve ser lido comando do art. 1.700 do CC-2002, que prevê a transmissão da obrigação de prestar alimentos, por ser uníssona a doutrina no sentido de que a obrigação alimentar é fruto da solidariedade familiar, não devendo, portanto, vincular pessoas fora desse contexto.

05. A morte do alimentante traz consigo a extinção da personalíssima, obrigação alimentar, pois não se pode conceber que um vínculo alimentar decorrente de uma já desfeita solidariedade entre o falecido-alimentante e a alimentada, além de perdurar por cerca de quatro anos após o término do relacionamento, ainda lance seus efeitos para além da vida do alimentante, deitando garras no patrimônio dos herdeiros, filhos do *de cuius*.

06. E aqui não causa espécie a limitação proposta no voto da Relatora, de que os alimentos respeitem os limites da herança, porque ainda assim, é o patrimônio de seus enteados (adquirido desde o óbito por força da *saisine*) que será agredido. Aliás, o que se transmite no disposto do artigo 1.700 do CC-2002, é a dívida existente antes do óbito e nunca o dever ou a obrigação de pagar alimentos, pois personalíssima.

07. Não há vínculos entre os herdeiros do falecido e a ex-companheira que possibilite se prostrar, indefinidamente, o pagamento dos alimentos a esta, fenecendo, assim, qualquer tentativa de transmitir a obrigação de prestação de alimentos, após a morte do alimentante.

08. Enfatize-se que quando o *de cuius* faleceu – 2008 – a união estável já estava desfeita há mais de 05 anos (desde o final de 2002), e os alimentos eram pagos há quatro anos, por força de acordo firmado pelos ex-companheiros.

09. O que há, e isso é inegável, até mesmo por força do expresso texto de lei, é a transmissão da dívida decorrente do débito alimentar, que por ventura não tenha sido pago pelo alimentante, enquanto em vida.

10. Essa limitação de efeitos não torna inócuo o texto legal que preconiza a transmissão, pois vem se dando, no âmbito do STJ, interpretação que embora lhe outorgue efetividade, não descarta dos comandos macros que regem as relações das obrigações alimentares.

11. Daí a existência de precedentes que limitam a prestação dos alimentos, pelo espólio, à circunstância do alimentado também ser herdeiro, pois aqui existe

o grave risco de que demoras, naturais ou provocadas, no curso do inventário, levem o alimentado à carência material inaceitável. Nesse sentido:

Direito Civil e Processual Civil. Execução. Alimentos.

Transmissibilidade. Espólio.

- Transmite-se, aos herdeiros do alimentante, a obrigação de prestar alimentos, nos termos do art. 1.700 do CC/2002.

- O espólio tem a obrigação de continuar prestando alimentos àquele a quem o falecido devia. Isso porque o alimentado e herdeiro não pode ficar à mercê do encerramento do inventário, considerada a morosidade inerente a tal procedimento e o caráter de necessidade intrínseco aos alimentos.

Recurso especial provido.

(REsp n. 1.010.963-MG, de minha Relatoria, Terceira Turma, DJe 5.8.2008).

12. Qualquer interpretação diversa, apesar de gerar mais efetividade ao art. 1.700 do CC-2002, vergaria de maneira inaceitável os princípios que regem a obrigação alimentar, dando ensejo à criação de situações teratológicas, como o de viúvas pagando alimentos para ex-companheiros do *de cujus*, ou verdadeiro digladiar entre alimentados que também são herdeiros, todos pedindo, reciprocamente, alimentos.

13. Assim, admite-se a transmissão, apenas e tão somente quando o alimentado também seja herdeiro, e ainda assim enquanto perdurar o inventário, já se tratando aqui de uma excepcionalidade, porquanto extinta a obrigação alimentar desde o óbito.

14. A partir de então – no caso de herdeiros – ou a partir do óbito do alimentante – para aqueles que não o sejam –, fica extinto o direito de perceber alimentos com base no art. 1.694 do CC-2002, ressaltando-se que os valores não pagos pelo alimentante, podem ser cobrados do espólio.

15. Dessa forma, tem-se que o Tribunal dissentiu do entendimento já firmado pelo STJ, razão porque, merece reforma.

16. Assim, pedido vênia à Ministra Relatora, *dou provimento* ao recurso especial para reconhecer que a obrigação de alimentos extingue-se com o óbito do alimentante, sendo ônus do espólio pagar apenas eventual débito alimentar não quitado pelo *de cujus*, ressaltando-se a irrepetibilidade dos valores já percebidos pela recorrida.

17. É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Sr. Presidente, a discussão resume-se à interpretação do art. 1.700 do CC/2002.

Com efeito, nos termos do bem lançado voto vista da em. Ministra *Nancy Andrigbi* acerca do caso concreto, observado que os alimentos pagos pelo *de cujus* à recorrida, ex-companheira, decorrem de acordo celebrado no momento do encerramento da união estável, tem-se que a referida obrigação, de natureza personalíssima, extingue-se com o óbito do alimentante, cabendo ao espólio recolher, tão somente, eventuais débitos não quitados pelo devedor quando em vida. É oportuno ressaltar, igualmente, a irrepetibilidade das importâncias percebidas pela alimentada.

Peço vênua à Ministra *Isabel Gallotti* para acompanhar a divergência, nos termos do voto da Ministra *Nancy Andrigbi*.

Dou provimento ao recurso especial.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Raul Araújo: No presente recurso especial, houve dissenso entre os votos das ilustres Ministras *Maria Isabel Gallotti*, relatora do feito, e *Nancy Andrigbi*, que inaugurou a divergência e foi acompanhada pelos eminentes Ministros *Antonio Carlos Ferreira*, *Ricardo Villas Bôas Cueva*, *Marco Buzzi* e *Sidnei Beneti*.

Diante da riqueza dos debates e da qualidade dos votos proferidos, pedi vista dos autos para uma melhor capacitação acerca da controvérsia, quanto à questão.

O cerne da controvérsia em debate, como já devidamente relatado nos votos divergentes, cinge-se, basicamente, à interpretação do art. 1.700 do Código Civil e, via de consequência, aos limites da transmissão da obrigação de prestar alimentos por parte dos herdeiros do devedor falecido.

As normas pertinentes do Código Civil de 2002 têm os seguintes enunciados:

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

§ 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

Art. 1.700. A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.694.

A eminente Ministra *Maria Isabel Gallotti* propôs a seguinte solução para o caso ora em análise:

Em conclusão, tenho que a obrigação alimentar não é pura e simplesmente transmitida para os herdeiros. Com o óbito, deixa de ser exigível a prestação alimentícia fixada com base nas possibilidades do extinto alimentante (remuneração e patrimônio do falecido) em cotejo com as necessidades do alimentado. Parcelas anteriores ao óbito são devidas como qualquer passivo da herança.

Não se transmite obrigação que não era existente quando do óbito do sucedido. Aquele que era autossuficiente quando vivo o sucedido, não pode, em decorrência de revés superveniente ao óbito (acidente, doença etc), reclamar alimentos dos herdeiros com base no art. 1.700.

O art. 1.700 dá fundamento para que o alimentado em vida pelo falecido (espontânea e informalmente, ou por força de acordo extrajudicial ou sentença em processo iniciado ainda em vida do sucedido) postule alimentos contra os herdeiros, consideradas as circunstâncias previstas no art. 1.694 (necessidade e possibilidade), sempre dentro das forças da herança (Código Civil, arts. 1.792 e 1.997). Se procedente a ação, os novos alimentos dependem sempre da manutenção dos pressupostos de necessidade e possibilidade e da existência de recursos herdados. Podem ser revistos, alterados ou extintos, conforme varie a necessidade do alimentado, de um lado, e as possibilidades do herdeiro/alimentante, sempre dentro das forças da herança. Extintos os bens herdados, extingue-se a pensão devida com base no art. 1.700, assim como se extinguiria eventual legado de alimentos fixado com base no art. 1.920 do Código Civil de 2002.

No caso ora em exame, a alimentada não é herdeira, de forma que não vejo coerência no entendimento adotado pelo acórdão recorrido que, por um lado, com base no art. 1.700 do Código Civil, entende que a obrigação alimentar transmite-se automaticamente após o óbito, mas por outro, elege a data da partilha (no caso, ato extrajudicial potestativo das herdeiras/devedoras) como término da obrigação transmitida em favor de não herdeiro, estranho à partilha.

Não há notícias de parcelas vencidas anteriores ao óbito, e, portanto, extinguiu-se a obrigação alimentar de responsabilidade do falecido ou do espólio. Seria, em

tese, possível o ajuizamento de nova ação pela alimentada contra os herdeiros, caso não tenha ela recursos suficientes para sua subsistência e nem condição de obtê-los mediante seu trabalho ou de seus próprios parentes.

A preclara Ministra *Nancy Andrigli*, por sua vez, abriu a divergência ante os seguintes fundamentos:

Cinge-se o debate em se discutir os limites da transmissão da obrigação de prestar alimentos, após o óbito do alimentante e, por conseguinte, o alcance do art. 1.700 do CC-2002, empregado pelo Tribunal de origem para determinar a continuidade do pagamento de pensão alimentícia, obrigação originária do de cujus, até o término do inventário respectivo.

01. Inicialmente, importa para uma melhor compreensão do debate aqui analisado, fixar que os alimentos pagos pelo *de cujus*, à recorrida, eram devidos em razão de acordo firmado ao fim de união estável, no ano de 2004, tendo o óbito do alimentante ocorrido em 2008.

02. Esclarecida a janela temporal do pagamento de alimentos à recorrida, e volvendo o debate que ora se trava, vê-se que a solução da controvérsia, trazida em recurso especial, passa, primeiramente, pela pacífica assertiva de que a obrigação alimentar é personalíssima, fato que irá parametrizar os limites interpretativos de toda a legislação de regência, incluindo-se, o art. 1.700 do CC-2002, objeto deste recurso especial.

03. Releva, nesse sentido, trazer uma reafirmação dessa tese nas palavras de Rolf Madaleno, quando discorre sobre as características da obrigação alimentar:

Em primeiro lugar, é personalíssimo enquanto pessoal é o vínculo familiar dentre o devedor e credor que compõe os polos da relação obrigacional. O crédito e a dívida são inseparáveis da pessoa, porque estão baseados em determinada qualidade que não é transmissível. (MADALENO, Rolf. *in* Curso de Direito de Família. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. P. 840-841).

04. Nessa estreita senda deve ser lido comando do art. 1.700 do CC-2002, que prevê a transmissão da obrigação de prestar alimentos, por ser uníssona a doutrina no sentido de que a obrigação alimentar é fruto da solidariedade familiar, não devendo, portanto, vincular pessoas fora desse contexto.

05. A morte do alimentante traz consigo a extinção da personalíssima obrigação alimentar, pois não se pode conceber que um vínculo alimentar decorrente de uma já desfeita solidariedade entre o falecido-alimentante e a alimentada, além de perdurar por cerca de quatro anos após o término do relacionamento, ainda lance seus efeitos para além da vida do alimentante, deitando garras no patrimônio dos herdeiros, filhos do *de cujus*.

06. E aqui não causa espécie a limitação proposta no voto da Relatora, de que os alimentos respeitem os limites da herança, porque ainda assim, é o patrimônio de seus enteados (adquirido desde o óbito por força da *saisine*) que será agredido. Aliás, o que se transmite no disposto do artigo 1.700 do CC-2002, é a dívida existente antes do óbito e nunca o dever ou a obrigação de pagar alimentos, pois personalíssima.

07. Não há vínculos entre os herdeiros do falecido e a ex-companheira que possibilite se prostrar, indefinidamente, o pagamento dos alimentos a esta, feneendo, assim qualquer tentativa de transmitir a obrigação de prestação de alimentos, após a morte do alimentante.

08. Enfatize-se que quando o *de cuius* faleceu - 2008 - a união estável já estava desfeita há mais de 05 anos (desde o final de 2002), e os alimentos eram pagos há quatro anos, por força de acordo firmado pelos ex-companheiros.

09. O que há, e isso é inegável, até mesmo por força do expresso texto de lei, é a transmissão da dívida decorrente do débito alimentar, que por ventura não tenha sido pago pelo alimentante, enquanto em vida.

10. Essa limitação de efeitos não torna inócuo o texto legal que preconiza a transmissão, pois vem se dando, no âmbito do STJ, interpretação que embora lhe outorgue efetividade, não descarta dos comandos macros que regem as relações das obrigações alimentares.

11. Daí a existência de precedentes que limitam a prestação dos alimentos, pelo espólio, à circunstância do alimentado também ser herdeiro, pois aqui existe o grave risco de que demoras, naturais ou provocadas, no curso do inventário, levem o alimentado à carência material inaceitável.

(...)

12. Qualquer interpretação diversa, apesar de gerar mais efetividade ao art. 1.700 do CC-2002, vergaria de maneira inaceitável os princípios que regem a obrigação alimentar, dando ensejo à criação de situações teratológicas, como o de viúvas pagando alimentos para ex-companheiras do *de cuius*, ou verdadeiro digladiar entre alimentados que também são herdeiros, todos pedindo, reciprocamente, alimentos.

13. Assim, admite-se a transmissão, apenas e tão somente quando o alimentado também seja herdeiro, e ainda assim enquanto perdurar o inventário, já se tratando aqui de uma excepcionalidade, porquanto extinta a obrigação alimentar desde o óbito.

14. A partir de então - no caso de herdeiros - ou a partir do óbito do alimentante - para aqueles que não o sejam -, fica extinto o direito de perceber alimentos com base no art. 1.694 do CC-2002, ressaltando-se que os valores não pagos pelo alimentante, podem ser cobrados do espólio.

15. Dessa forma, tem-se que o Tribunal dissentiu do entendimento já firmado pelo STJ, razão porque, merece reforma.

16. Assim, pedindo vênia à Ministra Relatora, dou provimento ao recurso especial para reconhecer que a obrigação de alimentos extingue-se com o óbito do alimentante, sendo ônus do espólio pagar apenas eventual débito alimentar não quitado pelo *de cujus*, ressaltando-se a irrepetibilidade dos valores já percebidos pela recorrida.

Com a devida vênia da eminente Ministra Relatora, acompanho a divergência inaugurada pela eminente Ministra Nancy Andrichi.

A melhor interpretação a ser conferida ao art. 1.700 do CC/2002 não se pode dissociar da principal característica da obrigação de prestar alimentos e da própria razão filosófica ou moral dessa obrigação, quais sejam, sua natureza personalíssima e o vínculo decorrente de solidariedade familiar (conforme o art. 1.694 do CC/2002).

Partindo dessa premissa, a primeira conclusão que se extrai é no sentido de que o falecimento do devedor de alimentos tem o condão de extinguir a obrigação alimentar, sem possibilidade de que os herdeiros do alimentante passem a ser responsáveis por prestar alimentos a pessoa com quem não possuem vínculo de natureza familiar. Não há falar, portanto, em transmissibilidade da obrigação alimentar aos herdeiros do devedor, pelo menos no tocante a parcelas vincendas.

De outro lado, a adoção da tese em sentido contrário, de transmissão para os herdeiros da obrigação de pagar a pensão devida pelo falecido, ainda que não automaticamente, como propõe a eminente Relatora, poderia conduzir a “situações teratológicas”, nas palavras da ilustre Ministra Nancy Andrichi, “como a de viúvas pagando alimentos a ex-companheiras dos *de cujus*”, ou de profunda indignidade, como no caso de filhos de casamento anterior desfeito serem obrigados a alimentar a ex-companheira do falecido, o que não parece ser a intenção do legislador, além de não se mostrar, com a devida vênia, razoável e compatível com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, a leitura a ser feita do art. 1.700 do Código Civil, quanto a alimentado sem vínculo de parentesco com o herdeiro, diz respeito somente a débito alimentar vencido, não pago pelo devedor originário antes do seu óbito. Assim, nos termos do citado dispositivo legal, apenas a dívida oriunda de parcelas vencidas antes do falecimento do alimentante pode ser transmitida aos herdeiros e, obviamente, dentro das forças da herança.

Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente da eg. Quarta Turma desta Corte, no qual acompanhei o eminente Ministro Relator:

Ação de alimentos. Recurso especial. Exame de matéria constitucional. Inviabilidade. Omissão e contradição. Inexistência. Ação de alimentos proposta por detenta, em face dos espólios de seus genitores. Inexistência de acordo ou sentença fixando alimentos por ocasião do falecimento do autor da herança. Ilegitimidade passiva do espólio. Concessão de alimentos a maior de idade, sem problema físico ou mental, ou que, por ocasião do atingimento da maioridade até o ajuizamento da ação de alimentos, estivesse regulamente cursando ensino técnico ou superior. Descabimento. Alimentos. Concessão, sem constatação ou presunção legal de necessidade, a quem pode provê-los por esforço próprio. Impossibilidade. A lei de execução penal estabelece o direito/dever do preso ao trabalho remunerado.

1. Embora seja dever de todo magistrado velar a Constituição Federal, para que se evite supressão de competência do egrégio STF, não se admite apreciação, em sede de recurso especial, de matéria constitucional.

2. *“Os alimentos ostentam caráter personalíssimo, por isso, no que tange à obrigação alimentar, não há falar em transmissão do dever jurídico (em abstrato) de prestá-los”.* (REsp n. 1.130.742-DF, Rel. Ministro **Luis Felipe Salomão, Quarta Turma**, julgado em 4.12.2012, DJe 17.12.2012)

3. *Assim, embora a jurisprudência desta Corte Superior admita, nos termos do artigo 23 da Lei do Divórcio e 1.700 do Código Civil, que, caso exista obrigação alimentar preestabelecida por acordo ou sentença - por ocasião do falecimento do autor da herança -, possa ser ajuizada ação de alimentos em face do Espólio - de modo que o alimentando não fique à mercê do encerramento do inventário para que perceba as verbas alimentares -, não há cogitar em transmissão do dever jurídico de prestar alimentos, em razão de seu caráter personalíssimo e, portanto, intransmissível. Precedentes das duas Turmas que compõem a Segunda Seção, mas com ressalvas por parte de integrantes da Quarta Turma.*

4. Igualmente, ainda que não fosse ação de alimentos ajuizada em face de espólio, foi manejada quando a autora já havia alcançado a maioridade e extinto o poder familiar. Assim, não há cogitar em concessão dos alimentos vindicados, pois não há presunção de dependência da recorrente, nos moldes dos precedentes desta Corte Superior.

5. O art. 1.695 do CC/2002 dispõe que “[s]ão devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção”. Nesse passo, o preso tem direito à alimentação suficiente, assistência material, saúde e ao vestuário, enquanto que a concessão de alimentos demanda a constatação ou presunção legal de necessidade daquele que os pleiteia; todavia, na exordial, em nenhum momento a autora afirma ter buscado trabalhar durante o período em que se encontra reclusa, não obstante

a atribuição de trabalho e sua remuneração seja, conforme disposições da Lei de Execução Penal, simultaneamente um direito e um dever do preso (arts. 41, II e 39, V, c.c. 50, VI, da LEP).

6. Recurso especial não provido.

(REsp n. 1.337.862-SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 11.2.2014, DJe de 20.3.2014)

Com essas considerações, pedindo vênias à eminente Ministra Relatora, acompanho o bem lançado voto da ilustre Ministra Nancy Andrichi, dando provimento ao recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.419.697-RS (2013/0386285-0)

Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino

Recorrente: Boa Vista Serviços S/A

Advogados: Flávio Pereira Lima e outro(s)

Gianmarco Costabeber e outro(s)

Recorrido: Anderson Guilherme Prado Soares

Advogados: Lisandro Gularte Moraes e outro(s)

Deivti Dimitrios Porto dos Santos

Fabiano Garcia Severgnini

Ivi Andréia Porto dos Santos

Interessado: Banco Central do Brasil - BACEN - “Amicus Curiae”

Advogado: Procuradoria-Geral do Banco Central

Interessado: Confederação Nacional de Dirigentes Lojistas - “Amicus Curiae”

Advogados: Leandro Alvarenga Miranda e outro(s)

Nival Martins da Silva Júnior

Interessado: Serasa S/A - “Amicus Curiae”

Advogados: André Luiz Souza da Silveira

Sérgio Bermudes e outro(s)

Fabiano de Castro Robalinho Cavalcanti

Interessado: Federação Brasileira de Bancos FEBRABAN - “Amicus Curiae”

Advogado: Antonio Carlos de Toledo Negro e outro(s)

Interessado: IDV - Instituto para Desenvolvimento do Varejo - “Amicus Curiae”

Advogado: Ariel Rocha Zvoziak

EMENTA

Recurso especial representativo de controvérsia (art. 543-C do CPC). Tema n. 710-STJ. Direito do Consumidor. Arquivos de crédito. Sistema “Credit Scoring”. Compatibilidade com o direito brasileiro. Limites. Dano moral.

I – *Teses*:

1) O sistema “credit scoring” é um método desenvolvido para avaliação do risco de concessão de crédito, a partir de modelos estatísticos, considerando diversas variáveis, com atribuição de uma pontuação ao consumidor avaliado (nota do risco de crédito).

2) Essa prática comercial é lícita, estando autorizada pelo art. 5º, IV, e pelo art. 7º, I, da Lei n. 12.414/2011 (Lei do Cadastro Positivo).

3) Na avaliação do risco de crédito, devem ser respeitados os limites estabelecidos pelo sistema de proteção do consumidor no sentido da tutela da privacidade e da máxima transparência nas relações negociais, conforme previsão do CDC e da Lei n. 12.414/2011.

4) Apesar de desnecessário o consentimento do consumidor consultado, devem ser a ele fornecidos esclarecimentos, caso solicitados, acerca das fontes dos dados considerados (histórico de crédito), bem como as informações pessoais valoradas.

5) O desrespeito aos limites legais na utilização do sistema “credit scoring”, configurando abuso no exercício desse direito (art. 187 do CC), pode ensejar a responsabilidade objetiva e solidária do fornecedor do serviço, do responsável pelo banco de dados, da fonte e do consulente (art. 16 da Lei n. 12.414/2011) pela ocorrência de danos morais nas hipóteses de utilização de informações excessivas

ou sensíveis (art. 3º, § 3º, I e II, da Lei n. 12.414/2011), bem como nos casos de comprovada recusa indevida de crédito pelo uso de dados incorretos ou desatualizados.

II – *Caso concreto:*

1) Não conhecimento do agravo regimental e dos embargos declaratórios interpostos no curso do processamento do presente recurso representativo de controvérsia;

2) Inocorrência de violação ao art. 535, II, do CPC.

3) Não reconhecimento de ofensa ao art. 267, VI, e ao art. 333, II, do CPC.

4) Acolhimento da alegação de inocorrência de dano moral “in re ipsa”.

5) Não reconhecimento pelas instâncias ordinárias da comprovação de recusa efetiva do crédito ao consumidor recorrido, não sendo possível afirmar a ocorrência de dano moral na espécie.

6) Demanda indenizatória improcedente.

III – *Não conhecimento do agravo regimental e dos embargos declaratórios, e recurso especial parcialmente provido.*

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial para julgar improcedente a demanda indenizatória, e não conhecer do agravo regimental e dos embargos declaratórios interpostos no curso do processamento do presente recurso representativo de controvérsia, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Para os efeitos do artigo 543-C do Código de Processo Civil foram definidas as seguintes teses: “1) O sistema “credit scoring” é um método desenvolvido para avaliação do risco de concessão de crédito, a partir de modelos estatísticos, considerando diversas variáveis, com atribuição de uma pontuação ao consumidor avaliado (nota do risco de crédito). 2) Essa prática comercial é lícita, estando autorizada pelo art. 5º, IV, e pelo art. 7º, I, da Lei n. 12.414/2011 (lei do cadastro positivo). 3) Na avaliação do risco de crédito,

devem ser respeitados os limites estabelecidos pelo sistema de proteção do consumidor no sentido da tutela da privacidade e da máxima transparência nas relações negociais, conforme previsão do CDC e da Lei n. 12.414/2011. 4) Apesar de desnecessário o consentimento do consumidor consultado, devem ser a ele fornecidos esclarecimentos, caso solicitados, acerca das fontes dos dados considerados (histórico de crédito), bem como as informações pessoais valoradas. 5) O desrespeito aos limites legais na utilização do sistema “credit scoring”, configurando abuso no exercício desse direito (art. 187 do CC), pode ensejar a responsabilidade objetiva e solidária do fornecedor do serviço, do responsável pelo banco de dados, da fonte e do consulente (art. 16 da Lei n. 12.414/2011) pela ocorrência de danos morais nas hipóteses de utilização de informações excessivas ou sensíveis (art. 3º, § 3º, I e II, da Lei n. 12.414/2011), bem como nos casos de comprovada recusa indevida de crédito pelo uso de dados incorretos ou desatualizados”.

Os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, João Otávio de Noronha e Raul Araújo votaram com o Sr. Ministro Relator.

Consignadas as presenças dos Drs. Flávio Pereira Lima, pela recorrente Boa Vista Serviços S/A; Leonardo Borchardt, pelo recorrido Anderson Guilherme Prado Soares; Erasto Villa Verde de Carvalho Filho, pelo *amicus curiae* Banco Central do Brasil S/A; Leandro Alvarenga Miranda, pelo *amicus curiae* Confederação Nacional de Dirigentes Lojistas e Sergio Bermudes, pelo *amicus curiae* Serasa S/A.

Brasília (DF), 12 de novembro de 2014 (data do julgamento).

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Relator

DJe 17.11.2014

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: Trata-se de recurso especial afetado ao rito do art. 543-C do Código de Processo Civil para a consolidação do entendimento desta Corte sobre a “a natureza dos sistemas de *scoring* (SCPC SCORE CRÉDITO) e a possibilidade de violação a princípios e regras do Código de Defesa do Consumidor capaz de gerar indenização por dano moral”.

No caso dos autos, *Boa Vista Serviços S/A* insurge-se contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Rio Grande do Sul, assim ementado:

Agravo em apelação cível. Apelações cíveis. Responsabilidade civil. Ação cominatória de obrigação de fazer cumulada com indenizatória por dano moral. SCPC Score Crédito. Ilegalidade do serviço. Direito à informação. Violação. Valor da indenização. Majoração. Honorários advocatícios. Redução do percentual fixado na sentença. É abusiva a prática comercial de utilizar dados negativos dos consumidores, para lhe alcançar uma pontuação, de forma a verificar a probabilidade de inadimplemento. Sem dúvidas, este sistema não é um mero serviço ou ferramenta de apoio e proteção aos fornecedores, como quer fazer crer a demandada, mas uma forma de burlar direitos fundamentais, afrontando toda a sistemática protetiva do consumidor, que inegavelmente se sobrepõe à proteção do crédito. Reconhecer a ilicitude deste serviço não significa uma forma de proteção aos mal pagadores. Estes já contam com seu nome inscrito nos órgãos de proteção ao crédito, cujos dados podem ser utilizados livremente pelas empresas. O que não é possível é a utilização de registros pessoais dos consumidores, para formar um novo sistema de probabilidade de inadimplemento, sem informar claramente aos interessados e a toda sociedade quais são exatamente as variáveis utilizadas e as razões pelas quais uma pessoa é classificada como com “alta probabilidade de inadimplência” e outra com “baixa probabilidade de inadimplência”. A falta de transparência e de clareza desta “ferramenta” é incompatível com os mais mezinhos direitos do consumidor. Na forma com que é utilizado o sistema, certamente gera os danos morais alegados na inicial, pois o consumidor que necessita do crédito, negado em face de sua pontuação, fica sem saber as razões pelas quais é considerado propenso ao inadimplemento, restando frustrada legítima expectativa de ter acesso aos seus dados e a explicações sobre a negativa do crédito. **Agravo desprovido.** (fl. 202)

No recurso especial, interposto com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional, a recorrente apontou violação aos seguintes dispositivos:

(I) art. 535, II, do CPC, porquanto o acórdão recorrido teria deixado de enfrentar pontos omissos relevantes para o deslinde da causa;

(II) art. 267, VI, do CPC, pois a recorrente seria parte ilegítima para figurar no polo passivo da demanda, visto que (i) não possui qualquer ingerência sobre a tomada de decisões nos estabelecimentos comerciais para os quais presta serviços consultivos, não tendo influência sobre a concessão ou não de crédito por determinadas empresas; (ii) o seu serviço consiste em compilar dados cadastrais disponibilizados publicamente com cadastros de inadimplência para que o comerciante decida se concede ou não crédito ao consumidor;

(III) art. 333, II, do CPC, pois (i) restou comprovado que não é responsável pela negativação do crédito do consumidor, mas sim, o concedente do crédito, destinatário dos seus serviços; (ii) o SCPC SCORE CRÉDITO não possui qualquer relação com o cadastro positivo (consagrado pela Lei n. 12.414/2001), visto que não utiliza informações positivas dos consumidores; (iii) adota parâmetros similares aos de seguradoras de veículos, fornecendo dados estatísticos, baseados em critérios objetivos e de ciência de todos os envolvidos; (iv) não é possível falar na ocorrência de dano “in re ipsa”.

Foram apresentadas contrarrazões às fls. 261-271.

Fernando Kleber do Carmo interpôs agravo regimental a fls. 612-636 contra a decisão que ampliou a suspensão para todas as ações em trâmite e que ainda não tenham recebido solução definitiva sobre tema objeto do presente recurso.

Na decisão de fls. 1.027-1.028, determinei a realização de audiência pública, na data de 25.8.2014, com vistas a municiar a Corte com informações indispensáveis ao deslinde da controvérsia.

A fls. 1.132-1.134, proferi decisão tornando pública a lista de habilitados a participar da audiência pública.

Indeferi o pedido de ingresso, na qualidade de *amici curiae*, do IBDComb (fls. 1.140-1.141) e da União (fls. 1.187-1.188), em razão do momento processual em que se encontrava o presente feito.

Não conheci, ainda, do agravo regimental interposto pelo IBDComb (fls. 1.187-1.188)

A União apresentou embargos de declaração (fls. 1.246-1.250), aduzindo razões para o deferimento do seu ingresso na qualidade de *amicus curiae*, bem como omissão da decisão com relação ao não cabimento de agravo regimental contra a decisão que indefere o pedido de habilitação.

Foi realizada audiência pública, conforme notas taquigráficas de fls. 246-388, do expediente avulso.

Os habilitados juntaram documentos às fls. 73-244 do expediente avulso.

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso especial da CDL e pelo provimento dos demais recursos especiais.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (Relator): Eminentes colegas. Consigno, inicialmente, que este é um daqueles processos em cujo julgamento parte-se praticamente do “zero”, pois não tinha uma noção clara acerca do que seria o chamado “credit scoring”, ou simplesmente “credscore”.

Após a afetação do primeiro recurso especial, em face da provocação feita pelo NURER (Núcleo de Recursos Repetitivos e Repercussão Geral) do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, informando a existência de cerca de oitenta mil recursos a respeito desse tema, passei a receber advogados das partes interessadas em meu gabinete.

Nessas audiências, constatei que havia uma grande celeuma acerca da própria natureza do sistema “score” e do regime jurídico aplicável por se tratar de um tema novo no cenário jurídico.

Por isso, após determinar a subida de um segundo recurso especial (ação coletiva de consumo movida pelo Ministério Público) sobre o mesmo tema, decidi realizar a audiência pública no mês de agosto, cujas notas taquigráficas foram anexadas aos autos eletrônicos.

Ressalto que a audiência pública foi extremamente importante na formação do meu convencimento acerca das principais questões controvertidas a serem dirimidas para solução da controvérsia posta no presente processo.

Nesse ponto, os meus agradecimentos a todos os participantes da audiência pública e a todas as pessoas que colaboraram para a sua realização, especialmente aos colegas e aos servidores desta Casa.

Passo ao exame, preliminarmente, das questões incidentais suscitadas no curso da tramitação do presente recurso representativo de controvérsia, tendo optado por fazê-lo na data de hoje juntamente com o próprio recurso para agilizar o seu julgamento.

Após, analisarei a questão central controvertida devolvida ao conhecimento deste colegiado pelo recurso especial representativo de controvérsia e, posteriormente, será examinado individualmente o recurso especial interposto.

a) Agravo regimental interposto por Fernando Kleber do Carmo:

Início pelo agravo regimental interposto por Fernando Kleber do Carmo (fls. 612-636), o qual não é parte no presente processo e se irressignou contra a

decisão que ampliou a suspensão para todas as ações em trâmite e que ainda não tenham recebido solução definitiva sobre tema objeto do presente recurso.

Não conheço do agravo regimental por se tratar de recurso interposto por terceiro que não é parte no presente processo.

Ademais, ainda que fosse admitido, com o julgamento do presente caso como recurso representativo de controvérsia, seguindo o rito do art. 543-C, o agravo perde o seu objeto.

b) Embargos de declaração interpostos pela União (fls. 1.246-1.250):

Quanto aos embargos declaratórios opostos pela União, tenho que não devem ser conhecidos.

Com efeito, a União tomou conhecimento da afetação do presente recurso em março de 2014, conforme determinado no despacho de fl. 806.

Posteriormente, houve ampla divulgação da realização da audiência pública, nos termos da decisão de fls. 1.027-1.028, com prazo para habilitação até o dia 5.8.2014.

Somente em 20.8.2014, a União apresentou pedido de ingresso no feito, na qualidade de *amicus curiae*.

Portanto, entendi que, neste momento processual, não era hipótese de deferir o pedido, e nem admitir eventual recurso da decisão que o indeferiu.

c) Pedido de desentranhamento de documentos:

Com relação ao pedido da recorrente (fls. 1.251-1.252) de desentranhamento das petições da União e do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor Bancário - IBDConB, em razão do indeferimento do pedido de ingresso como *amici curiae*, indefiro o pedido.

As manifestações escritas ficam anexadas aos autos como contribuição para o exame pelo colegiado da temática controvertida.

d) Exame da controvérsia

O objeto central dos dois recursos especiais representativos de controvérsia situa-se na avaliação da licitude do chamado “credit scoring” como sistema de avaliação do risco de concessão de crédito.

Essa análise será desenvolvida nos seguintes tópicos:

- a) conceito de “credit scoring”;
- b) avaliação do risco de crédito nos contratos em geral;
- c) regulamentação dos arquivos de consumo pelo CDC;
- d) a Lei do Cadastro Positivo (Lei n. 12.414/2011);
- e) licitude do sistema “credit scoring”;
- f) limites: privacidade e transparência;
- g) dano moral.

1) Conceito de “credit scoring”

O chamado “credit scoring”, ou simplesmente “credscore”, é um sistema de pontuação do risco de concessão de crédito a determinado consumidor.

Trata-se de um método desenvolvido para avaliação do risco de concessão de crédito, a partir de modelos estatísticos, considerando diversas variáveis de decisão, com atribuição de uma nota ao consumidor avaliado conforme a natureza da operação a ser realizada.

Aproveitando-se da facilidade contemporânea de acesso aos bancos de dados disponíveis no mercado via “internet”, algumas empresas desenvolveram fórmulas matemáticas para avaliação do risco de crédito, a partir de modelos estatísticos, considerando diversas variáveis de decisão, atribuindo uma nota ao consumidor.

As “variáveis de decisão” são fatores que a experiência empresarial denotou como relevantes para avaliação do risco de retorno do crédito concedido. Cada uma dessas variáveis recebe uma determinada pontuação, atribuída a partir de cálculos estatísticos, formando a nota final.

Consideram-se informações acerca do adimplemento das obrigações (histórico de crédito), assim como dados pessoais do consumidor avaliado (idade, sexo, estado civil, profissão, renda, número de dependentes, endereço).

Por exemplo, no presente processo (Recurso Especial n. 1.419.697-RS), foi realizada a análise do risco de crédito da parte autora, ora recorrida (fl. 21).

Esclareceu-se, inicialmente, a metodologia de cálculo do “*SCPC Score Crédito*”, dizendo-se o seguinte:

O SCPC Score Crédito agrupa os consumidores em faixas de risco, tendo como parâmetro o comportamento médio esperado em termos de inadimplência

baseado no histórico de informações de mercado compartilhadas em nossas bases. A pontuação do Score varia de 0 a 1.000 e indica menor risco para a concessão de crédito a medida que se aproxima de 1.000.

Em seguida, atribuiu-se ao consumidor uma pontuação de 553, prestando-se, ainda, informações de que não constaria nenhum registro de débito, protesto, cheque ou ação civil para o documento avaliado.

A polêmica central do presente processo, devolvida ao conhecimento desta Corte, situa-se exatamente na verificação da licitude desse método de avaliação do risco de crédito.

2) Avaliação do risco de crédito nos contratos em geral

Relembre-se que, até hoje, antes da celebração dos contratos tradicionais (*v.g.* compra e venda de um imóvel), em um período pré-contratual, é realizada pelos interessados uma avaliação recíproca da idoneidade da outra parte e de sua capacidade financeira de honrar o negócio jurídico a ser celebrado.

Essa avaliação do risco de celebração do contrato envolve um conhecimento da pessoa do outro contratante, do objeto do contrato e do próprio conteúdo do contrato a ser celebrado, fazendo-se, assim, uma análise recíproca do risco do negócio a ser celebrado (risco do crédito).

Nos contratos de consumo, realizados em uma sociedade marcada pela massificação e pelo anonimato, os métodos tradicionais de avaliação do crédito passaram a se mostrar inadequados.

Recorde-se que, antes da disseminação da *internet* como sistema de comunicação, previamente à celebração de um contrato de compra e venda de um eletrodoméstico em uma loja, era preenchida uma ficha cadastral com pedido de concessão de crédito, com a indicação das informações comerciais do interessado para avaliação de seu risco de crédito diretamente pelo lojista.

Essa ficha cadastral era arquivada pela própria empresa, formando o seu cadastro de clientes.

No comércio, passou a ser sentida a necessidade de um maior dinamismo na troca dessas informações arquivadas nos cadastros de cada lojista.

Em 1955, surge, em Porto Alegre, organizado pela Câmara de Dirigentes Lojistas (CDL), o primeiro banco de dados para integração dessas informações, sendo denominado de Serviço de Proteção ao Crédito (SPC) do Brasil.

Posteriormente, foram criados em outros Municípios brasileiros, atingindo-se o expressivo número de 1600 CDLs instaladas em todo o Brasil.

Com a facilidade de conexão pela *internet*, formou-se o SPC-Brasil, em 2002, administrando um imenso banco de dados com alguns milhões de registros, transformando-se em Rede Nacional de Informações Comerciais (RENIC).

No setor privado, algumas empresas passaram a explorar economicamente o serviço de proteção ao crédito, com destaque para a Serasa Experian, com cerca de 50 anos de atuação no mercado brasileiro.

No setor público, o Banco Central do Brasil possui bancos de dados de proteção ao crédito, incluindo o CCF (Cadastro de Emitentes de Cheques), o CADIN (Cadastro Informativo dos Créditos de Órgãos e Entidade Federais não Quitados) e o CRC (Cadastro de Risco de Crédito). Enquanto os dois primeiros cadastros trabalham com informações negativas, o último atua também como um cadastro positivo de crédito.

Em função disso, em 1990, quando elaborado o Código de Defesa e Proteção do Consumidor (CDC), uma das preocupações foi com o controle dos arquivos de consumo.

3) Regulamentação dos arquivos de consumo pelo CDC

Os cadastros de devedores e os bancos de dados de proteção ao crédito, como modalidades de arquivos de consumo, receberam uma atenção especial do legislador do CDC, tendo sido devidamente regulamentados pelo art. 43 da Lei n. 8.078/1990 (CDC), nos seguintes termos:

Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

§ 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos.

§ 2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele.

§ 3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas.

§ 4º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público.

§ 5º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores.

Ressalte-se que o CDC não restringiu sua regulamentação aos cadastros ou bancos de dados de informações negativas (arquivos negativos), embora tenham-se tornado os mais comuns no mercado até poucos anos atrás (SPC, Serasa etc.).

A regulamentação legal englobou, como modalidades de arquivos de consumo, os cadastros de devedores e os bancos de dados de proteção ao crédito, apesar de prestarem serviços diferentes, conforme lembra **Herman Benjamin**, ao fazer a seguinte distinção:

Partilhando afinidades com os bancos de dados, os cadastros de consumidores deles se apartam em pelo menos três pontos.

Primeiro, a permanência das informações é acessória, já que o registro não é um fim em si mesmo, estando a manutenção dos dados vinculada ao interesse comercial atual ou futuro, mas sempre direto e particularizado, do arquivista em relação ao cliente cadastrado.

Segundo, tampouco funcionam os cadastros pigmentados pela aleatoriedade na coleta das informações. Exatamente porque o universo subjetivo que move o arquivista coincide com aquele da sua própria atuação empresarial (arquivista e fornecedor não são agentes econômicos diversos, confundindo-se na mesma pessoa), os “cadastráveis” tendem a ser delimitados, isto é, normalmente associados a um grupo pequeno de consumidores, efetivos ou potenciais. Em oposição à prática dos bancos de dados, é comum, uma vez que o consumidor deixe de transacionar com a empresa, a exclusão de seu nome do cadastro mantido.

Por derradeiro, os cadastros orientam-se pela transmissibilidade intrínseca ou interna, circulando e beneficiando somente ou preponderantemente o arquivista, que, como há pouco notamos, não é um terceiro, mas o fornecedor mesmo, sujeito de direito de relação jurídica de consumo. (BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos *et al.* Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 432).

O microssistema brasileiro de proteção do consumidor inseriu-se na preocupação mundial com a proteção da privacidade do consumidor ensejada

pelo desenvolvimento da informática, embora, no início da década de noventa, a *internet* ainda fosse incipiente no Brasil.

Herman Benjamin, um dos autores do Anteprojeto do CDC na Comissão presidida pela Professora Ada Pellegrini Grinover, lembra que uma das fontes de inspiração foi a *Fair Credit Reporting Act* (1970), dos Estados Unidos, cuja exposição de motivos consignava que “os serviços de proteção ao crédito vem assumindo papel vital no reunir e avaliar o crédito de consumidores e outras informações sobre eles”, mas concluindo no sentido de que “há uma necessidade de assegurar que esses serviços de proteção ao crédito exercitem suas graves responsabilidades com equidade, imparcialidade e respeito pelo direito à privacidade do consumidor” (BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos *et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 328).

Com efeito, a *Fair Credit Reporting Act* (1970) passou a regular a atuação dos chamados *credit bureaus*, que estavam no mercado norte-americano desde o final do Século XIX, atendendo a inúmeras reclamações acerca dos excessos cometidos na coleta dos dados: informações excessivamente subjetivas (*v.g.* estilo de vida), incompletas, inexatas e, até mesmo, obtidas de forma ilícita.

Essa lei sofreu modificações em 1996 pela *Consumer Reporting Reform Act* e, em 2003, pela *Fair and Accurate Credit Transactions Act*.

Na Europa, após anos de debates, foi editada pela União Européia a Diretiva n. 46/95, de 24.10.1995, estatuindo o modelo europeu de proteção dos dados pessoais e consagrando a proteção de dados pessoais como integrante dos direitos fundamentais do cidadão.

A característica do sistema europeu, a partir da edição da Diretiva n. 46/95, é uma regulamentação sistematizada e coordenada, disciplinando os mais variados bancos de dados públicos e privados, inclusive os referentes à proteção ao crédito. Além de uma autoridade autônoma, vinculada a União Européia, com poderes de fiscalização e sanção, cada Estado-membro deve também possuir autoridades responsáveis pela fiscalização dos bancos de dados em geral.

Embora os sistemas europeu e norte-americano sejam diferentes, apresentam pontos em comum, lembrados por **Leonardo Roscoe Bessa** (“*Cadastro Positivo: comentários à Lei 12.414/2011*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 59):

Apesar dessas diferenças estruturais, é possível identificar parâmetros de consenso na definição de alguns direitos e limites no tratamento de dados

personais. Ambos os modelos estabelecem o direito de acesso às informações pessoais, a possibilidade de se exigir retificação dos dados inexatos, a ideia de que os dados devem ser colhidos e utilizados para finalidades legítimas e previamente identificadas, a exigência de que os dados devem ser verdadeiros, atualizados, objetivos, relevantes, não excessivos. Acrescentem-se, ainda, o princípio de que o tratamento de dados devem observar limites temporais, bem como o princípio da segurança, vale dizer, devem ser adotadas medidas de segurança para impedir o acesso não autorizado aos dados.

(...)

Sem opção explícita por qualquer modelo, os parâmetros indicados foram absorvidos pelo legislador brasileiro, ao menos no que concerne ao tratamento de informações pelos bancos de dados de proteção ao crédito, cuja regulamentação se dá a partir de diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990) e a Lei n. 12.414/2011.

Esse é o contexto em que deve ser situada a regulamentação procedida, em 1990, pelo CDC e, em 2011, pela Lei n. 12.414/2011, denominada de lei do cadastro positivo.

Ressalte-se que o CDC, em seu art. 43, bem como a lei do cadastro positivo não proíbem os arquivos de consumo (cadastros e bancos de dados), estabelecendo apenas normas para o seu controle.

Aliás, os bancos de dados e os cadastros negativos receberam pleno reconhecimento pela jurisprudência do STJ, desde o seu início, merecendo lembrança a referência feita pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior no julgamento do Recurso Especial n. 22.337-RS, “É evidente o benefício que dele decorre em favor da agilidade e da segurança das operações comerciais, assim como não se pode negar ao vendedor o direito de informar-se sobre o crédito do seu cliente na praça, e de repartir com os demais os dados de que dele dispõe”. (p. 25)

Naturalmente, conferindo-se efetividade ao CDC, consolidou-se a jurisprudência do STJ no sentido da necessidade do controle, inclusive com a edição de várias súmulas acerca do tema, lembrando-se exemplificativamente alguns enunciados sumulares:

Súmula n. 323-STJ: A inscrição do nome do devedor pode ser mantida nos serviços de proteção ao crédito até o prazo máximo de cinco anos, independentemente da prescrição da execução.

Súmula n. 359-STJ: Cabe ao órgão mantenedor do Cadastro de Proteção ao Crédito a notificação do devedor antes de proceder à inscrição.

Súmula n. 385-STJ: Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento.

Nos últimos anos, esses cadastros de registros de informações negativas passaram a ser questionados pelo mercado de consumo, pois, sinalizando apenas o mau pagador, não valorizam o bom consumidor, que cumpre corretamente as suas obrigações.

Assim, após vários anos de discussão, foi editada a Lei n. 12.414/2011, conhecida por lei do cadastro positivo.

4) A Lei do Cadastro Positivo (Lei n. 12.414/2011)

A Lei n. 12.414/2011 foi antecedida da Medida Provisória n. 518, de 30.12.2010, sendo denominada de lei do cadastro positivo por estatuir normas voltadas à “disciplina e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para a formação de histórico de crédito”.

Na exposição de motivos da Medida Provisória, explicitou-se as seguintes razões para a sua edição:

2. Inicialmente, deve-se destacar que a formação do histórico de crédito de pessoas naturais e jurídicas permite o recebimento e o manuseio pelos bancos de dados não somente de informações de inadimplemento, hoje já permitido e disciplinado pelo Código de Defesa do Consumidor, mas também de adimplemento (informações “positivas”), que não apresentava um marco legal claro para sua utilização. Com a coleta e disseminação de informações sobre adimplemento, as pessoas poderão se beneficiar do registro de pagamentos em dia de suas obrigações, de modo a permitir a construção de seu histórico de crédito. Dessa forma, o mercado de crédito e de varejo poderá diferenciar de forma mais eficiente os bons e os maus pagadores, com a conseqüente redução do risco de crédito por operação, que permitirá a redução dos custos vinculados à expansão do crédito de uma forma geral.

3. Importa destacar, que a criação do histórico de crédito será particularmente benéfica para os bons pagadores de baixa renda, que em geral são percebidos pelo mercado como de alto risco, e, por isso, pagam as mais altas taxas de juros.

4. Ao disciplinar a formação do histórico de crédito, esta medida provisória estabeleceu regras claras sobre as garantias e os direitos dos cidadãos em relação às suas informações pessoais, de modo a permitir a adequada proteção da privacidade do cidadão e possibilitar o tratamento de dados pessoais sob um

patamar de licitude e boa-fé. Os dados pessoais merecem uma tutela importante pelo ordenamento jurídico, pois eles representam a própria pessoa e o seu tratamento influencia diretamente a sua vida, modelando e vinculando a sua privacidade e também as suas oportunidades, escolhas e possibilidades. A sua utilização, portanto, deve ter como fundamento a autodeterminação de cada pessoa em relação à utilização de suas próprias informações, permitindo que o cidadão possa escolher livremente a sua entrada no cadastro, bem como o seu cancelamento.

5. Quanto aos dispositivos desta medida provisória, deve-se destacar que o art. 1º define o escopo da medida e esclarece que os bancos de dados instituídos ou mantidos por pessoas jurídicas de direito público interno, como é o caso do Sistema de Informações de Crédito - SCR, do Banco Central do Brasil - BCB, serão regidos por legislação específica.

6. O art. 2º conceitua os diversos elos que proporcionarão a construção dos bancos de dados com informações de adimplemento, delinea o entendimento sobre o que seria anotação e estabelece a amplitude das informações que poderiam vir a compor o histórico de crédito.

7. Com vistas a eliminar dúvidas quanto à legalidade do fornecimento de informação para composição dos bancos de dados com informações de adimplemento, o *caput* do art. 3º e o § 2º do art. 4º autorizam, respectivamente, os bancos de dados a armazenarem tais informações e as fontes a fornecê-las, desde que respeitadas as condições estabelecidas nesta medida provisória e na sua regulamentação. Já o *caput* do art. 4º condiciona a abertura do cadastro à prévia autorização do potencial cadastrado.

8. Buscando resguardar a privacidade do cadastrado e o uso indevido das informações, o § 1º do art. 3º estipula que as informações armazenadas devem ser objetivas, claras, verdadeiras e de fácil compreensão, e devem se restringir àquelas que sejam entendidas como necessárias para avaliar a situação econômica do cadastrado. Neste mesmo entendimento, o § 3º do art. 3º disciplina que as informações tidas como excessivas ou sensíveis estão proibidas de serem anotadas.

9. O § 1º do art. 4º disciplina que, após a abertura do cadastro, a anotação de informação de adimplemento em bancos de dados independe de autorização e de comunicação ao cadastrado. Destaca-se que este é um ponto de grande importância para a viabilidade da construção dos bancos de dados com histórico de crédito, pois a exigência de autorização ou de comunicação para todas as anotações implicaria assunção de custos operacionais e de logística elevados por parte das empresas formadoras dos bancos de dados.

10. O art. 5º explicita ao cadastrado os seus direitos, como o de:

- (i) obter o cancelamento do cadastro quando solicitado;
- (ii) acessar gratuitamente, a qualquer tempo, às informações sobre ele existentes nos bancos de dados, inclusive o seu histórico, cabendo ao gestor

destes manter sistemas seguros, por meio eletrônico ou telefone, de consulta para informar a existência ou não de cadastro de informação de adimplemento de um respectivo cadastrado aos consulentes;

(iii) solicitar impugnação de qualquer informação sobre ele erroneamente anotada em banco de dados e ter sua imediata correção ou cancelamento e comunicação aos bancos de dados para os quais houve compartilhamento da informação;

(iv) conhecer os principais elementos e critérios considerados para a análise de risco, resguardado o segredo empresarial;

(v) ser informado previamente sobre o armazenamento, a identidade do gestor do banco de dados, o objetivo do tratamento dos dados pessoais e os destinatários dos dados em caso de compartilhamento;

(vi) solicitar a revisão de decisão realizada exclusivamente por meios automatizados; e

(vii) ter os seus dados pessoais utilizados somente de acordo com a finalidade para a qual eles foram coletados.

11. Reforçando as garantias dadas ao cadastrado, o art. 6º estabelece obrigações aos gestores dos bancos de dados no fornecimento de informações àquele, com destaque para a cópia de texto contendo sumário dos seus direitos, definidos em lei ou em normas infralegais pertinentes à sua relação com bancos de dados, bem como a lista dos órgãos governamentais aos quais poderá ele recorrer, caso considere que esses direitos foram infringidos.

12. O art. 7º disciplina que as informações constantes do banco de dados somente poderão ser utilizadas para realização de análise de risco de crédito do cadastrado e para subsidiar a concessão de crédito, a realização de venda a prazo ou outras transações comerciais e empresariais que impliquem risco financeiro ao consulente. Tais restrições asseguram a não utilização das informações para realização de outros fins que não os disciplinados na norma, como, por exemplo, telemarketing.

13. Para estimular a disseminação e a maior disponibilização de informações no conjunto de banco de dados, o art. 8º permite, desde que expressamente autorizado pelo cadastrado, o compartilhamento e a troca de informações entre os mesmos, bem como atribui a devida responsabilidade aos gestores dos bancos de dados, sejam eles quem anotou originalmente a informação ou não.

14. Para evitar danos à competição no sistema de bancos de dados, o art. 9º veda a exigência de exclusividade no fornecimento de informações ao banco de dados por uma determinada fonte.

15. O art. 10 permite a inclusão de informação sobre o cumprimento das obrigações financeiras relativas aos serviços de prestação continuada de água, esgoto, eletricidade, gás e telecomunicações, vedando-se, entretanto, a anotação

de informação de serviço de telefonia móvel. Importa destacar que a possibilidade de registro de tais informações é de suma importância para as pessoas de menor poder aquisitivo, que têm enorme dificuldade de acesso a linhas de crédito, seja pela falta de comprovação de renda regular, seja pela inexistência de bens para oferecimento como garantia. A exclusão das informações sobre telefonia móvel se deve a dois fatores: em primeiro lugar, a relação entre os consumidores e as operadoras é muito instável, havendo comumente a troca de operadora, o que será reforçado com o advento da portabilidade do número; em segundo lugar, a grande maioria dos consumidores se utiliza da modalidade pré-paga, que para fins de formação do histórico de crédito não tem nenhuma utilidade, pois trata-se de uma compra a vista.

16. Dado o volume de informações já detidas pelas instituições financeiras e a importância destas para a construção dos bancos de dados, estipula-se no art. 11 que as mesmas devem fornecer aos bancos de dados indicados as informações relativas ao seu cliente, quando por ele solicitado. Desta forma, respeita-se o sigilo bancário das informações, que só podem ser repassada com autorização do titular das mesmas, e assegura-se a possibilidade de acesso dos bancos de dados a um amplo conjunto de dados já constituído e de grande qualidade.

17. Face a necessidade de maior detalhamento dos temas disciplinados nesta medida provisória, o art. 12 atribui ao Poder Executivo competência para regulamentá-la, em especial quanto ao uso, guarda, escopo e compartilhamento das informações recebidas por bancos de dados, e quanto ao disposto no art. 5º.

18. O art. 13 estipula o prazo de quinze anos para manutenção de informações de adimplemento em banco de dados, o art.14 disciplina o conjunto de bancos de dados que pode ser acessado pelos consulentes e o art. 15 dispõe que o banco de dados, a fonte e o consulente são responsáveis objetiva e solidariamente pelos danos materiais e morais que causarem ao cadastrado.

19. Por fim, o art. 16 esclarece que nas situações em que o cadastrado for consumidor, caracterizado conforme o Código de Defesa do Consumidor, aplicam-se as sanções e penas previstas no Código e abre-se a possibilidade de os órgãos de proteção e defesa do consumidor criados pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, aplicarem medidas corretivas para determinar a obrigação de fazer aos bancos de dados.

20. Em suma, com este conjunto de medidas, espera-se dotar o País de um arcabouço legal que incentive a troca lícita de informações pertinentes ao crédito e as transações comerciais, reduzindo o problema da assimetria de informações e proporcionando novos meios para redução das taxas de juros e para ampliação das relações comerciais, com a adequada proteção da privacidade das pessoas.

Esses são os motivos, Excelentíssimo Senhor Presidente da República, pelos quais submetemos à elevada consideração de Vossa Excelência o anexo projeto de medida provisória.

Fica claro, assim, que uma das principais preocupações da Lei n. 12.414/2011 é a tutela do consumidor em vários aspectos relevantes, inclusive a proteção da sua honra e privacidade.

O mercado adaptou-se ao novo estatuto legal, servindo de exemplo a “Central de Risco do Banco Central”, que passou a se denominar “Sistema de Informações de Crédito do Banco Central” (SCR).

Nesse contexto normativo, deve ser avaliada a licitude do sistema “credit scoring”.

5) Licitude do sistema “credit scoring” e seus limites

A avaliação da licitude do sistema “credit scoring” deve partir da premissa de que não se trata de um cadastro ou banco de dados de consumidores, mas de uma metodologia de cálculo do risco de crédito, utilizando-se de modelos estatísticos e dos dados existentes no mercado acessíveis via “internet”.

Constitui, em síntese, uma fórmula matemática ou uma ferramenta estatística para avaliação do risco de concessão do crédito.

Sua origem é um trabalho elaborado por **David Durand**, em 1941, denominado “Risk Elements in Consumer Installment Financing”, em que foi desenvolvida a técnica estatística de análise discriminante para distinguir os bons e os maus empréstimos, atribuindo-se pesos diferentes para cada uma das variáveis escolhidas para execução do seu método, que foi denominado “credit scoring” (AMORIM NETO, Antônio Alves, e CARMONA, Charles Ulisses de Montreuil. *Modelagem do risco de crédito: um estudo do segmento de pessoas físicas em um banco de varejo*. Programa de Pós-Graduação da UFPE. REAd, ed. 40, vol. 10, n. 4, jul-ago 2004, p. 4).

A partir da década de sessenta, esse sistema de pontuação de crédito passou a ser amplamente utilizado nos EUA nas operações de crédito ao consumidor, especialmente nas concessões de cartão de crédito.

No Brasil, a preocupação com a administração do risco de crédito incrementa-se após 1994, em face do controle da inflação ensejado pelo Plano Real e da ampliação do crédito concedido para pessoas físicas.

A Lei n. 12.414/2011 faz menção expressa aos sistemas de análise do risco de crédito em pelo menos dois momentos:

Art. 5º - São direitos do consumidor cadastrado:

(...)

IV - conhecer os principais elementos e critérios considerados para a *análise do risco de crédito*, resguardado o segredo empresarial”).

Art. 7º - As informações disponibilizadas nos bancos de dados somente poderão ser utilizadas para:

I - realização de *análise de risco de crédito do cadastrado*;

Assim, essa nova prática comercial é lícita, mas deve respeito aos princípios basilares do sistema jurídico brasileiro de proteção do consumidor, desenvolvido no sentido da tutela da privacidade e da exigência da máxima transparência nas relações negociais, partindo do Código Civil, passando pelo CDC e chegando-se a Lei n. 12.414/2011.

6) Privacidade:

No aspecto relativo à privacidade, devem ser respeitados os direitos fundamentais previstos no art. 5º, X, da Constituição Federal (“X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material e moral decorrente de sua violação”), com especial destaque para os direitos de personalidade regulamentados pelo Código Civil de 2002 (artigos 11 a 21), estatuinto-se o seguinte:

Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

Adriano de Cupis, em sua obra clássica denominada “Os Direitos da Personalidade”, anota que “a personalidade, se não se identifica com os direitos e com as obrigações jurídicas, constitui precondição deles, ou seja, o seu fundamento e pressuposto”, acrescentando que os direitos da personalidade são aqueles destinados a dar conteúdo à personalidade humana, como a vida, a integridade física, a liberdade, a honra, a vida privada (DE CUPIS, Adriano. *Os Direitos da Personalidade*. Campinas: Romana, 200, pp. 21 e 23).

Por serem direitos inerentes à própria personalidade, apresentam como características a intransmissibilidade, a indisponibilidade e a irrenunciabilidade, consoante expresso no art. 11 do CC/2002. Constituem “direitos essenciais”, sem os quais a personalidade restaria uma suscetibilidade completamente irrealizada e sem os quais os demais direitos subjetivos perderiam interesse para o indivíduo, tendo sido qualificados como direitos inatos ou naturais pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

Modernamente, os direitos da personalidade passaram a ser regulados, de forma crescente, pelas principais codificações civis europeias, com destaque para os Códigos Civis da Alemanha (§ 12), Itália (arts. 5º a 10) e Portugal, sendo que o CC português de 1966, em seus artigos 70 a 81, conferiu-lhes uma ampla proteção, iniciando-se por uma cláusula geral de tutela dos direitos da personalidade, *verbis*:

Art. 70º (tutela geral da personalidade): “1. A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral. 2. Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida.”

Não tendo sido suficiente essa regulamentação no seio das codificações civis para a sua efetiva proteção, como evidenciaram as atrocidades cometidas ao longo da Segunda Guerra Mundial, foram elevados para o patamar constitucional, passando a ser arrolados entre os direitos fundamentais nas principais constituições contemporâneas, com especial destaque para Itália (1947) e Alemanha (1949), que abrem suas cartas constitucionais com a exigência de respeito à dignidade da pessoa.

Paulo Luiz Netto Lôbo (“Danos morais e direito da personalidade”. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v. 2, n. 6, abr./jun. 2001) anota que não devem ser confundidos direitos fundamentais e direitos da personalidade, pois nem todos os direitos fundamentais são direitos da personalidade, como ocorre com as garantias constitucionais, que não são inatas à pessoa, mas conquistas externas (p. 85).

Capelo de Sousa (CAPELO DE SOUSA, Rabindrath V. A. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 581), analisando os direitos de personalidade e os direitos fundamentais, observa que:

A afinidade emerge da parcial sobreposição ao nível da pessoa humana de dois planos jurídico-gnoseológicos: o do direito civil, onde se fundam os direitos da personalidade, e o do direito constitucional, donde irradiam os direitos fundamentais.

E, após distingui-los, conclui:

Logo se concluirá que, embora muitos e diversos direitos de personalidade sejam também direitos fundamentais, nem todos os direitos de personalidade constituem direitos fundamentais e, ao invés, nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade.

No Brasil, a proteção da honra e da privacidade constituem tanto direitos fundamentais contemplados no art. 5º, X, da Constituição Federal, como direitos da personalidade, regulados pelos artigos 11 a 21 do Código Civil.

A preocupação com a proteção da privacidade começa nos EUA o final do Século XIX, obtendo uma sistematização na Alemanha ao longo do Século XX.

Em 1890, em Boston, **Warren e Brandeis** passam a discutir *the right to be let alone* (o direito de ser deixado só ou em paz), em seu artigo *The Right to Privacy* (**WEINGARTNER NETO, Jaime. Honra, privacidade e Liberdade de Imprensa: uma pauta de justificação penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 69.)

A motivação foram os mexericos da imprensa acerca do salão de festas da esposa de Samuel Warren, elegante dama da sociedade, filha de senador e esposa de advogado renomado. Em 1902, a Corte local rejeitou, por maioria de quatro votos a três, a alegação de violação à intimidade. Os fundamentos essenciais para o reconhecimento da *privacy* são a *I Amendment* (liberdade de expressão e de imprensa), *IV Amendment* (proteção das pessoas, domicílio e correspondência contra não razoáveis buscas e intervenções) e *VI Amendment* (devido processo legal).

Apesar da derrota judicial, a tese teve boa recepção pela opinião pública americana e a *privacy* foi acolhida, posteriormente, pelo *Restatement (First) of Torts*, em 1939, elaborado pelo *American Law Institute* (Seção 867 - direito à vida privada).

Na Alemanha, a jurisprudência, especialmente do Tribunal Constitucional Federal, ao longo do Século XX, a partir da Lei Fundamental de Bonn (art. 2.1), desenvolveu a noção de privacidade e intimidade como uma faceta do direito

geral de personalidade, tendo como seu fundamento último a própria dignidade da pessoa humana.

Protege-se a liberdade “que assiste a cada pessoa de decidir quem e em que termos pode tomar conhecimento e ter acesso a espaços, eventos ou vivências pertinentes à respectiva área de reserva” (ANDRADE, Manoel da Costa. *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal: uma perspectiva jurídico-criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996).

Tradicionalmente, na jurisprudência alemã, a proteção da vida privada era analisada na perspectiva de três graus ou esferas distintas: intimidade, privacidade e publicidade.

A publicidade é a área de atuação pública de cada pessoa, exposta ao interesse público em geral, e que, conseqüentemente, apresenta livre atuação pelos meios de comunicação em geral.

A privacidade é uma esfera intermediária, cuja proteção é inversamente proporcional ao estatuto social da pessoa; assim, quanto mais pública a pessoa, menor o grau de proteção.

A intimidade é o último e inviolável reduto da liberdade pessoal, que não pode ser devassada por mais pública que seja a pessoa.

Esses graus de proteção da vida privada serviram de referência para a doutrina e para a jurisprudência alemã estabelecerem os limites da liberdade de imprensa, embora recentemente esses conceitos tenham sido revisitados.

Note-se que honra e privacidade, abrangendo esta a vida privada e a intimidade, são bens jurídicos distintos (ANDRADE, Manoel da Costa. *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal: uma perspectiva jurídico-criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 105).

Nas ofensas contra a honra, há a imputação de fatos inverídicos ou não verdadeiros contra a pessoa ofendida (calúnia, difamação, injúria).

Nas ofensas contra a privacidade ou a intimidade, os fatos revelados ou devassados são verdadeiros, mas invadem indevidamente uma esfera protegida do indivíduo.

7) Transparência e boa-fé na prestação de informações:

O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 4º, ao traçar os princípios reitores da política nacional das relações de consumo, faz expressa referência à transparência (“caput”) e à boa-fé (inciso III), que são complementares entre si.

O princípio da transparência busca estabelecer, na lição de Cláudia Lima Marques, “uma relação contratual mais sincera e menos danosa entre consumidor e fornecedor”. E complementa: “Transparência significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade a respeito das relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo” (MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 286).

Lembra Cláudia Lima Marques que transparência “não deixa de ser um reflexo da boa-fé exigida aos agentes contratuais (*op. cit.*, p. 343).

O princípio da boa-fé objetiva, devidamente positivado tanto no CDC (art. 4º, III, e art. 51, IV), como no Código Civil de 2002 (artigos 113, 187 e 422), constitui um modelo de conduta social ou um padrão ético de comportamento, que impõe, concretamente, a todo o cidadão que, na sua vida de relação, atue com honestidade, lealdade e probidade.

Não deve ser confundido com a boa-fé subjetiva (*guten Glauben*), que é o estado de consciência ou a crença do sujeito de estar agindo em conformidade com as normas do ordenamento jurídico (*v. g.* posse de boa-fé, adquirente de boa-fé, cônjuge de boa-fé no casamento nulo).

O princípio da boa-fé objetiva (*Treu und Glauben*) foi consagrado pelo § 242 do BGB, estabelecendo simplesmente o seguinte:

§ 242. O devedor deve cumprir a prestação tal como exige a boa-fé e os costumes do tráfego social.

A partir dessa cláusula geral de boa-fé, a doutrina alemã desvendou esse novo princípio do sistema de direito privado.

A boa-fé objetiva (*Treu und Glauben*) apresenta-se, em particular, como um modelo ideal de conduta, que se exige de todos os integrantes da relação obrigacional (devedor e credor) na busca do correto adimplemento da obrigação, que é a sua finalidade.

Almeida Costa, após afirmar que a boa-fé objetiva constitui um *standard* de conduta ou um padrão ético-jurídico, esclarece que ela estabelece que “os membros de uma comunidade jurídica devem agir de acordo com a boa-fé, consubstanciando uma exigência de adotarem uma linha de correção e probidade, tanto na constituição das relações entre eles como no desempenho

das relações constituídas. E com o duplo sentido dos direitos e dos deveres em que as relações jurídicas se analisam: importa que sejam aqueles exercidos e estes cumpridos de boa-fé. Mais ainda: tanto sob o ângulo positivo de se agir com lealdade, como sob o ângulo negativo de não se agir com deslealdade” (ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das Obrigações*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 113 e segs.).

A inexistência, no Código Civil brasileiro de 1916, de cláusula geral semelhante ao § 242 do BGB ou a do art. 227, n. 1, do Código Civil português não impediu que a boa-fé passasse a ser reconhecida em nosso sistema jurídico por constituir um dos princípios fundamentais do sistema de direito privado.

A jurisprudência já vinha utilizando o princípio da boa-fé objetiva para solução de casos concretos.

A partir do CDC, esse obstáculo foi superado, pois a boa-fé foi consagrada como um dos princípios fundamentais das relações de consumo (art. 4º, III) e como cláusula geral para controle das cláusulas abusivas (art. 51, IV).

Assim, a partir de 1990, o princípio da boa-fé foi expressamente positivado no sistema de direito privado brasileiro, podendo ser aplicado, com fundamento no art. 4º da LICC, a todos os demais setores.

No Código Civil de 2002, o princípio da boa-fé objetiva foi expressamente contemplado, inserindo-se como expressão, conforme **Miguel Reale**, de sua diretriz ética. Exatamente a exigência ética fez com que, por meio de um modelo aberto, fosse entregue à hermenêutica declarar o significado concreto da boa-fé, cujos ditames devem ser seguidos desde a estipulação de um contrato até o término de sua execução.

Na relação obrigacional, a boa-fé exerce múltiplas funções, desde a fase anterior à formação do vínculo, passando pela sua execução, até a fase posterior ao adimplemento da obrigação: interpretação das regras pactuadas (função interpretativa), criação de novas normas de conduta (função integrativa) e limitação dos direitos subjetivos (função de controle contra o abuso de direito).

Em sua função interpretativa, prevista no art. 113 do Código Civil brasileiro de 2002, a boa-fé auxilia no processo de interpretação das cláusulas contratuais. Colabora, dessa forma, para uma análise objetiva das normas estipuladas no pacto.

Na sua função de controle, limita o exercício dos direitos subjetivos, estabelecendo para o credor, ao exercer o seu direito, o dever de ater-se aos

limites traçados pela boa-fé, sob pena de uma atuação antijurídica, consoante previsto pelo art. 187 do Código Civil brasileiro de 2002.

Evita-se, assim, o abuso de direito em todas as fases da relação jurídica obrigacional, orientando a sua exigibilidade (pretensão) ou o seu exercício coativo (ação).

Desenvolveram-se fórmulas, sintetizadas em brocardos latinos, que indicam tratamentos típicos de exercícios inadmissíveis de direitos subjetivos, como a *supressio* (o não-exercício de um direito durante longo tempo poderá ensejar a sua extinção), a *tuo quoque* (aquele que infringiu uma regra de conduta não pode postular que se recrimine em outrem o mesmo comportamento) e a *venire contra factum proprium* (exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento anterior do exercente).

A função integrativa da boa-fé, tendo por fonte o art. 422 do Código Civil brasileiro de 2002, permite a identificação concreta, em face das peculiaridades próprias de cada relação obrigacional, de novos deveres, além daqueles que nascem diretamente da vontade das partes.

Ao lado dos deveres primários da prestação, surgem os deveres secundários ou acidentais da prestação e, até mesmo, deveres laterais ou acessórios de conduta. Enquanto os deveres secundários vinculam-se ao correto cumprimento dos deveres principais (*v. g.* dever de conservação da coisa até a tradição), os deveres acessórios ligam-se diretamente ao correto processamento da relação obrigacional (*v. g.* deveres de cooperação, de informação, de sigilo, de cuidado).

O dever de informação constitui consectário da função integrativa da boa-fé objetiva, tendo assumido cada vez maior importância em nossa sociedade de consumo massificada.

A impessoalização das relações de consumo, envolvendo, de um lado, um fornecedor profissional e, de outro lado, um consumidor anônimo, exigem o máximo de transparência, sinceridade e lealdade entre as partes.

Assim, a informação constitui um direito básico do consumidor, que tem sua matriz no princípio da boa-fé objetiva.

O *marketing* agressivo e impessoal é utilizado apenas como elemento de persuasão do consumidor à aquisição de determinado produto ou serviço. Ressaltam-se os seus aspectos positivos, relacionados à sua utilidade e conforto, esquecendo-se o fornecedor de efetivamente informar os consumidores acerca da sua correta utilização e dos riscos por eles ensejados pelos produtos e serviços

ofertados. Frequentemente, o consumidor deixa de ser alertado para os perigos oferecidos pelo produto adquirido.

Por isso, a Carta de Proteção do Consumidor, elaborada pelo Conselho da Comunidade Européia, em 17.5.1973, elencou a informação como um dos direitos básicos do consumidor.

Em 16.4.1985, a Assembléia Geral das Nações Unidas expediu a Resolução n. 30/248, que, entre as diretivas para proteção ao consumidor, estabelece a necessidade de amplo acesso a informação.

Em 1990, o CDC, seguindo a mesma linha, elencou, entre os direitos básicos do consumidor, “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem” (art. 6º, III).

No Brasil, como país em vias de desenvolvimento, a necessidade de prestação de informações claras pelos fornecedores assume um relevo especial, em face do grande número de pessoas analfabetas ou com baixo nível de instrução inseridas no mercado de consumo.

As informações devem ser prestadas em linguagem de fácil compreensão, enfatizando-se, de forma especial, as advertências em torno de situações de maior risco.

A legislação do consumidor, acompanhando a tendência moderna do direito privado, acolheu amplamente o dever de informação do fornecedor em vários momentos (art. 4º, IV, art. 6º, III, art. 8º, art. 12, art. 14, art. 18, art. 20, art. 31, art. 43, art. 46).

Enfim, o consumidor deve ser informado clara e objetivamente acerca de todos os aspectos atinentes à relação contratual desde o período pré-negocial, incluindo dever de máxima transparência dos arquivos de consumo.

8) Privacidade e transparência nos arquivos de consumo

O CDC e a Lei n. 12.414/2011 tiveram clara preocupação em proteger a privacidade do consumidor e assegurar o máximo de transparência nos arquivos de consumo em geral.

O CDC, em seu art. 43, ao regular os arquivos de consumo, deixou expresso:

- a) direito de acesso do consumidor às informações existentes sobre ele nesses cadastros e bancos de dados, além das respectivas fontes;
- b) dever de clareza dos arquivos;
- c) direito de retificação de informações incorretas;
- d) fixação de uma vida útil para essas informações (cinco anos).

Na mesma linha, a lei do cadastro positivo regulamentou a matéria, merecendo lembrança os principais deveres textualmente estabelecidos na Lei n. 12.414/2011, em seu art. 3º, *verbis*:

Art. 3º Os bancos de dados poderão conter informações de adimplemento do cadastrado, para a formação do histórico de crédito, nas condições estabelecidas nesta Lei.

§ 1º Para a formação do banco de dados, somente poderão ser armazenadas informações objetivas, claras, verdadeiras e de fácil compreensão, que sejam necessárias para avaliar a situação econômica do cadastrado.

§ 2º Para os fins do disposto no § 1º, consideram-se informações:

- I - objetivas: aquelas descritivas dos fatos e que não envolvam juízo de valor;
- II - claras: aquelas que possibilitem o imediato entendimento do cadastrado independentemente de remissão a anexos, fórmulas, siglas, símbolos, termos técnicos ou nomenclatura específica;
- III - verdadeiras: aquelas exatas, completas e sujeitas à comprovação nos termos desta Lei; e
- IV - de fácil compreensão: aquelas em sentido comum que assegurem ao cadastrado o pleno conhecimento do conteúdo, do sentido e do alcance dos dados sobre ele anotados.

§ 3º Ficam proibidas as anotações de:

- I - informações excessivas, assim consideradas aquelas que não estiverem vinculadas à análise de risco de crédito ao consumidor; e
- II - informações sensíveis, assim consideradas aquelas pertinentes à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas.

Essas limitações previstas na lei do cadastro positivo podem ser sintetizadas em cinco deveres a serem cumpridos pelo fornecedor do serviço:

- a) dever de veracidade;
- b) dever de clareza;

- c) dever de objetividade;
- d) vedação de informações excessivas;
- e) vedação de informações sensíveis.

Merecem especial destaque as informações proibidas, que são as qualificadas como excessivas e sensíveis.

Leonardo Roscoe Bessa explica a vedação às informações excessivas nos seguintes termos (*op. cit.* P. 93-94):

A Lei n. 12.414/2011 veda o tratamento de informações excessivas. Se pode ser verdadeiro que, sob a ótica econômica, quanto mais informações melhor se a avaliação de crédito (*more is better*), para o direito, para proteção jurídica da privacidade, é fundamental restringir, tanto no tempo, como na qualidade e quantidade, as informações que circulam pelos bancos de dados de proteção ao crédito.

A primeira forma de limitar a qualidade da informação que circula em arquivos de consumo é exigir que ela esteja vinculada ao propósito específico do banco de dados. Os dados coletados devem ser visivelmente úteis para os objetivos específicos do arquivo. Se não atenderem a esse pressuposto, a coleta e o tratamento da informação devem ser considerados ilegais, ilegítimos e ofensivos à privacidade (art. 5º, X, da CF).

A redação do inc. I do § 3º atende justamente a essa preocupação, pois consideram-se informações excessivas “aquelas que não estiverem vinculadas à análise de risco de crédito ao consumidor”.

Antes mesmo da edição da Lei n. 12.414/2011, era possível sustentar, em razão do núcleo essencial do direito à privacidade (art. 5º, X, da CF), que o tratamento de informações excessivas ou desvinculadas das finalidades específicas dos arquivos de consumo seria inconstitucional. O dispositivo comentado positiva tal entendimento.

De fato, para conferir significado mínimo à inviolabilidade da privacidade, prevista tanto na Constituição Federal (art. 5º, X) como no Código Civil (art. 21), há que ser estabelecidas restrições positivas. Não se cuida de desconsiderar a possibilidade de restrição ou conformação de direito fundamental, mas do cuidado em preservar o núcleo essencial do direito. É imprescindível, no âmbito da moderna concepção de proteção de dados, limitar tanto o conteúdo como a quantidade de informação que é tratada pelas entidades de proteção ao crédito.

A vedação de utilização de dados sensíveis busca evitar a utilização discriminatória da informação, conforme claramente definido pelo legislador como aqueles “pertinentes à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas.”

Desse modo, no sistema jurídico brasileiro, encontram-se devidamente regulados tanto o dever de respeito à privacidade do consumidor (*v.g.* informações excessivas e sensíveis), como o dever de transparência nessas relações com o mercado de consumo (*v.g.* deveres de clareza, objetividade e veracidade).

Além disso, devem ser respeitadas as limitações temporais para as informações a serem consideradas, estabelecidas pelo CDC e pela Lei n. 12.414/2011, que são de cinco anos para os registros negativos (CDC) e de quinze anos para o histórico de crédito (Lei n. 12.414/2011, art. 14).

No caso específico do “credit scoring”, devem ser fornecidas ao consumidor informações claras, precisas e pormenorizadas acerca dos dados considerados e as respectivas fontes para atribuição da nota (histórico de crédito), como expressamente previsto no CDC e na Lei n. 12.414/2011.

O fato de se tratar de uma metodologia de cálculo do risco de concessão de crédito, a partir de modelos estatísticos, que busca informações em cadastros e bancos de dados disponíveis no mercado digital, não afasta o dever de cumprimento desses deveres básicos, devendo-se apenas ressaltar dois aspectos:

De um lado, a metodologia em si de cálculo da nota de risco de crédito (“credit scoring”) constitui segredo da atividade empresarial, cujas fórmulas matemáticas e modelos estatísticos naturalmente não precisam ser divulgadas (art. 5º, IV, da Lei 12.414/2011: (...) “resguardado o segredo empresarial”).

De outro lado, não se pode exigir o prévio e expresso consentimento do consumidor avaliado, pois não constitui um cadastro ou banco de dados, mas um modelo estatístico.

Com isso, não se aplica a exigência de obtenção de consentimento prévio e expresso do consumidor consultado (art. 4º).

Isso não libera, porém, o cumprimento dos demais deveres estabelecidos pelo CDC e pela lei do cadastro positivo, inclusive a indicação das fontes dos dados considerados na avaliação estatística, como, aliás, está expresso no art. 5º, IV, da própria Lei n. 12.414/2011 (“São direitos do consumidor cadastrado (...) conhecer os principais elementos e critérios considerados para a análise do risco de crédito, resguardado o segredo empresarial”).

Assim, essas informações, quando solicitadas, devem ser prestadas ao consumidor avaliado, com a indicação clara e precisa dos bancos de dados utilizados (histórico de crédito), para que ele possa exercer um controle acerca

da veracidade dos dados existentes sobre a sua pessoa, inclusive para poder retificá-los ou melhorar a sua performance no mercado.

Devem ser prestadas também as informações pessoais do consumidor avaliado que foram consideradas para que ele possa exercer o seu direito de controle acerca das informações excessivas ou sensíveis, que foram expressamente vedadas pelo art. 3º, § 3º, I e II, da própria Lei n. 12.414/2011.

Não podem ser valoradas pelo fornecedor do serviço de “credit scoring” informações sensíveis, como as relativas à cor, à opção sexual ou à orientação religiosa do consumidor avaliado, ou excessivas, como as referentes a gostos pessoais, clube de futebol de que é torcedor etc.

Caracterizado abuso de direito pela utilização de informações sensíveis, excessivas, incorretas ou desatualizadas, a responsabilidade civil pelos danos materiais e morais causados ao consumidor consultado será objetiva e solidária do fornecedor do serviço de “credit scoring”, do responsável pelo banco de dados, da fonte e do consulente (art. 2º da lei do cadastro positivo), nos termos do art. 16 da Lei n. 12.414/2011, *verbis*:

Art. 16. O banco de dados, a fonte e o consulente são responsáveis objetiva e solidariamente pelos danos materiais e morais que causarem ao cadastrado.

Enfim, devem ser respeitados os limites traçados pela legislação brasileira, especialmente pelo CDC e pela Lei n. 12.414/2011, no sentido da proteção da privacidade do consumidor consultado e da máxima transparência na avaliação do risco de crédito, sob pena de caracterização de abuso de direito com eventual ocorrência de danos morais.

9) Dano moral

A última questão a ser enfrentada diz com o reconhecimento da ocorrência de dano moral nos casos de excesso na utilização do sistema.

Não há dúvida que o desrespeito à regulamentação legal do sistema “credit scoring”, por constituir abuso no exercício desse direito (art. 187 do CC), pode ensejar a ocorrência de danos morais.

A simples circunstância, porém, de se atribuir uma nota insatisfatória a uma pessoa não acarreta, por si só, um dano moral, devendo-se apenas oportunizar ao consumidor informações claras acerca dos dados utilizados nesse cálculo estatístico.

Entretanto, se a nota atribuída ao risco de crédito decorrer da consideração de informações excessivas ou sensíveis, violando sua honra e privacidade, haverá dano moral “in re ipsa”.

No mais, para a caracterização de um dano extrapatrimonial, há necessidade de comprovação de uma efetiva recusa de crédito, com base em uma nota de crédito baixa por ter sido fundada em dados incorretos ou desatualizados.

10) Teses sugeridas:

1) O sistema “credit scoring” é um método desenvolvido para avaliação do risco de concessão de crédito, a partir de modelos estatísticos, considerando diversas variáveis, com atribuição de uma pontuação ao consumidor avaliado (nota do risco de crédito).

2) Essa prática comercial é lícita, estando autorizada pelo art. 5º, IV, e pelo art. 7º, I, da Lei n. 12.414/2011 (lei do cadastro positivo).

3) Na avaliação do risco de crédito, devem ser respeitados os limites estabelecidos pelo sistema de proteção do consumidor no sentido da tutela da privacidade e da máxima transparência nas relações negociais, conforme previsão do CDC e da Lei n. 12.414/2011.

4) Apesar de desnecessário o consentimento do consumidor consultado, devem ser a ele fornecidos esclarecimentos, caso solicitados, acerca das fontes dos dados considerados (histórico de crédito), bem como as informações pessoais valoradas.

5) O desrespeito aos limites legais na utilização do sistema “credit scoring”, configurando abuso no exercício desse direito (art. 187 do CC), pode ensejar a responsabilidade objetiva e solidária do fornecedor do serviço, do responsável pelo banco de dados, da fonte e do consulente (art. 16 da Lei n. 12.414/2011) pela ocorrência de danos morais nas hipóteses de utilização de informações excessivas ou sensíveis (art. 3º, § 3º, I e II, da Lei n. 12.414/2011), bem como nos casos de comprovada recusa indevida de crédito pelo uso de dados incorretos ou desatualizados.

11) Análise do Recurso Especial n. 1.419.697-RS:

No recurso especial interposto pelo Banco Boa Vista, com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional, a recorrente apontou violação aos seguintes dispositivos legais:

(I) art. 535, II, do CPC, porquanto o acórdão recorrido teria deixado de enfrentar pontos omissos relevantes para o deslinde da causa;

(II) art. 267, VI, do CPC, pois a recorrente seria parte ilegítima para figurar no polo passivo da demanda, visto que (i) não possui qualquer ingerência sobre a tomada de decisões nos estabelecimentos comerciais para os quais presta serviços consultivos, não tendo influência sobre a concessão ou não de crédito por determinadas empresas; (ii) o seu serviço consiste em compilar dados cadastrais disponibilizados publicamente com cadastros de inadimplência para que o comerciante decida se concede ou não crédito ao consumidor;

(III) art. 333, II, do CPC, pois (i) restou comprovado que não é responsável pela negativação do crédito do consumidor, mas sim, o concedente do crédito, destinatário dos seus serviços; (ii) o SCPC SCORE CRÉDITO não possui qualquer relação com o cadastro positivo (consagrado pela Lei n. 12.414/2001), visto que não utiliza informações positivas dos consumidores; (iii) adota parâmetros similares aos de seguradoras de veículos, fornecendo dados estatísticos, baseados em critérios objetivos e de ciência de todos os envolvidos; (iv) não é possível falar na ocorrência de dano “in re ipsa”.

Passo ao exame do próprio recurso especial, iniciando pela análise da preliminar de ofensa ao art. 535 do CPC, que, adiantado, não merece acolhida.

Com efeito, apresenta-se deficiente a fundamentação do recurso especial na parte em que alega ofensa ao art. 535 do CPC se faz de forma genérica, não havendo a demonstração clara dos pontos do acórdão que se apresentam omissos, contraditórios ou obscuros.

Aplica-se, assim, o óbice da Súmula n. 284-STF.

Nesse sentido, merecem lembrança os seguintes precedentes do STJ: AgRg no Ag n. 1.130.264-SP, 6ª Turma, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS), DJe de 1º.7.2011; REsp n. 1.253.231-SC, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 3.11.2011; REsp n. 1.268.469-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 27.2.2012; e REsp n. 1.190.865-MG, 3ª Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, DJe de 1º.3.2012.

Rejeita-se, assim, a preliminar de violação ao art. 535 do CPC.

Passo ao exame do mérito.

Não merecem acolhida as alegações de ofensa ao art. 267, VI, e 333, II, do CPC, em face das conclusões estabelecidas na primeira parte do voto acerca da natureza do sistema “scoring”.

Merece acolhida a alegação de inoccorrência de dano “in re ipsa” se não houver prova da negativação do crédito do consumidor consultado, conforme já

aludido na primeira parte do voto, no sentido de que “o desrespeito aos limites legais na utilização do sistema “credit scoring”, configurando abuso no exercício desse direito (art. 187 do CC), (...) pode ensejar a ocorrência de danos morais nas hipóteses de utilização de informações excessivas ou sensíveis (art. 3º, § 3º, I e II, da Lei n. 12.414/2011), bem como nos casos de recusa indevida de crédito pelo uso de dados incorretos ou desatualizados.”

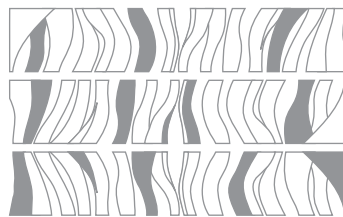
No caso, não tendo sido afirmada pelas instâncias ordinárias a comprovação de recusa efetiva do crédito ao consumidor recorrido, não é possível o reconhecimento da ocorrência de dano moral.

Assim, deve-se reconhecer a violação pelo acórdão recorrido, nesse tópico, do disposto no art. 333, II, do CPC, provendo-se o recurso especial para julgar improcedente a demanda indenizatória, com inversão dos encargos sucumbenciais, ressalvada a concessão na origem do benefício da assistência judiciária gratuita.

12) Conclusão

Ante o exposto, após não conhecer do agravo regimental e dos embargos declaratórios interpostos no curso do processamento do presente recurso representativo de controvérsia, *voto no sentido do parcial provimento do recurso especial para julgar improcedente a demanda indenizatória*, com inversão dos encargos sucumbenciais, ressalvada a concessão na origem do benefício da assistência judiciária gratuita.

É o voto.



Terceira Turma

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 46.510-MG (2014/0064949-0)

Relator: Ministro João Otávio de Noronha

Recorrente: M B de M

Advogados: Rodrigo Junqueira Reis Pimentel e outro(s)
Giovani Lucas Adad Altef

Recorrido: J V de B M

Advogado: Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais

EMENTA

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Pensão alimentícia. Sentença de procedência de ação de exoneração de alimentos. Dívida de duvidosa existência. Não justificativa para a prisão prevista no art. 733 do CPC. Recurso provido.

1. A decisão de procedência na ação de exoneração de alimentos retroage à data da citação da ação, a teor do art. 13, § 2º, da Lei n. 5.478/1968.

2. É ilegal a prisão decretada em decorrência do não pagamento de alimentos entre a data da citação da ação de exoneração e o trânsito em julgado do *decisum* de procedência, autorizando a concessão de salvo-conduto por meio da ação de *habeas corpus*.

3. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso em habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.
Brasília (DF), 5 de agosto de 2014 (data do julgamento).
Ministro João Otávio de Noronha, Relator

DJe 12.8.2014

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* com pedido liminar interposto em favor de M. B. de M., contra acórdão proferido pela Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais no HC n. 1.0000.13.096630-2/000, assim ementado:

Direito Constitucional. Direito Processual Civil. *Habeas corpus*. Execução de alimentos. Decreto de prisão. Devido processo legal. Via imprópria. Denegação.

- *Habeas corpus* não constitui via processual adequada para discutir questões tratáveis e resolvíveis em devido processo legal de execução de alimentos – que o próprio impetrante descreve, substituindo recursos previstos na legislação processual civil, no bojo dos quais se pode obter liminares com a mesma urgência e eficácia.

V.V – É legal e abusivo o decreto de prisão do executado por dívida alimentícia, e escusando-se o devedor justificadamente de fazê-lo, ao fundamento de haver adimplido até que ocorreu a exoneração da obrigação alimentar, não fixando a decisão eu o compele ao cárcere o real valor por ele devido, que torne líquido e certo o título executivo e enseje ao paciente a oportunidade párea que seja elidido.

O recorrente, com decreto de prisão expedido contra si, sustenta que a filha pleiteou pagamento de pensões em atraso no valor de um salário e meio ao mês, mas essa execução não conta com título líquido e certo, já que foi ajuizada ação de exoneração de alimentos, julgada procedente.

Aduz que os alimentos, até a data da citação na ação de exoneração, foram quitados, de modo que a verba cobrada diz respeito a alimentos que a exequente entende devidos entre a citação e o trânsito em julgado.

Contudo, defende-se nesta via, afirmando que, segundo estabelecem as disposições do art. 13, §§ 1º e 2º, da Lei n. 5.748/1968, os alimentos fixados, tenham sido majorados ou diminuídos, retroagem à data da citação. Assim, nada mais deve a título de pensão.

Concedi a liminar para afastar a prisão até o julgamento definitivo do presente feito.

O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 523-526, opinou pelo provimento do recurso ordinário.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): Ao conceder a liminar, afirmo que a higidez do título executivo que contém a obrigação de alimentos era duvidosa, já que se discutia se era devido o pagamento de pensão desde a citação até o trânsito em julgado da decisão de exoneração. Além disso, foi expedida ordem de prisão sem o valor que seria devido pelo ora recorrente.

A ação deve ser julgada procedente. Conforme afirmou o Ministério Público Federal, em qualquer circunstância, quer haja majoração, redução ou supressão como resultado da ação de exoneração de alimentos, ocorre retroação à data da citação, tendo em vista a repercussão no valor do débito que motiva a ordem prisional.

Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme demonstra o seguinte precedente:

Direito Processual Civil e Direito Civil. Família. Recurso especial. Alimentos. Execução extinta. Sentença em revisional que reduz os alimentos transitada em julgado. Retroatividade mantida. Embargos de declaração.

- Ao julgador não cumpre esmiuçar a questão sob a ótica tal como deduzida pela parte, bastando que dê solução adequada e fundamentada à controvérsia, sem omissões, contradições ou obscuridades no julgado.

- Em qualquer circunstância, seja reduzida, majorada ou efetivamente suprimida a pensão alimentícia, a decisão retroagirá à data da citação da revisional, a teor do art. 13, § 2º, da Lei de Alimentos – LA (n. 5.478/1968), remanescendo incólume, contudo, a irrepetibilidade daquilo que já foi pago.

Recurso especial conhecido, porém, não provido. (REsp n. 967.168-SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, DJe de 28.5.2008.)

No RHC n. 33.721-SP (DJe de 20.5.2013), o Ministro Raul Araújo cita a seguinte lição de Yussef Cahali (*Dos Alimentos*, 6ª ed. Revista dos Tribunais: 2011, São Paulo, p. 684-685):

Tratando-se de ação exoneratória ou de redução, os alimentos pagos até a sentença são irrepetíveis; quanto aos alimentos ou às diferenças não pagas pelo alimentante vitorioso, parece razoável e mesmo eqüitativo também reconhecer o efeito retroativo da sentença, para liberar o mesmo pagamento da pensão ou das diferenças pretéritas.

Parece não ser justo impor ao devedor o pagamento de uma dívida que sabe não ser devida e que não vai ser reembolsável!

Ademais, mostrando-se possível a redução liminar de pensão inicialmente fixada por força da aparente impossibilidade econômica do alimentante, *mais razão há a conceder-lhe eficácia retroativa - à data da citação na ação de revisão de alimentos - com o alcance do trânsito em julgado pela sentença que redimensiona o binômio necessidade-possibilidade.*

Os valores por ventura inadimplidos deverão, pois, ser alcançados pela referida decisão, não aqueles, todavia, pagos pelo devedor de alimentos, já que, não se deslembre, a verba é irrepetível.

Assim, tendo o STJ firmado o entendimento de que os efeitos da sentença de procedência da ação de exoneração deverão retroagir à data da citação, o decreto de prisão fundado nos valores que seriam devidos até o julgamento final do feito representa constrangimento ilegal, já que fundado em dívida inexistente.

Ante o exposto, *confirmo a liminar para conceder a ordem e revogar o decreto de prisão civil.*

É como voto.

—

RECURSO ESPECIAL N. 1.328.380-MS (2011/0233821-0)

Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze

Recorrente: L G

Advogados: Dagma Paulino dos Reis e outro(s)

Roberto Ribeiro Soares de Carvalho e outro(s)

Recorrido: A J A e outro

Advogado: Gustavo Romanowski Pereira e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Ação declaratória de maternidade c.c. petição de herança. Pretensão de reconhecimento *post mortem* de maternidade socioafetiva, com a manutenção, em seu assento de nascimento, da mãe registral. Alegação de que a mãe registral e a apontada mãe socioafetiva procederam, em conjunto, à denominada “adoção à brasileira” da demandante, quando esta possuía apenas dez meses de vida. 1. Ausência de fundamentação suficiente. Não ocorrência. 2. Cerceamento de defesa. Verificação. Julgamento antecipado da lide, reconhecendo-se, ao final, não restar demonstrada a intenção da pretensa mãe socioafetiva de “adotar” a autora. O estabelecimento da filiação socioafetiva requer a vontade clara e inequívoca da pretensa mãe socioafetiva, ao despender expressões de afeto, de ser reconhecida, voluntariamente, como tal, bem como a configuração da denominada “posse de estado de filho”, que, naturalmente, deve apresentar-se de forma sólida e duradoura. 3. Recurso especial provido, para anular a sentença, determinando-se o retorno dos autos à origem, a fim de viabilizar a instrução probatória.

1. A Corte de origem adentrou em todas as questões submetidas a sua análise, tendo apresentado fundamentação suficiente, segundo sua convicção. No ponto ora destacado, o Tribunal Estadual deixou assente que, embora se afigure possível o reconhecimento do estado de filiação, estribada no estabelecimento de vínculo socioafetivo, inclusive em hipóteses em que os pais formem um casal homossexual, *não restou demonstrado nos autos a intenção da pretensa mãe socioafetiva em, também, adotá-la*, sendo certo, ainda, que a mãe registral e a suposta mãe socioafetiva não constituíram um casal homoafetivo, tanto que esta última, posteriormente, casou-se com o primeiro demandado.

2. A constituição da filiação socioafetiva perpassa, necessariamente, pela vontade e, mesmo, pela voluntariedade do apontado pai/mãe, ao despender afeto, de ser reconhecido juridicamente como tal. É dizer: as manifestações de afeto e carinho por parte de pessoa próxima à criança somente terão o condão de convolarem-se numa relação de filiação, se, além da caracterização do estado de posse de filho, houver, por parte daquele que despende o afeto, clara e inequívoca intenção de ser concebido como pai/mãe daquela criança. Tal comprovação,

na hipótese dos autos, deve revestir-se de atenção especial, a considerar que a pretensa mãe socioafetiva já faleceu (trata-se, pois, de reconhecimento de filiação socioafetiva *post mortem*).

2.1. O Tribunal de origem, ao julgar o recurso de apelação, bem identificou a importância do aspecto sob comento, qual seja, a verificação da intenção da pretensa mãe de se ver reconhecida juridicamente como tal. Não obstante, olvidando-se que a sentença havia sido prolatada em julgamento antecipado (sem a concessão, portanto, de oportunidade à parte demandante de demonstrar os fatos alegados, por meio das provas oportunamente requeridas), a Corte local manteve a improcedência da ação, justamente porque o referido requisito (em seus dizeres, “a intenção de adotar”) não restou demonstrado nos autos. Tal proceder encerra, inequivocamente, cerceamento de defesa.

2.2. Efetivamente, o que se está em discussão, e pende de demonstração, é se houve ou não o estabelecimento de filiação socioafetiva entre a demandante e a apontada mãe socioafetiva, devendo-se perquirir, para tanto: *i*) a vontade clara e inequívoca da pretensa mãe socioafetiva, ao despender expressões de afeto, de ser reconhecida, voluntariamente, como mãe da autora; *ii*) a configuração da denominada “posse de estado de filho”, que, naturalmente, deve apresentar-se de forma sólida e duradoura. Todavia, em remanescendo dúvidas quanto à verificação dos referidos requisitos (em especial do primeiro, apontado pelo Tribunal de origem), após concedida oportunidade à parte de demonstrar os fatos alegados, há que se afastar, peremptoriamente, a configuração da filiação socioafetiva. É de se ressaltar, inclusive, que a robustez da prova, na hipótese dos autos, há de ser ainda mais contundente, a considerar que o pretendido reconhecimento de filiação socioafetiva refere-se à pessoa já falecida. De todo modo, não se pode subtrair da parte a oportunidade de comprovar suas alegações.

2.3. Em atenção às novas estruturas familiares, baseadas no princípio da *afetividade jurídica* (a permitir, em última análise, a realização do indivíduo como consectário da dignidade da pessoa humana), a coexistência de relações filiais ou a denominada multiplicidade parental, compreendida como expressão da realidade

social, não pode passar despercebida pelo direito. Desse modo, há que se conferir à parte o direito de produzir as provas destinadas a comprovar o estabelecimento das alegadas relações socioafetivas, que pressupõem, como assinalado, a observância dos requisitos acima referidos.

3. Recurso especial provido, para anular a sentença, ante o reconhecimento de cerceamento de defesa, determinando-se o retorno dos autos à instância de origem, de modo a viabilizar a instrução probatória, tal como requerido oportunamente pelas partes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília (DF), 21 de outubro de 2014 (data do julgamento).

Ministro Marco Aurélio Bellizze, Relator

DJe 3.11.2014

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze: L. G. interpôs recurso especial, com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional, contra acórdão unânime do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, assim ementado (e-stj, fls. 420):

Apelação cível. Ação declaratória de maternidade c.c. petição de herança. Preliminares. Intempestividade. Cerceamento de defesa. Afastadas. Mérito. Reconhecimento de dupla maternidade. Mãe de criação. Maternidade socioafetiva. Impossibilidade. Fins meramente econômicos. Recurso conhecido e não provido.

Deve ser reconhecida a tempestividade do recurso interposto dentro do prazo estabelecido no artigo 508, do CPC.

De acordo com o artigo 131 do CPC, cabe ao julgador avaliar as provas produzidas, sendo que se na visão do magistrado as provas apresentadas nos autos mostraram-se adequadas e suficientes, deve ser prestigiada a valoração do conjunto probatório e o livre convencimento motivado que lhe foi conferido, não havendo que se falar em cerceamento do direito de defesa.

Os Tribunais Superiores têm admitido a dupla maternidade, quando o pedido de adoção é formulado por casal homossexual. No entanto, a duplicidade de mães deve ser admitida quando requerida pela pretensa filha se não houve a manifestação da possível mãe de criação no sentido de tê-la como filha, mormente considerando que não formava um casal homossexual com a mãe adotiva.

Recurso conhecido e não provido.

O presente recurso especial é oriundo de ação declaratória de maternidade c.c. petição de herança, promovida por L. G. contra A. J. A. e J. da C. A., em que se pretende, em suma: *i)* o reconhecimento da relação de filiação entre a demandante e a Sra. F. F. da C. (então esposa do primeiro réu e mãe da segunda demandada), fundada na existência de vínculo socioafetivo, com a manutenção de seu assento de nascimento em que consta, como sua mãe, a Sra. P. A. G., declarando-se, por conseguinte, seu direito sucessório em relação a sua quota-parte no patrimônio deixado por aquela, cuja partilha já se operou; e *ii)* a declaração da paternidade, em relação ao primeiro demandado, caso haja concordância deste nesse sentido.

De acordo com os fatos narrados na petição inicial, a autora, aos dez meses de vida (1974), foi registrada pela Sra. P. A. G., mediante a denominada “*adoção à brasileira*”. Segundo noticiado, a referida “*adoção*”, na verdade, teria se dado em conjunto com a Sra. F. F. da C., que, à época, habitava o mesmo imóvel que a mãe registral. Afirmou a demandante ter sido criada pelas duas senhoras, reconhecendo-as como suas mães, indistintamente. Informou a acionante que a aludida situação perdurou até o ano de 1982, ocasião em que a Sra. F. F. da C. casou-se com o Sr. A. J. A., “com quem já estava namorando há uns três anos”, tendo este casal, posteriormente (em 1988), adotado uma criança, a ré J. da C. A.. De acordo com a narrativa, a despeito do rompimento da relação existente entre a Sra. P. e Sra. F., permaneceu a ter o tratamento de filha também por parte da Sra. F., especialmente em virtude da proximidade em que passaram a residir, ainda que em casas separadas. Aduziu a demandante que, quando sua mãe P. faleceu, passou a morar com a sua outra mãe, F., seu pai, A., e sua irmã, J.,

situação que perdurou até o seu casamento. Conforme alegado, o Sr. A., desde o início da convivência, passou a tratar a autora como se sua filha fosse. Noticiou, ao final, que, após o falecimento de F., ocorrido em 2007, foi abandonada pelo seu pai, A., para que a autora não participasse da partilha dos bens deixados por sua mãe.

Ao final, a demandante teceu os seguintes pedidos:

i) “reconhecer a relação de filiação entre a requerente e a Sra. F. F. da C., com o consequente registro na certidão de nascimento da mesma, para que passe constar, além do nome da mãe P. A. G., o nome da Sra. F. F. da C., passando, portanto, o nome da requerente para L. G. F., podendo ainda ser colocado o nome de seu pai A., se ele concordar com esse pedido”;

ii) “uma vez reconhecido o estado de filiação, deverá ser declarado o direito sucessório da requerente em relação a sua cota-parte no patrimônio deixado pela mãe, na forma do artigo 1.832 do CC, os quais serão apurados em fase de liquidação e partilha, inclusive com seu equivalente em dinheiro se parte dos bens não mais existirem, pois o processo de inventário já terminou tendo sido lavrado em cartório (fls. 02-15, e-STJ)

Apresentada contestação, infirmo-se integralmente a pretensão posta na inicial (e-stj, fls. 73-103), procedeu-se ao julgamento antecipado da lide.

Em primeira instância, a ação restou julgada improcedente, sob o fundamento de que o reconhecimento da maternidade socioafetiva somente teria cabimento se houvesse um abandono afetivo por parte da mãe registral, seja esta biológica ou adotiva, circunstância não ocorrente na espécie. O juízo sentenciante deixou assente, ainda, que a relação estabelecida entre a demandante e as pessoas próximas de sua família (que, naturalmente despenderam expressões de afeto àquela) não possui o condão de estabelecer vínculo de filiação, notadamente na hipótese dos autos, em que a pretensa mãe socioafetiva constituiu, posteriormente, família com o Sr. A. (e-stj, fls. 314-324,).

O Tribunal de origem manteve integralmente o desfecho da sentença, por fundamento diverso, qual seja, o de que não restou demonstrado nos autos que a apontada mãe socioafetiva teve, efetivamente, a pretensão de “adotar” a autora em conjunto com a mãe registral, que, é certo, não formavam um casal homossexual, tal como sugere a demandante. Concluiu-se que “a recorrente está pretendendo o reconhecimento da maternidade para fins econômicos e não simplesmente em razão dos vínculos socioafetivos, o que não pode ser admitido nos casos da espécie” (e-stj, fls. 420-432).

Nas razões do apelo excepcional, a recorrente, L. G., aponta violação dos arts. 128, 130, 131, 165, 330 e 458, II, do Código de Processo Civil; 1.593 do Código Civil; e 54 da Lei n. 6.015/1973. Sustenta, preliminarmente, a nulidade do acórdão recorrido por ausência de fundamentação suficiente, ao argumento de que o Tribunal de origem não enfrentou a matéria devolvida ao seu conhecimento, consistente na prescindibilidade da ocorrência de abandono afetivo da mãe registral, para que se possa reconhecer a maternidade socioafetiva, notadamente na hipótese dos autos em que as mães formavam um casal homoafetivo. Pugna, ainda, pelo reconhecimento de cerceamento de defesa, ante o julgamento antecipado da lide.

No mérito, afirma que o entendimento adotado pelas instâncias ordinárias impede a configuração de relação de filiação, proveniente do estabelecimento de vínculo socioafetivo, admitida pelos tribunais pátrios. Aduz, outrossim, que, de acordo com a lei registral, inexistente óbice para que uma criança seja registrada por duas pessoas do mesmo sexo, independentemente de serem homossexuais, embora, no caso em exame, a relação homoafetiva estabelecida entre as adotantes efetivamente se verificou.

Oferecidas contrarrazões (e-stj, fls. 456-490), o recurso especial, a princípio, não foi admitido, ante a não indicação da alínea do permissivo constitucional em que a insurgência encontra-se fundamentada (e-stj, fls. 502-504). Esta Terceira Turma, por ocasião do julgamento do AgRg no AREsp n. 59.701-MS, entendeu por bem submeter o recurso especial à análise do Colegiado (e-stj, fls. 574-575).

O Representante do Ministério Público Federal à fl. 555 (e-stj), informou inexistir interesse do *Parquet*, para atuar no feito, como *custos legis*.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze (Relator): De início, sobreleva consignar que a tese consistente na nulidade do acórdão impugnado, ante a ausência de fundamentação suficiente, efetivamente, não encontra respaldo nos autos.

Segundo alegado, o Tribunal de origem não teria enfrentado a matéria devolvida ao seu conhecimento, consistente na alegação de não ser relevante, para efeito de reconhecimento da maternidade socioafetiva, a ocorrência de

abandono afetivo da mãe registral, notadamente na hipótese dos autos em que as apontadas “mães”, de modo conjunto, procederam a sua adoção e a criaram como se filha fosse.

Diversamente do alegado, a Corte de origem adentrou em todas as questões submetidas a sua análise, tendo apresentado fundamentação suficiente, segundo sua convicção. No ponto ora destacado, o Tribunal estadual deixou assente que, embora se afigure possível o reconhecimento do estado de filiação, estribada no estabelecimento de vínculo socioafetivo, inclusive em hipóteses em que os pais formem um casal homoafetivo, *não restou demonstrado nos autos a intenção da Sra. F. em também adotá-la*, sendo certo, ainda, que a Sra. P. e a Sra. F. não constituíram um casal homossexual, tanto que esta última, posteriormente, casou-se com o primeiro demandado, o Sr. A..

Portanto, absolutamente insubsistente a assertiva expendida pela parte recorrente, quanto à insuficiência da fundamentação inserta no acórdão impugnado.

2. Da ocorrência de cerceamento de defesa.

Sobre a alegação de cerceamento de defesa, em decorrência do julgamento antecipado da lide, impende consignar que, ao magistrado, destinatário final do acervo probatório reunido nos autos, incumbe avaliar a pertinência, assim como a própria necessidade da produção de determinada prova. Aliás, em se tratando de matéria exclusivamente de direito, ou de direito e de fato, sem que haja necessidade de produção de prova em audiência, ao juiz é dada a possibilidade de conhecer diretamente do pedido, nos termos do art. 330, I, da lei adjetiva civil.

Sobreleva deixar assente, inclusive, que a pretensão de alterar o convencimento do magistrado quanto à suficiência da instrução e à conseqüente possibilidade de julgamento antecipado da lide envolve o reexame de matéria fática, o que, a teor do Enunciado n. 7 da Súmula desta Corte, não se admite. A respeito, destacam-se os seguintes precedentes: REsp n. 1.371.843-SP, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe 26.3.2014; REsp n. 1.371.431-RJ, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 8.8.2013; REsp n. 660.413-SP, Relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, DJe 1º.10.2014; e REsp n. 735.093-RJ, Relator Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, DJ 22.10.2007.

Deste modo, o julgamento antecipado da lide, por si só, não caracteriza cerceamento de defesa.

Diversa, entretanto, é a hipótese em que há o indeferimento da produção de determinada prova requerida por uma das partes, e, ao final, julga-se a demanda em contrariedade aos interesses desta, com fundamento, justamente, na ausência de demonstração dos fatos por ela alegados.

Como assinalado, a pretensão expendida pela demandante em sua exordial consistiu, resumidamente, no reconhecimento da filiação socioafetiva entre ela e a Sra. F. (falecida em 2007), mantida, em seu assentamento de nascimento, a mãe registral, a Sra. P. (também já falecida no ano de 1991). *Este pleito encontra-se lastreado no argumento de que as referidas senhoras procederam, em conjunto, à denominada “adoção à brasileira” da demandante, quando esta possuía apenas dez meses de vida (1974), constando do registro apenas a Sra. P., já que, à época, a referida relação não era admitida pelo ordenamento jurídico nacional. Conferindo-se efetividade a este propósito, argumentou a autora que fora criada, como se filha fosse, por ambas as “mães”, indistintamente, encontrando-se, por isso, estabelecido o vínculo socioafetivo, a propiciar o reconhecimento judicial da filiação pretendida.*

Em sua contestação, a parte adversa, dentre as argumentações expendidas, afirmou textualmente não ser possível ao Judiciário atribuir à Sra. F., após a sua morte e à sua revelia, *uma maternidade que jamais quis exercer*, pois se esse fosse o seu desejo, o teria feito em vida, inclusive, por meio de testamento (fls. 79-80, e-STJ). Requereu-se, na oportunidade, o depoimento pessoal da autora e oitiva de testemunhas, a serem, no momento adequado, arroladas.

Nesse ínterim, oportuno tecer a seguinte ponderação: a matéria em destaque, conforme se demonstrará, é de suma relevância ao desfecho da presente demanda, a considerar que a constituição da filiação socioafetiva perpassa, necessariamente, pela vontade e, mesmo, pela voluntariedade do apontado pai ou mãe, ao despende afeto, de ser reconhecido como tal. É dizer: as manifestações de afeto e carinho por parte de pessoa próxima à criança somente terão o condão de convolarem-se numa relação de filiação, se, além da caracterização do estado de posse de filho, houver, por parte daquele que despense o afeto, clara e inequívoca intenção de ser concebido como pai ou mãe daquela criança. Tal comprovação, na hipótese dos autos, deve revestir-se de atenção especial, a considerar que a pretensa mãe socioafetiva já faleceu (trata-se, pois, de reconhecimento de filiação socioafetiva *post mortem*).

Feito esse apontamento, e, retomando o raciocínio, assinala-se que a parte autora, em réplica, para efeito de demonstração dos fatos constitutivos de seu alegado direito, requereu a produção de provas, em especial a testemunhal, nos seguintes termos: “*Quanto às demais inverdades ditas pelos réus, como a de que a requerente não teria sido criada como filha de Fausta e Nena, os fatos ficarão devidamente comprovados na instrução processual, através de prova testemunhal. Não há dúvida que a hipótese é uma situação peculiar e delicada e que apenas os mais íntimos é que realmente tem conhecimento da veracidade dos fatos, e assim haverá de ser permitida a prova inclusive de parentes se de outro modo não puder ser feita por estranhos*” (e-stj, fl. 300).

O representante do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, de igual modo, ofertou parecer para que fosse designada audiência de instrução e julgamento, concedendo às partes oportunidade para produzir as provas tempestivamente requeridas (e-stj, fls. 313).

Não obstante a postulação de realização de instrução probatória por ambas as partes, o Magistrado de piso entendeu por bem julgar antecipadamente a lide.

É de se reconhecer que, *embora não tenha havido o enfrentamento da questão, tal como posta na inicial (“adoção à brasileira” da demandante feita em conjunto pela Sras. P. e F. e que, dando consecução a tal desiderato, teriam criado a autora como se filha fosse)*, o fundamento adotado na sentença, revelou-se suficiente em si, não caracterizando qualquer contrariedade com o procedimento adotado, que, como visto, obstou a produção de provas.

Como assinalado, na compreensão do Magistrado de piso, o reconhecimento da maternidade socioafetiva somente teria cabimento se houvesse um abandono afetivo por parte da mãe registral, seja esta biológica ou adotiva, circunstância não ocorrente na espécie. A corroborar este entendimento, anotou o Juízo sentenciante que a relação estabelecida entre a demandante e as pessoas próximas de sua família (que, naturalmente despenderam expressões de afeto àquela) não possui o condão de estabelecer vínculo de filiação, notadamente na hipótese dos autos, em que a pretensa mãe socioafetiva constituiu, posteriormente, família com o Sr. A. (e-stj, fls. 314-324).

O Tribunal de origem manteve a sentença de improcedência por fundamento diverso, *com enfrentamento da questão, tal como exposta na exordial*. Após afastar a alegação de cerceamento de defesa, a Corte estadual decidiu, expressamente, não restar demonstrado nos autos que a apontada mãe socioafetiva teve, efetivamente, a pretensão de “adotar” a autora em conjunto

com a mãe registral, que, é certo, não formavam um casal homossexual, tal como sugere a demandante, pois, posteriormente, a Sra. F. casou-se com A., com quem formou núcleo familiar próprio.

Pela pertinência, transcreve-se excerto do acórdão recorrido, a evidenciar a fundamentação adotada:

[...] Em matéria de filiação, a verdade real é o fato de o filho gozar da posse de estado, a prova mais exuberante e convincente do vínculo parental, havendo um viés ético na consagração da paternidade/maternidade socioafetiva. [...] Todavia, o caso dos autos traz algumas particularidades. Na verdade, consta dos autos que a recorrente foi adotada pela Sra. P. A. G. (fl. 20), tendo sido criada com o auxílio da Sra. F. F. da C., considerando ambas como mães. Após o falecimento de sua mãe adotiva, a recorrente afirma que passou a viver com a Sra. F., seu marido e irmã, mas que em 2007 esta também veio a falecer. Em razão do óbito, o Sr. A. J. A., então recorrido e marido da Sra. F., passou a rejeitar a apelante excluindo qualquer possibilidade de sua participação na herança deixada. Por tal razão, a recorrente pretende o reconhecimento da maternidade [...]

De fato, os Tribunais Superiores vêm admitindo a adoção por casal formado por pessoas do mesmo sexo. [...]

Ocorre que no caso paradigma, tratava-se de pedido de adoção formulado por um casal homossexual. Difere do exposto nos presentes autos, já que, *in casu*, a recorrente foi adotada apenas pela Sra. P., *não tendo havido demonstração da intenção da Sra. F. em também adotá-la, até porque ambas as mães não formavam um casal homossexual*. Tanto que a Sra. F. contraiu núpcias com o ora apelado. É o que restou bem destacado pelo ilustre procurador subscritor do parecer ao afirmar que “restando demonstrado que a apelante possui mãe adotiva e registral, e com esta sempre estabeleceu relação parental afetiva, não pode pretender o reconhecimento de uma filiação socioafetiva que não é espontânea e não foi voluntariamente assumida pela Sra. F., amiga íntima de sua mãe adotiva.” O que se vê, na verdade, é que a recorrente está pretendendo o reconhecimento da maternidade para fins econômicos e não simplesmente em razão dos vínculos socioafetivos, o que não pode ser admitido nos casos da espécie. (fls. 420-432, e-STJ).

É de se constatar, assim, que a improcedência da demanda, fundada no reconhecimento de que a autora não logrou êxito em demonstrar a intenção da Sra. F. de “adotá-la”, em que pese não ter sido concedido a ela oportunidade de produzir provas nesse sentido, importa em inequívoco cerceamento de defesa.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em circunstâncias procedimentais análogas à tomada no bojo dos presentes autos, assim manifesta-se:

Processual Civil. Agravo no recurso especial. Produção de provas necessárias para o exame da controvérsia. Julgamento antecipado da lide. Cerceamento de defesa. Provimento do recurso especial.

Súmulas n. 7-STJ e n. 283-STF. Não incidência.

1. A verificação de cerceamento de defesa com o julgamento antecipado da lide em que se concluiu pela improcedência do pedido por falta de comprovação do fato constitutivo do direito constitui questão de direito que afasta a incidência da Súmula n. 7-STJ.

2. Há cerceamento de defesa quando o juiz indefere a realização de prova oral e pericial, requeridas oportuna e justificadamente pela parte autora, com o fito de comprovar suas alegações, e o pedido é julgado improcedente por falta de provas. Precedentes.

3. Fundamento do acórdão recorrido quanto à validade do negócio jurídico que não subsiste face ao reconhecimento do cerceamento de defesa.

4. Agravo não provido. (AgRg no REsp n. 1.415.970-MT, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 7.8.2014, DJe 15.8.2014).

Agravo regimental no recurso especial. Processual. Julgamento antecipado da lide. Indeferimento de pedido realização de prova pericial. Cerceamento de defesa. Ocorrência.

1. É cediço que não configura cerceamento de defesa o julgamento da causa, sem a produção de prova, quando o Tribunal local entender substancialmente instruído o feito, declarando a existência de provas suficientes para seu convencimento.

2. Os princípios da livre admissibilidade da prova e do livre convencimento do juiz permitem ao julgador determinar as provas que entender necessárias à instrução do processo, bem como o indeferimento daquelas que considerar inúteis ou protelatórias.

3. Revela-se evidente o cerceamento de defesa quando as instâncias ordinárias julgam antecipadamente o feito, indeferindo a produção de provas, e conclui pela não comprovação do fato constitutivo aduzido pelo demandante. Precedentes.

4. Hipótese em que o Tribunal local, mantendo a sentença que julgou antecipadamente o feito, considerou não comprovados a capitalização mensal dos juros e o *spread* excessivo da instituição financeira, evidenciando o cerceamento de defesa.

5. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp n. 1.067.586-SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 22.10.2013, DJe 28.10.2013).

Nesse sentido, ainda: AgRg no AgRg no REsp n. 1.280.559-AP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 6.8.2013, DJe

13.9.2013; AgRg no REsp n. 1.151.137-MT, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 20.11.2012, DJe 26.11.2012; REsp n. 1.228.751-PR, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 6.11.2012, DJe 4.2.2013; AgRg no REsp n. 1.232.862-SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 28.6.2011, DJe 1º.8.2011; e REsp n. 948.289-RJ, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 9.12.2008, DJe 3.2.2009.

Conforme assinalado, o estabelecimento da filiação socioafetiva, demanda a coexistência de duas circunstâncias bem definidas e dispostas, necessariamente, na seguinte ordem: *i)* vontade clara e inequívoca do apontado pai ou mãe socioafetivo, ao despendar expressões de afeto à criança, de ser reconhecido, voluntária e juridicamente como tal; *ii)* configuração da denominada “posse de estado de filho”, compreendido pela doutrina como a presença (não concomitante) de *tractatus* (tratamento, de parte à parte, como pai/mãe e filho; *nomen* (a pessoa traz consigo o nome do apontado pai/mãe); e *fama* (reconhecimento pela família e pela comunidade de relação de filiação), que naturalmente, deve, apresentar-se de forma sólida e duradoura (Lôbo, Paulo, Direito Civil - Famílias. São Paulo. Editora Saraiva. 2008. p. 212)

Autorizada doutrina, em abordagem à filiação socioafetiva, bem identifica a necessidade da presença do claro e unívoco propósito de o pretenso pai ou mãe ser assim reconhecido, sob pena de imputar ao indivíduo, imbuído de elevado espírito de solidariedade, encargos que, efetivamente, não esteja disposto a arcar, a desestimular, inclusive, este salutar comportamento:

[...] Para além da posse de estado, porém, entende-se que a filiação socioafetiva requer um outro pressuposto principal: a unívoca intenção daquela que age como se genitor(a) fosse de se ver juridicamente instituído pai ou mãe. Assim porque nem todo aquele que trata alguém como se filho fosse quer torná-lo juridicamente seu filho. Afinal, a constituição da qualidade de pai ou mãe enseja, dentre outros efeitos, uma série de deveres jurídicos que, se não cumpridos espontaneamente, comportam, até mesmo, execução compulsória. Logo, é preciso ter cautela no estabelecimento deste parentesco socioafetivo, sob pena de - uma vez desmerecida a real vontade do pretenso ascendente - lhe suprimir a essência, qual seja sua edificação espontânea e pura. Essa manifestação inequívoca, então, há de ser expressa ou claramente dedutível de qualquer meio de prova idôneo, particular ou público, como o testamento, por exemplo. Na dúvida, fica prejudicada a caracterização do vínculo paterno ou materno-filial socioafetivo. [...] Esse é o cuidado necessário na análise das situações de posse de estado de filho, a fim de garantir que sejam fonte do elo filial socioafetivo apenas aquelas nas quais a pretensão parental dos envolvidos

seja indubitável. (Almeida, Renata Barbosa de; Rodrigues Júnior, Walsir Edson, Direito Civil - Famílias, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro. 2010. p. 390-391).

[...] Não obstante a codificação em vigor não reconheça a filiação socioafetiva, inquestionavelmente a jurisprudência dos pretórios brasileiros vem paulatina e reiteradamente prestigiando a prevalência da chamada “posse do estado de filho”, representando em essência o substrato fático da verdadeira e única filiação, *sustentada no amor e no desejo de ser pai ou de ser mãe, em suma, de estabelecer espontaneamente os vínculos da cristalina relação filial. A noção de posse do estado de filho vem recebendo abrigo nas reformas do direito comparado, o qual não estabelece os vínculos parentais com o nascimento, mas sim na vontade de ser genitor, e esse desejo é sedimentado no terreno da afetividade, e põe em xeque tanto a verdade jurídica como a certeza científica no estabelecimento da filiação* (Madeleno, Rolf, Curso de Direito de Família, 4ª edição, 2011, Editora Forense, Rio de Janeiro, p. 471-472) - grifos desta Relatoria.

O Tribunal de origem, ao julgar o recurso de apelação, bem identificou a importância do aspecto sob comento, qual seja, a verificação da intenção da pretensa mãe de se ver reconhecida juridicamente como tal. Não obstante, olvidando-se que a sentença havia sido prolatada em julgamento antecipado (sem a concessão, portanto, da oportunidade à parte demandante de demonstrar os fatos alegados, por meio das provas oportunamente requeridas), a Corte local manteve a improcedência da ação, justamente porque o referido requisito (em seus dizeres, “*a intenção de adotar*”) não restou demonstrado nos autos. Tal proceder encerra, inequivocamente, cerceamento de defesa.

De fato, para o reconhecimento da filiação socioafetiva, a manifestação quanto à vontade e à voluntariedade do apontado pai ou mãe de ser reconhecido juridicamente como tal deve estar absolutamente comprovada nos autos, o que pode ser feito por qualquer meio idôneo e legítimo de prova. Todavia, em remanescendo dúvidas quanto à verificação do apontado requisito, após concedida oportunidade à parte de demonstrar os fatos alegados, há que se afastar, peremptoriamente, a configuração da filiação socioafetiva.

Por oportuno, é de se ressaltar, inclusive, que a robustez da prova, na hipótese dos autos, há de ser ainda mais contundente, a considerar que o pretendido reconhecimento de filiação socioafetiva refere-se à pessoa já falecida. De todo modo, não se pode subtrair da parte a oportunidade de comprovar suas alegações.

Pela pertinência, destaca-se precedente desta Terceira Turma, que, guardadas as particularidades do caso (adoção póstuma), reputa ser

imprescindível, para o estabelecimento da filiação, a demonstração, de modo inequívoco, da vontade do apontado pai, já falecido, de efetivamente adotar, valendo-se, portanto, dos critérios de filiação socioafetiva:

Direito Civil e Processual Civil. Adoção póstuma. Manifestação inequívoca da vontade do adotante. Laço de afetividade. Demonstração. Vedado revolvimento de fatos e provas.

1. A adoção póstuma é albergada pelo direito brasileiro, nos termos do art. 42, § 6º, do ECA, na hipótese de óbito do adotante, no curso do procedimento de adoção, e a constatação de que este manifestou, em vida, de forma inequívoca, seu desejo de adotar.

2. *Para as adoções post mortem, vigem, como comprovação da inequívoca vontade do de cujus em adotar, as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva: o tratamento do adotando como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição.*

3. *Em situações excepcionais, em que demonstrada a inequívoca vontade em adotar, diante da longa relação de afetividade, pode ser deferida adoção póstuma ainda que o adotante venha a falecer antes de iniciado o processo de adoção.*

4. Se o Tribunal de origem, ao analisar o acervo de fatos e provas existente no processo, concluiu pela inequívoca ocorrência da manifestação do propósito de adotar, bem como pela preexistência de laço afetividade a envolver o adotado e o adotante, repousa sobre a questão o óbice do vedado revolvimento fático e probatório do processo em sede de recurso especial.

5. Recurso especial conhecido e não provido.

(REsp n. 1.326.728-RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 20.8.2013, DJe 27.2.2014).

A evidenciar a necessidade de produção probatória, ainda, não se pode deixar de reconhecer a própria insubsistência do fundamento adotado pelo Tribunal de origem, para corroborar a assertiva de “não demonstração da intenção da Sra. F. de adotar a autora”. Segundo a convicção externada pelo Corte estadual, tal conclusão poderia ser confirmada, também, pelo fato de que a Sra. F. e a Sra. P. não formavam um casal homoafetivo, pois, *em momento posterior*, a primeira casou-se com o Sr. A., formando um núcleo familiar próprio.

De fato, o casamento, em momento posterior (1982), entre a Sra. F. e o Sr. A., por si só, não significaria que aquele alegado relacionamento entre as senhoras P. e F. nunca existiu, e, principalmente, que não teria havido, por parte

destas, a intenção conjunta de “adotar” a demandante, que, segundo alega e pretende demonstrar, fora criada como se filha fosse pelas referidas senhoras, mesmo depois do rompimento deste relacionamento.

Efetivamente, o que se está em discussão, e pende de demonstração, é se houve ou não o estabelecimento de filiação socioafetiva entre a demandante e a Sra. F., devendo-se perquirir, para tanto: *i)* a vontade clara e inequívoca da pretensa mãe socioafetiva, ao despendar expressões de afeto, de ser reconhecida, voluntariamente, como mãe da autora; e *ii)* a configuração da denominada “posse de estado de filho”, que, naturalmente, deve apresentar-se de forma sólida e duradoura.

Deve-se atentar para o fato de que, em remanescendo dúvidas quanto à verificação dos referidos requisitos (em especial do primeiro, devidamente apontado pelo Tribunal de origem), após concedida oportunidade à parte de demonstrar os fatos alegados, há que se afastar, peremptoriamente, a configuração da filiação socioafetiva.

Por fim, deve-se consignar ao menos a possibilidade jurídica do pedido posto na inicial, acerca da dupla maternidade, conforme já reconhecido por esta Corte de Justiça por ocasião do julgamento do REsp n. 889.852-RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 27.4.2010, DJe 10.8.2010 (ressalvadas as particularidades, por óbvio, do caso ora sob exame).

Efetivamente, em atenção às novas estruturas familiares, baseadas no princípio da *afetividade jurídica* (a permitir, em última análise, a realização do indivíduo como consectário da dignidade da pessoa humana), a coexistência de relações filiais ou a denominada multiplicidade parental, compreendida como expressão da realidade social, não pode passar despercebida pelo direito.

Desse modo, há que se conferir à parte o direito de produzir as provas destinadas a comprovar o estabelecimento das alegadas relações socioafetivas, que pressupõem, como assinalado, a observância dos requisitos acima referidos.

3. Em conclusão, na esteira dos fundamentos expostos, dou provimento ao presente recurso especial, para, reconhecendo a ocorrência de cerceamento de defesa, anular a sentença, determinando-se o retorno dos autos à instância de origem, de modo a viabilizar a instrução probatória, tal como requerido oportunamente pelas partes.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.329.556-SP (2012/0124047-6)

Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva

Recorrente: Benedito Domingues

Advogado: Lázaro Ramos de Oliveira e outro(s)

Recorrido: Cogumelo do Sol Agaricus do Brasil Comércio Importação e Exportação Ltda.

Advogado: Noriyo Enomura e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Direito do Consumidor. Ação indenizatória. Propaganda enganosa. Cogumelo do Sol. Cura do câncer. Abuso de direito. Art. 39, inciso IV, do CDC. Hipervulnerabilidade. Responsabilidade objetiva. Danos morais. Indenização devida. Dissídio jurisprudencial comprovado.

1. Cuida-se de ação por danos morais proposta por consumidor ludibriado por propaganda enganosa, em ofensa a direito subjetivo do consumidor de obter informações claras e precisas acerca de produto medicinal vendido pela recorrida e destinado à cura de doenças malignas, dentre outras funções.

2. O Código de Defesa do Consumidor assegura que a oferta e apresentação de produtos ou serviços propiciem informações corretas, claras, precisas e ostensivas a respeito de características, qualidades, garantia, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, além de vedar a publicidade enganosa e abusiva, que dispensa a demonstração do elemento subjetivo (dolo ou culpa) para sua configuração.

3. A propaganda enganosa, como atestado pelas instâncias ordinárias, tinha aptidão a induzir em erro o consumidor fragilizado, cuja conduta subsume-se à hipótese de estado de perigo (art. 156 do Código Civil).

4. A vulnerabilidade informacional agravada ou potencializada, denominada *hipervulnerabilidade* do consumidor, prevista no art. 39, IV, do CDC, deriva do manifesto desequilíbrio entre as partes.

5. O dano moral prescinde de prova e a responsabilidade de seu causador opera-se *in re ipsa* em virtude do desconforto, da aflição e dos transtornos suportados pelo consumidor.

6. Em virtude das especificidades fáticas da demanda, afigura-se razoável a fixação da verba indenizatória por danos morais no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

7. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide A Terceira Turma, por maioria, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencido o Sr. Ministro Moura Ribeiro. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília (DF), 25 de novembro de 2014 (data do julgamento).

Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relator

DJe 9.12.2014

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva: Trata-se de recurso especial interposto por *Benedito Domingues*, com fundamento na alínea c do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro assim ementado:

Responsabilidade civil. Indenização por danos materiais e morais. Ação julgada parcialmente procedente. (...) *Demonstração de venda de produto impróprio ao consumo como medicamento e inadequado para o fim a que se destinava. Publicidade enganosa e abusiva. Art. 18, parágrafo 6º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor. Devolução do preço pago. Necessidade. Danos morais indevidos. Morte ocorrida depois de três anos da aquisição do produto. Mero dissabor que não justifica a indenização.* Provimento parcial da apelação da ré, prejudicado o recurso do autor. (...) Há demonstração suficiente de que a ré vendeu produto impróprio ao uso e consumo como medicamento, mesmo porque inadequado

para o fim a que se destinava por força de publicidade feita (art. 18, parágrafo 6º, inciso III, da Lei n. 8.078/1990) e de natureza enganosa e abusiva, merecendo ressarcido o consumidor pelo dispêndio de produto que se revelou sem a menor eficácia. *A ineficácia do produto para combater a neoplasia pode constituir em mágoa e aborrecimento, mas não atinge o direito de personalidade depois de três anos do uso e de continuidade no tratamento convencional.* Para que a indenização seja devida, é mister que o indivíduo tenha sido submetido à situação humilhante e vexatória, ausente na hipótese (fl. 276 - grifou-se).

Na origem, trata-se de ação de reparação por danos materiais e morais ajuizada pelo ora recorrente, beneficiário da justiça gratuita, contra a empresa ré, ora recorrida, que lhe vendeu, em 22.3.1999, no valor total de R\$ 540,00 (quinhentos e quarenta reais), o produto denominado “*Cogumelo do Sol*”, sob a promessa de que seria eficaz na promoção da cura do câncer. No caso, o autor adquiriu o “remédio” para seu filho Lucas da Silva, portador de câncer no fígado, em estado avançado, e que veio a óbito por carcinomatose em 27.3.2002, ou seja, três anos após a compra do “medicamento”.

Extrai-se da inicial a seguinte narrativa:

(...) *A sócia-proprietária da ré afirmou ao autor que o **Remédio Cogumelo do Sol teria resultado positivo garantido para a cura da doença após a sua utilização durante o período de 6 (seis) meses, visto que o remédio possuía propriedades terapêuticas e medicinais, agia na parte imunológica do organismo, diminuindo as células cancerígenas.*** Em vista disso, o autor, fragilizado pela enfermidade de seu filho, adquiriu o produto *Cogumelo do Sol* como solução para a doença (...). O produto *Cogumelo do Sol* **não trouxe qualquer resultado positivo na cura da doença do filho do autor**, até que no dia 27 de março de 2002, este veio a falecer.

O autor na hora do desespero foi induzido em erro pela empresa-ré, ao buscar a “solução” no Cogumelo do Sol, principalmente pela superficialidade com que a empresa-ré trata de dado essencial do produto, qual seja, a de que é alimento e não remédio, além do que não estava registrado como medicamento sendo que a atribuição de propriedades terapêuticas não havia sido comprovada junto ao órgão competente.

Neste passo, importante relevar que a publicidade enganosa e abusiva patrocinada pela empresa-ré enseja reparação de dano moral, na medida em que incutiu falsas expectativas e levou o autor a erro, frustrando-o em sua expectativa de obter os resultados propalados, causando danos à saúde do seu filho, que realizou tratamento com o produto *Cogumelo do Sol* como solução para o câncer que ele não é capaz de combater (e-STJ fls. 4-5 - grifou-se).

Ao final, afirmou que os danos sofridos deveriam ser reconhecidos de plano (*in re ipsa*), à luz dos arts. 6º, IV e VIII, 31, 37, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor e 186, 187, 927 e 944 do Código Civil.

Consta dos autos que a empresa recorrida já foi autuada por uso ilegal da medicina mediante a prescrição de tratamentos não comprovados cientificamente (e-STJ fl. 72). Afere-se ainda a existência de prisão em flagrante em 10 de novembro de 2000 de Yasuko Kimura (IP n. 35/00), comerciante que vendeu ao autor o produto, por infração do art. 273, parágrafo 1º, 1º a e 1º b, do Código Penal (com as alterações da Lei n. 9.677/1998 - falsificação de medicamentos), nas dependências da empresa Cogumelo do Sol Agaricus do Brasil Comércio Importadora, Exportadora Ltda., ora recorrida, que foi interdita.

A sentença julgou parcialmente procedente o pedido sob o fundamento de que “prevaler-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, dentro das características pessoais deste na intenção de comercializar produtos ou serviços” por meio de publicidade enganosa, ensejaria o dever de indenizar o consumidor tanto material como moralmente (e-STJ fls. 171-181).

O Tribunal de origem a despeito de reconhecer a publicidade enganosa, reformou a sentença para negar o pleito de danos morais sob o fundamento de que houve um simples aborrecimento banal ou mera suscetibilidade ferida, mantendo incólume apenas a indenização por danos materiais. Assim, não obstante tenha considerado existir “*demonstração suficiente de que a ré vendeu produto impróprio ao uso e consumo como medicamento*”, **reputou o fato um mero dissabor** (e-STJ fl. 276):

(...) A publicidade enganosa e da qual o autor se vergou decorre do fato de que a ré, indicando o “cogumelo do sol” ou o “Royal Agaricus” como algo “rico em proteínas, vitaminas, sais minerais e inúmeros princípios ativos, vem atraindo a atenção da comunidade médico-científica e do público em geral das propriedades terapêuticas que apresenta em relação a diversas patologias, com destacada atuação nos casos de câncer” (fl. 36), fazendo, ainda, exposição do sistema imunológico e a formação das células cancerígenas, passando pela abordagem dos métodos convencionais do tratamento do câncer para, em seguida, afirmar que o Dr. Ghoneum descobriu que “o Royal Agaricus pode estacionar o crescimento das células cancerígenas, dois dias após administração do chá com concentração de 5%. Em paralelo, constatou que as células neoplásicas, que não receberam infusão de RA, dobraram em número, no intervalo de dois dias (...)”, apontando o cogumelo como profilaxia contra o câncer (fls. 37-45). Mas a publicidade não para aí, afirmando casos de recuperação de pacientes portadores de neoplasia em fase avançada (fls. 46-51).

Aliás, tão amplas foram as divulgações da eficácia do produto que despertaram a atenção das autoridades competentes, redundando em prisão em flagrante dos responsáveis pelo produto (fls. 58-113), observando-se que o conteúdo da ação civil pública movida pelo Ministério Público contra a ré é sintomático, onde se anota de forma clara que as propriedades terapêuticas e medicinais não estão cientificamente provadas e que ela, inclusive, faz uso de 'expedientes ambíguos e implícitos capazes de induzir em erro o consumidor, insinuando que o produto agiria na recuperação de doenças e cirurgias, inclusive graves, melhorando o estado de saúde das pessoas e abreviando o tratamento, além de prevenir doenças e de fortalecer pessoas deficientes, ou que estão com baixa resistência. A publicidade, portanto, é capaz de induzir o consumidor em erro principalmente pela superficialidade quando trata de dado essencial do produto, qual seja, de que é alimento e não remédio (fls. 187-232). A ré, em relação a essa peça de seu conhecimento, tanto que figura como parte, não se manifestou, embora a tanto tivesse oportunidade.

Assim, há demonstração suficiente de que a ré vendeu produto impróprio ao uso e consumo, mesmo porque inadequado para o fim a que se destinava por força de publicidade feita (art. 18, parágrafo 6º, inciso III, da Lei n. 8.078/1990) e de natureza enganosa e abusiva, merecendo ressarcido o consumidor pelo dispêndio de produto que se revelou sem a menor eficácia. Daí porque corretamente se deliberou a devolução do preço pago pelo produto impróprio ao uso a que se destinava devidamente corrigido, e limitado apenas ao que restou documentado. (...) A ineficácia do produto para combater a neoplasia pode constituir em mágoa e aborrecimento, mas não atinge o direito de personalidade depois de três anos do uso e de continuidade no tratamento convencional (e-STJ fls. 280-281 - grifou-se).

Nas razões do especial, o recorrente aduz que a publicidade foi capaz de induzi-lo em erro, principalmente pela superficialidade com que trata de dado essencial do produto, qual seja, a de que é alimento e não remédio e alega dissídio jurisprudencial com os seguintes precedentes, todos julgados com base na tese da publicidade enganosa e proteção do consumidor (art. 37 do CDC):

(i) do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios: Apelação Cível n. 20070710030024, DJ 24.9.2007, no qual houve o reconhecimento da propaganda enganosa com a condenação por danos morais de empresa que vendeu produto para emagrecimento a consumidor lesado na justa expectativa almejada, mas frustrada em virtude da plena impossibilidade do resultado prometido, a despeito da observância das orientações constantes na publicidade;

(ii) do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: Apelação Cível n. 70041542580, em que foi reconhecida a publicidade enganosa ante a atribuição de propriedade terapêuticas de produto (esteira de massagem), sem

comprovação, e uso de técnica agressiva de venda domiciliar, visando idosos e aposentados;

(iii) do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais: Apelação Cível n. 1.0261.06.045252-9/003, julgado em que se reconheceu o dano moral decorrente da publicidade enganosa destinada a cooptar consumidor com necessidades especiais a adquirir veículo automotor, sem, no entanto, informar acerca das limitações de uso.

(iv) do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte: Apelação Cível n. 2008.01.0002-9, na qual a publicidade enganosa foi reconhecida, pois o consumidor acreditou estar adquirindo um automóvel quando lhe foi vendido, em verdade, um título de capitalização.

Aduz que o direito do consumidor a informações básicas acerca dos produtos e serviços postos no mercado de consumo decorre do sistema. Afirma que “a Recorrida atribui ao produto Cogumelo, do Sol, que nada mais é que um complemento alimentar à base de um tipo de fungo, propriedades terapêuticas e medicinais não comprovadas cientificamente, utilizando-se, inclusive, de ‘expedientes ambíguos e implícitos capazes de induzir em erro o consumidor, insinuando que o produto agiria na recuperação de doenças e cirurgias, inclusive graves” (e-STJ fl. 289 - grifou-se).

Sem as contrarrazões (e-STJ fl. 343), o recurso foi admitido na origem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (Relator): O recurso merece prosperar.

No caso vertente, está demonstrado o dissídio jurisprudencial no que se refere ao direito do consumidor à informação clara, precisa e coerente dos produtos e serviços postos no mercado de consumo, razão pela qual passa-se à análise de mérito recursal.

Primeiramente, registre-se que, no caso concreto, não se está a analisar a eficácia do produto “Cogumelo do Sol”, quais seus resultados objetivos à saúde ou, ainda, se existe autorização da ANVISA para a sua comercialização, circunstâncias não elencadas na causa de pedir e alheias ao pedido (e-STJ fls. 3-11).

Cinge-se a controvérsia a analisar o direito subjetivo do consumidor de obter informações claras e precisas acerca de produto medicinal vendido pela recorrida e destinado à cura de doenças malignas, dentre outras funções. A lide está adstrita à alegação de propaganda enganosa. A dramática situação dos autos tem origem na plausível busca de um pai pela cura do câncer de fígado que acometeu seu filho, menor de idade. A razão exclusiva para a aquisição do produto “Cogumelo do Sol” se deu por sua publicidade que assegurava, de forma positiva, resultados no tratamento de câncer.

Destaque-se que o tema tem importância constitucional, tendo em vista que o art. 220, § 4º, da Constituição Federal prevê que “a propaganda comercial (...) de medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterà, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso”. A saúde, por sua vez, está incluída entre os direitos sociais assegurados pela Constituição, no art. 6º da CF/1988, razão pela qual é direito de todos e dever do Estado.

Ademais, a Política Nacional das Relações de Consumo está voltada a assegurar ao consumidor o direito à informação adequada sobre produtos postos no mercado de consumo (art. 6º, III, do CDC) e o respeito à dignidade, à saúde e à segurança na relação consumerista (art. 4º do CDC), em especial quanto aos “riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos” (art. 6º, I, do CDC).

Trata-se, no caso, de *propaganda enganosa* (37, § 1º, do CDC), tida como aquela relacionada à veracidade da informação falsamente prestada, a qual, ainda que por omissão, seja capaz de induzir o consumidor em erro quanto à natureza, às características, à qualidade, à quantidade, às propriedades, à origem, ao preço e a quaisquer outros dados sobre produtos e serviços. Aliás, também se verifica, no caso concreto, a denominada *publicidade abusiva* (art. 37, § 2º, do CDC), vinculada à insurgência aos “valores da coletividade”, por exploração do medo e incitação de superstições, aproveitando-se da momentânea deficiência de julgamento do consumidor, restando contrariada a própria boa-fé objetiva que permeia a relação consumerista (art. 39, IV, do CDC).

De fato o consumidor médio, em condições normais, dificilmente acreditaria que pedaços de cogumelos desidratados em comprimidos (na forma oral e em supositórios) poderiam, de forma autônoma, fazer parte do tratamento de paciente com câncer. No caso, o produto amplamente ofertado no mercado estava sendo utilizado como uma alternativa na busca de cura, tendo em vista

que o acompanhamento do paciente por especialistas foi mantido, inclusive com o emprego de radioterapia e quimioterapia (sentença - fl. 178).

À toda evidência, não é razoável, nem se coaduna com a legislação pátria, a oferta de produto que, sem comprovação científica quanto à sua eficácia, é anunciado como apto a reabilitar pessoa acometida de doença grave. O art. 31 do CDC veda a oferta que coloque em risco a saúde e a segurança do consumidor, detentor do direito subjetivo às informações quanto às “características, qualidade, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados” do produto adquirido (REsp n. 1.188.442-RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 6.11.2012, DJe 5.2.2013).

A propaganda de medicamentos não poderá conter afirmações que não sejam passíveis de comprovação científica, nem poderá utilizar depoimentos de profissionais que não sejam legalmente qualificados para fazê-lo (art. 7º, § 2º). Toda propaganda de medicamentos conterá obrigatoriamente advertência indicando que, em persistindo os sintomas, o médico deverá ser consultado (art. 7º, § 5º) (Rizzato Nunes, Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, 6ª Edição, Editora Saraiva, p. 491-492 - grifou-se).

Ora, a ausência da obtenção do resultado prometido e a comprovada publicidade enganosa e abusiva ensejaram transtornos que superaram o mero dissabor. A aquisição do produto decorreu da inadequada veiculação de falsas expectativas quanto à possibilidade de cura de câncer agressivo e da exploração da hipervulnerabilidade do recorrente, naturalmente fragilizado pelo mal sofrido por seu filho. O intuito de lucro desarrazoado, a partir da situação de premente necessidade do recorrente, é situação que desafia a reparação civil.

A ideia de vulnerabilidade está justamente associada à debilidade de um dos agentes da relação de mercado, no caso, o consumidor, cuja dignidade merece ser preservada. Com efeito, há de ser valorada a frustração da expectativa de obtenção dos resultados propalados, como a última chance de sobrevivência de um filho. O desequilíbrio da relação comercial decorre da capacidade de persuasão do fornecedor, único e verdadeiro detentor da informação acerca do produto e da sua eficácia, havendo, indubitavelmente, um desencontro de forças. A vulnerabilidade informacional agravada ou potencializada é denominada *hipervulnerabilidade* (art. 39, IV, do CDC).

Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem explicitam que “(...) a hipervulnerabilidade seria a situação social fática e objetiva de agravamento da vulnerabilidade da pessoa física consumidora, por circunstâncias pessoais

aparentes ou conhecidas do fornecedor, como (...) *sua situação de doente*. (...) Em outras palavras, enquanto a vulnerabilidade ‘geral’ do art. 4º, I se presume e é inerente a todos os consumidores (em especial tendo em vista a sua posição nos contratos, tema desta obra), a hipervulnerabilidade seria inerente e ‘especial’ à situação pessoal de um consumidor, seja permanente (prodigalidade, incapacidade, deficiência física ou mental) ou *temporária* (doença, gravidez, analfabetismo, idade)”. (O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis, Editora Revista dos Tribunais, p. 188-189 - grifou-se)

O STJ já se pronunciou sobre a hipervulnerabilidade de coletividade indígena desprovida de assistência médico-odontológica (REsp n. 1.064.009-SC), de deficientes físicos, sensoriais ou mentais (REsp n. 931.513-RS) e de portadores de doença celíaca, sensíveis ao glúten (REsp n. 586.316-MG).

O ordenamento pátrio não tolera a conduta da empresa recorrida em induzir a compra de mercadoria “milagrosa” (e-STJ fls. 37-58), justamente no momento de desespero de um consumidor premido de necessidade. A esperança de possível resgate da dignidade do paciente, seu familiar que estava diante de morte iminente, conduziu à aquisição do produto. *A propaganda enganosa, como atestado pelas instâncias ordinárias, era apta a induzir em erro o consumidor fragilizado, cuja conduta subsume-se à hipótese de estado de perigo (art. 156 do Código Civil)*.

A demonstração do elemento subjetivo (dolo ou culpa) na propaganda enganosa é irrelevante para a caracterização da publicidade ilícita no âmbito do CDC (REsp n. 1.266.937-MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 1º.2.2012). Também prescindível o efetivo engano do consumidor, bastando aferir em abstrato a potencialidade da publicidade em induzi-lo em erro.

A propósito, confirmam-se acerca do tema propaganda enganosa, os seguintes precedentes desta Corte: REsp n. 1.344.967-SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 26.8.2014, DJe 15.9.2014; REsp n. 1.391.084-RJ, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 26.11.2013, DJe 25.2.2014; AgRg nos EDcl no AREsp n. 259.903-SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 26.8.2014, DJe 25.9.2014; REsp n. 1.317.338-MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 19.3.2013, DJe 1º.4.2013; REsp n. 866.636-SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 29.11.2007, DJ 6.12.2007 e REsp n. 92.395-RS, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 5.2.1998, DJ 6.4.1998.

No caso, a manifesta incongruência do conteúdo veiculado no rótulo do produto “Cogumelo do Sol”, aliada às circunstâncias pessoais da vítima, teve o condão de agravar a já angustiante situação de vida do consumidor, desafiando a indenização por dano moral, que prescinde da demonstração de prejuízo, por ocorrer *in re ipsa*.

Como se pode averiguar dos autos (e-STJ fls. 37-58), a publicidade foi exteriorizada por meio de gráficos e estatísticas de difícil compreensão e imprecisas as informações. Há falta de transparência dos dados fáticos, técnicos ou científicos do produto (art. 36, parágrafo único, do CDC), inclusive em relação a seus malefícios, já que a recorrida *nega a possibilidade de quaisquer efeitos colaterais na ingestão do produto, sem sequer mencionar os perigos quanto ao uso excessivo ou inadequado dos comprimidos*. Tais importantes advertências, que deveriam sustentar a mensagem, foram substituídas pela intensa divulgação da esperança na terapia de moléstias graves, dentre as quais a neoplasia maligna. Portanto, ao não se precisar a qualidade e a composição do produto vendido, violou-se o art. 31 do CDC.

O direito pleiteado foi reconhecido pela sentença em virtude do manifesto abalo moral sofrido pelo recorrente consoante fundamentação que se transcreve, por oportuno, no que interessa:

(...) Pelo que se infere dos autos, a ré realizou publicidade enganosa e abusiva, consoante estabelecido no artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor. **Há documentos que demonstram que a ré divulgava - ou divulga - efeitos do produto por ela comercializado. Esses efeitos estão relacionados não somente a tratamento e cura do câncer, como também a melhora do sistema imunológico, com cura de doenças daí resultantes.** O livreto distribuído pela ré e acostado aos autos informa a atuação do produto e destinação, com ampla descrição, inclusive gráficos, **que demonstram como as células cancerígenas poderiam ser por ele tratadas.**

Há referência à chamada abordagem tradicional contra o câncer, com informações, inclusive, pertinentes à ausência de possibilidade de solução da questão com esta utilização, enaltecendo-se a atuação do produto por ela comercializado como capaz de superar o resultado obtido com a chamada abordagem tradicional. Inúmeras expressões relatam, de forma clara, a existência de **“nova e promissora droga”** destinada a tratar doenças, um novo tipo de terapia proposto, **com atuação no sistema imunológico e, ainda, capaz de não produzir nenhum efeito colateral.**

Contrariamente ao informado pela ré, há expressões que relatam as propriedades do produto e a capacidade deste de remir totalmente

células cancerígenas e metástase, com a apresentação de casos e relatos correspondentes.

Não se pode olvidar que estas mesmas informações, consoante os documentos constantes nos autos, foram divulgadas na Imprensa escrita e falada, que tem grande penetração e efeito sobre o grande público, potencializando, assim, os efeitos da sua efetivação. Ressalve-se que *nenhum dos documentos foi impugnado pela ré, sendo, no mais, oriundos de Inquérito Policial instaurado para apuração de situações pertinentes à utilização e comercialização do produto em questão.*

O Código de Defesa do Consumidor combate toda e qualquer conduta abusiva que, de alguma forma, venha a proporcionar dano ao consumidor, destacando-se, dentre elas, aquela pertinente à existência de conduta através da qual venha o fornecedor de um produto ou serviço a prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, dentro das características pessoais deste, na intenção de comercializar produtos ou serviços (art. 39, IV do Código de Defesa do Consumidor). Estabelece, outrossim, o artigo 37, nos termos já expostos acima, proibição pertinente a realização de publicidade enganosa ou abusiva, definindo estas modalidades de atuação nos parágrafos correspondentes. (...)

A ré, indubitavelmente, prevaleceu-se da fraqueza e ignorância do autor, oferecendo produto que, por óbvio, não tem as propriedades por ela informadas. Por outro lado, a aquisição comprovadamente se fez quando já detectada a doença e na intenção de cura. Há obviamente, nexos de causalidade, considerando-se a finalidade da aquisição e a atuação da ré para que esta fosse possível (e-STJ fls. 173-179 - grifou-se).

A propósito, é consabido que condutas dessa natureza são tipificadas como crime (art. 283 do Código Penal), porquanto vedado no ordenamento pátrio “inculcar ou anunciar cura por meio secreto ou infalível”, o que se conhece por “*charlatanismo*”, crime de perigo abstrato e que tem como sujeito ativo qualquer pessoa (delito comum) e passivo, a coletividade e as pessoas eventualmente iludidas. *A consumação do crime se dá com o mero anúncio.* Luiz Régis Prado, ao interpretar o mencionado artigo, alega que “*tem-se como exemplo o agente que promete curar o câncer mediante tratamento que é somente de seu conhecimento*” (Curso de Direito Penal Brasileiro, Volume 3, Parte Especial - arts. 250 a 359H, 9ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, p. 238 - grifou-se).

Saliente-se, ainda, que é objetiva a responsabilidade do fornecedor pelos danos causados aos consumidores em razão de defeitos do produto (arts. 14 e 30 do CDC), o que se aplica, inclusive, aos anúncios. Portanto, tendo em vista o direito básico do consumidor de “efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais” (art. 6º, VI, CDC), é imprescindível aplicar a regra de ordem pública. Por sua vez, diferentemente da regra constante no CDC, no art.

6º, VIII, o art. 38 determina uma modalidade de inversão legal obrigatória do ônus da prova no tocante à publicidade (*ope legis*). Em outras palavras, o ônus de provar que a publicidade não é enganosa nem abusiva é do fornecedor, não tendo a recorrida se desincumbido desse mister.

Por fim, *arbitro o montante de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) a título de indenização por danos morais*, valor condizente aos parâmetros adotados nesta Corte, com acréscimo de juros de mora a partir do evento danoso (data da aquisição do produto), à luz da Súmula n. 54-STJ, e correção monetária a partir do arbitramento, restabelecendo-se, no mais, a sentença de fls. 171-181 (e-STJ) para manter a condenação por danos materiais (quantia gasta na aquisição do “remédio” que totaliza R\$ 540,00 - quinhentos e quarenta reais) e condeno a requerida ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 10% (dez por cento) do valor atualizado da condenação.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para julgar procedente o pedido inicial nos termos da fundamentação acima.

É o voto.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Moura Ribeiro: Sr. Presidente, não acompanho o voto de V. Exa., ainda que excelente, porque, com todo o respeito, o fato de se ter persistido no acompanhamento do paciente por especialistas, inclusive com o emprego da radioterapia e da quimioterapia, evidencia, a meu ver, que era sabido e consabido que esse tratamento não seria suficiente para debelar o lamentável câncer que acometeu o jovem.

Por esse motivo, divirjo.

RECURSO ESPECIAL N. 1.341.135-SP (2012/0179180-3)

Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino

Recorrente: Associação Nóbrega de Educação e Assistência Social - ANEAS

Advogados: Luís Augusto Alves Pereira
Renata da Costa Rodrigues e outro(s)
Recorrente: Thiago Humberto da Silva Esteves
Advogados: Fábila Coelho Broca
Natalie Lourenço Nazaré e outro(s)
Recorrido: Os mesmos

EMENTA

Recurso especial e adesivo. Civil e Processual Civil. Responsabilidade civil. Encerramento de curso superior de forma abrupta. Abuso de direito.

1. Possibilidade de extinção de curso superior por instituição educacional, no exercício de sua autonomia universitária, desde que forneça adequada e prévia informação de encerramento do curso (art. 53 da Lei n. 9.394/1996 - LDB).

2. Necessidade de oferta de alternativas ao aluno, com iguais condições e valores, de forma a minimizar os prejuízos advindos com a frustração do aluno em não poder mais cursar a faculdade escolhida.

3. Reconhecimento pela Corte origem de excesso na forma como se deu o encerramento do curso superior, caracterizando a ocorrência de abuso de direito (artigo 187 do Código Civil de 2002).

4. Caso concreto em que a pretensão recursal esbarra no óbice da Súmula n. 7-STJ.

5. Precedente em sentido contrário da Quarta Turma em face das peculiaridades do caso lá apreciado.

5. Recurso especial e adesivo desprovidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial e ao recurso adesivo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva

(Presidente), Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 14 de outubro de 2014 (data do julgamento).

Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Presidente

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Relator

DJe 21.10.2014

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: Versam os autos acerca de *recursos especiais* interpostos pelas duas partes contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ementado nos seguintes termos:

Ação de indenização. Danos materiais e morais. Extinção de curso superior.

1. A universidade tem autonomia para extinguir cursos (art. 53, I, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação), mas deve indenizar o prejudicado.

2. Dano material. O autor optou por não se matricular na universidade conveniada, de qualidade superior. Não pode exigir o pagamento de transferência, de mensalidades cobradas em valor maior ou de aulas que terá que frequentar para integrar a grade curricular da nova universidade. Ademais, o autor firmou contrato de prestação de serviços, de modo que assumiu os encargos desse novo ajuste.

3. Dano moral. Quebra de expectativa criada no autor de cursar nas dependências da ré a disciplina escolhida até o final. O autor se viu obrigado a escolher outro local para terminar o curso que a ré havia se comprometido a ministrar, tendo que analisar novamente todos os fatores que o levaram a eleger inicialmente a ré. Dano moral caracterizado "*in re ipsa*".

4. Dano moral. Valor fixado. Adequação ao caso dos autos. Manutenção. Modificação apenas quanto ao marco inicial dos juros de mora, devidos a partir da citação.

Recurso não providos, com observação.

Na origem, *Thiago Humberto Silva Esteves* ajuizou ação indenizatória contra *Faculdade São Luís*, visando à obtenção de ressarcimento pelos danos materiais e morais sofridos em razão da extinção do curso de graduação em administração de empresas. Informou que, mesmo diante da cláusula n. 2 do contrato de prestação de serviços educacionais, prevendo o compromisso da

ré em fornecer o curso até graduação do aluno, em 13 de novembro de 2008, recebeu notificação de que ocorreria o encerramento de suas atividades e que ela havia realizado dois convênios com outras instituições (FEI e PUC) para o curso encerrado. Alegou que, em consulta ao *site* do ENADE verificou que as notas das universidades conveniadas eram menores do que a da ré. Postulou o ressarcimento material, R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais) gastos com a taxa de transferência, bem como seja fixado montante indenizatório pelos prejuízos extrapatrimoniais sofridos com tal situação.

Citada, a *Faculdade São Luís*, preliminarmente, requereu a regularização do pólo passivo, para que constasse *Associação Nóbrega de Educação e Assistência Social*. No mérito, defendeu a licitude de seu procedimento, pois agiu devidamente amparada no princípio da autonomia universitária, previsto no artigo 53, I, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Ainda, indicou que os contratos de prestação de serviços são semestrais e que o encerramento das suas atividades não gerou danos ao alunos, pois realizados convênios com outras entidades em que lhes foram garantidas as mesmas condições de pagamento. Por fim, postulou a improcedência dos pedidos.

Sobreveio sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos da parte autora, para o fim de condenar a parte ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 10.200,00 (dez mil e duzentos reais), sendo custas e honorários em 50% para cada uma, admitida a compensação.

Irresignadas, as partes recorreram. Em seu apelo, a parte ré defendeu a licitude de seu agir. Adesivamente, a parte autora recorreu postulando a majoração do *quantum* indenizatório arbitrado pelos danos morais sofridos, além de postular a condenação ao ressarcimento pelos danos materiais experimentados.

O Tribunal de origem negou provimento a ambos os recursos, com observações, notadamente quanto ao marco inicial da correção monetária, aplicando a Súmula n. 362-STJ, e dos juros de mora, para a data da citação, nos termos do artigo 219 do Código de Processo Civil.

Opostos embargos de declaração pela parte ré com intuito prequestionador, vieram de ser rejeitados pelo Tribunal de origem, em acórdão ementado nos seguintes termos:

Embargos de declaração. Alegação de omissão.

1. Decisão embargada que deixou claros os motivos do convencimento da Turma Julgadora. O inconformismo da parte não pode fundamentar os embargos de declaração, cuja finalidade é o aperfeiçoamento da decisão.

2. A modificação da decisão embargada não pode ocorrer em embargos de declaração, que não tem efeito infringente quando não existir omissão.

Embargos rejeitados.

Mantendo-se contrariadas, as duas partes interpuseram recursos especiais, sendo o da parte autora de forma adesiva.

Em suas razões, a parte ré sustentou que o acórdão recorrido violou o disposto nos artigos 535 do Código de Processo Civil e 53 da Lei n. 9.493/1996, bem como apontou dissídio jurisprudencial. Defendeu a licitude em seu agir. Postulou conhecimento e provimento do recurso.

Por sua vez, em seu recurso especial adesivo, a parte autora sustentou que o acórdão recorrido violou o disposto nos artigos 186, 187 e 927, todos do Código Civil, alegando, em síntese, haver direito ao ressarcimento pelos danos materiais. Postulou conhecimento e provimento do recurso.

Presentes as contrarrazões de parte a parte, o recurso especial da parte ré foi por decisão da Presidência do Tribunal de origem, enquanto recurso especial adesivo da parte autora foi admitido por decisão prolatada por esta relatoria, apreciando seu agravo em recurso especial (e-STJ Fl. 498), para julgamento conjunto com o recurso principal.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (Relator): Eminentes Colegas! Trata-se de ação indenizatória movida por ex-aluno de curso universitário extinto, cingindo-se a controvérsia a verificação da existência ou não de abuso de direito na extinção do curso superior por parte da entidade educacional demandada.

Em seu recurso especial, a parte ré sustenta violação ao artigo 535 do CPC e ao artigo 53 da Lei n. 9.493/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação - LDB), por ofensa a sua autonomia universitária de extinguir o curso superior na hipótese de ausência de *quorum* mínimo.

Preliminarmente, não há nulidade por omissão, tampouco negativa de prestação jurisdicional, no acórdão que decide de modo integral e com fundamentação suficiente a controvérsia posta. O Tribunal de origem, no caso, julgou com fundamentação suficiente a matéria devolvida à sua apreciação. Ademais, o juízo não está obrigado a se manifestar a respeito de todas as alegações e dispositivos legais suscitados pelas partes.

Submeto a lide a apreciação do colegiado desta Terceira Turma por ter localizado no acervo jurisprudencial desta Corte um precedente recente da Colenda Quarta Turma em sentido contrário ao ora proposto.

Localizei também uma decisão monocrática acerca do tema, da relatoria do ilustre Min. João Otávio de Noronha, apreciando o AREsp n. 371.249-MG e negando-lhe provimento por incidência do óbice da Súmula n. 7-STJ.

O paradigma da Colenda Quarta Turma é o REsp n. 1.094.769-SP, relatoria do ilustre Min. Marco Buzzi, tendo sido acompanhado pela maioria formada pelos ilustres Ministros Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti, restando vencidos os Ministros Luis Felipe Salomão e Antonio Carlos Ferreira.

A ementa do acórdão foi a seguinte:

Recurso especial. Ação anulatória de cláusula contratual c.c. indenização por danos morais e materiais. Não formação de novas turmas de curso superior (extinção de curso universitário). Transferência de aluna para outra instituição de ensino. Responsabilidade civil da universidade reconhecida pelas instâncias ordinárias, ao entenderem configurados e comprovados os danos alegados, não obstante o afastamento da arguida abusividade da cláusula contratual que faculta à universidade a extinção do curso por ausência de viabilidade econômico-financeira. Autonomia universitária (art. 207 da CF/1988). Possibilidade de extinção de curso superior, nos termos do artigo 53, inciso I, da Lei n. 9.394/1996. Recurso especial provido, a fim de julgar improcedente o pedido condenatório.

Insurgência da instituição educacional.

1. Violação ao art. 535 do CPC não configurada. Acórdão local que enfrentou de modo fundamentado todos os aspectos fundamentais ao julgamento da demanda.

2. Nos termos do Código de Defesa do Consumidor, o contrato de prestação de serviços educacionais traduz relação de consumo.

3. A instituição educacional privada de ensino superior goza de autonomia universitária, nos termos do art. 207 da Constituição Federal, motivo pelo qual possível, ante a inviabilidade de determinado curso, proceder à sua extinção, conforme preceito constante do art. 53, I, da Lei n. 9.394/1996 - Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

4. O art. 6º, III, do CDC que institui o dever de informação e consagra o princípio da transparência, alcançou o negócio jurídico entabulado entre as partes, porquanto a aluna/consumidora foi adequadamente informada acerca da possibilidade de extinção do curso em razão de ausência de *quorum* mínimo, tanto em razão de cláusula contratual existente no pacto, quanto no manual do discente.

5. No caso, não se verifica o alegado defeito na prestação de serviços, haja vista que a extinção de cursos é procedimento legalmente previsto e admitido, não sendo dado atribuir-se a responsabilização à universidade por evento sobre o qual não há qualquer participação ou influência da desta (ausência de alunos e não obtenção, pela aluna, de aprovação), mormente quando cumpre todos os deveres insitos à boa-fé objetiva. Na relação jurídica estabelecida com seu corpo discente, consoante atestado pelas instâncias ordinárias, a instituição de ensino forneceu adequada informação e, no momento em que verificada a impossibilidade de manutenção do curso superior, ofereceu alternativas à aluna, providenciando e viabilizando, conforme solicitado por esta, a transferência para outra faculdade.

6. Recurso especial provido para julgar improcedente os pedidos da inicial.

(REsp n. 1.094.769-SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 18.3.2014, DJe 15.8.2014).

Destaco que, na Colenda Quarta Turma, o entendimento que prevaleceu foi no sentido de que a extinção de curso superior feita por instituição educacional, no gozo de sua autonomia universitária, não afeta os deveres de boa-fé contratual, desde que forneça adequada e prévia informação de encerramento do curso, oferecendo alternativas ao aluno em igual condições e valores, de forma a minimizar os prejuízos sofridos pela frustração do aluno em não poder mais cursar junto àquela faculdade.

Os votos divergentes, naquele julgamento, acenaram no sentido de que a simples previsão contratual da exigência do *quorum* mínimo não se mostra suficiente para atender os deveres de informação impostos pelo Código de Defesa do Consumidor, entendendo-se, naquele caso, abrupta a rescisão unilateral do contrato, merecendo, assim, reparação os prejuízos sofridos pelo aluno.

As duas posições são juridicamente sustentáveis, o que recomenda uma nova reflexão acerca do tema por parte desta Terceira Turma.

Inevitável que a análise da pretensão indenizatória do presente caso passe pelo microsistema do Código de Defesa do Consumidor, exigindo-se a verificação da existência, ou não, de defeito na prestação de serviço, notadamente

quanto as informações prestadas e a forma como se deu a rescisão contratual em decorrência da extinção do curso superior, como ocorreu no acórdão da Quarta Turma.

Acrescento apenas que a verificação da existência de defeito na prestação do serviço deve ser feita de forma conjugada com os princípios fundamentais do Direito Privado insculpidos no Código Civil de 2002 (função social do contrato, boa-fé objetivo) a partir do disposto no art. 187 do Código Civil, que regula o instituto do abuso de direito:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. (grifei)

Ressalte-se que não se discute, no presente caso, a autonomia universitária da parte ré em sua decisão de extinção do curso, o que lhe é assegurado pelo artigo 53, I, da Lei n. 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação - LDB).

A controvérsia situa-se em torno dos efeitos dessa decisão e o dever de reparar os danos dela advindos.

Constitui inequivocamente direito da entidade educacional extinguir o curso superior por ausência de *quorum*.

Partindo-se desta premissa (legalidade no agir do instituto educacional), necessário verificar se houve ou não excesso no exercício desse direito, em consonância com o enunciado normativo do art. 187 do Código Civil de 2002, que regulou de forma moderna e inovadora o instituto do *abuso de direito* em nosso sistema jurídico como *autêntica cláusula geral*.

Significa que o titular de um direito que, eventualmente, se excede no seu exercício, agindo no exercício irregular de um direito, pratica um ato ilícito, configurando o chamado abuso de direito.

A noção de abuso de direito já estava presente no Código Civil de 1916, em que se fazia uma leitura *contrario sensu* da regra correspondente ao artigo 188, I, extraindo-se o seu conceito. Adotava-se, porém, uma concepção subjetiva de abuso de direito em que se exigia a ocorrência de um ato emulativo, praticado com *dolo*, *malícia* ou *má-fé* pelo seu titular.

O Código Civil de 2002, além de positivizar o instituto com uma norma específica, acolheu a concepção objetiva de abuso de direito, tendo por fonte de inspiração o Código Civil Português de 1966.

Estabeleceu-se, assim, um conceito autônomo para o abuso de direito como sendo um ato ilícito, superando a concepção subjetiva de abuso de direito do Código Civil de 1916, para adotar uma concepção objetiva, não exigindo um elemento subjetivo específico, bastando um *excesso manifesto no exercício desse direito*.

Note-se que, enquanto o artigo 186 do CC/2002, ao enunciar o conceito clássico de ato ilícito, fala em dolo e em culpa, exigindo a presença de um ato voluntário, negligência ou imprudência, por sua vez o enunciado do artigo 187 limita-se a estatuir que também comete ato ilícito *quem se excede manifestamente no exercício do seu direito*.

A exigência legal é apenas a caracterização de um excesso manifesto no exercício de um direito, não havendo necessidade que este ato seja necessariamente doloso, malicioso ou praticado com má-fé.

Outro ponto fundamental é que a regra do art. 187 do CC/2002 faz uma ligação com os princípios fundamentais do Direito Privado, ou seja, quem excede os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

O Código Civil de 2002 tem sido elogiado e criticado como sendo “o Código dos Juízes”, por estar repleto de princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados. No Direito Contratual, por exemplo, consagra o princípio da autonomia privada, mas limitado pelos princípios da função social do contrato e da boa-fé (art. 421 e 422), cuja configuração é imprecisa, tendo sido recepcionados como cláusulas gerais.

Essa norma do artigo 187 do CC, ao relacionar o conceito de abuso de direito com os princípios fundamentais do Direito Privado, permite a concreção desses princípios, estabelecendo efeitos definidos para os casos em que são violados.

A principal hipótese é a configuração de um ato ilícito por conduta contrária a boa-fé objetiva.

O princípio da boa-fé objetiva tem sua origem no Direito Alemão, fundamentalmente no § 242 do BGB, Código Civil Alemão de 1900, constituindo um modelo de conduta social que se exige do titular de um direito, incluindo o proprietário ou o credor. Deve ele agir como um homem reto, pautado pela honestidade, pela probidade, por um padrão ético de

comportamento, um *standard* ético de conduta, em todas as relações públicas ou privadas (*v.g.* relações obrigacionais).

No caso concreto, a parte autora alegou ter ingressado no quadro de alunos do curso superior da instituição educacional demandada em 17 de julho de 2007, sendo que, pouco mais de um ano depois, em 13 de novembro de 2008, recebeu a informação de que ela iria encerrar suas atividades, tendo realizado convênios com outras instituições (FEI e PUC) para o curso encerrado, com as mesmas condições e valores.

As afirmações da instituição de ensino demandada não foram reconhecidas pela sentença, que julgou parcialmente procedente a pretensão da parte autora, desacolhendo o pedido de indenização por danos materiais (taxa cobrada pela PUC para realização da matrícula), mas acolhendo o pedido de indenização pelos danos morais sofridos por reconhecer que **a requerida abruptamente encerrou suas atividades** (e-STJ Fl. 266), assinalando, o Magistrado de piso que, *verbis*:

Assim, garantiria a formação dos alunos já matriculados e poderia encerrar suas atividades em prazo razoável.

Outrossim, a ré preferiu simplesmente encerrar as atividades, dando apenas uma opção de conclusão de curso aos seus alunos.

O Tribunal de origem, ao julgar os recursos interpostos pelas duas partes (apelação e recurso adesivo), negou-lhes provimento, mantendo a sentença, sob o fundamento de que ocorrera a quebra de expectativa criada pela instituição educacional ao aluno que havia escolhido a ré pra cursar o seu ensino superior, nos seguintes termos:

Surpreendido com a notícia da extinção do curso, o autor viu-se obrigado a escolher outro local para terminar o curso que a ré havia comprometido a ministrar, tendo que analisar novamente todos os fatores que o levaram a eleger inicialmente a ré.

É certo que os contratos de prestação de serviços firmados entre ambos tinham prazo de seis meses, mas também é certo que o fato de ter sido colocada no mercado a disciplina criou a expectativa para o autor de fazer o curso integralmente.

Correto o raciocínio das instâncias de origem.

Não se discute o direito da entidade recorrente, em consonância com o princípio estabelecido na Constituição Federal, conferindo autonomia

as instituições educacionais de criar e extinguir cursos superiores (art. 207 da CF/1988), devidamente regulamentado pela Lei n. 9.493/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação - LDB),

Entretanto, o exercício desse direito deve ater-se aos limites impostos pela ordem jurídica, especialmente o balizamento traçado pelo princípio da boa-fé objetiva.

Tanto o Tribunal de origem, quanto o Magistrado de piso, soberanos na análise da prova dos autos, reconheceram que a extinção do curso superior (direito da parte ré) se deu de forma *abrupta*.

Na sentença, o magistrado consignou que *a requerida abruptamente encerrou suas atividades* (e-STJ Fl. 266).

No acórdão recorrido, da mesma forma, restou consignado que a parte autora fora *surpreendida com a notícia de extinção do curso* (e-STJ Fl. 355).

Portanto, os elementos fáticos recolhidos do aresto fustigado evidenciam a plena incidência da norma prevista no artigo 187 do Código Civil, pois houve excesso manifesto na forma como se deu o exercício do direito de extinção do curso.

Destarte, para alcançar êxito ao recurso especial da parte ré, seria necessária a revisão do conjunto fático probatório para afastar o excesso apontado na origem, o que é vedado a esta Corte Superior, nos termos da Súmula n. 7-STJ.

Por fim, destaco que o caso dos autos distancia-se do paradigma da Colenda Quarta Turma tão somente quanto ao resultado, porque, naquele caso, não houve o reconhecimento de excesso no exercício do direito de extinção do curso superior por parte da instituição de ensino, que, neste caso, restou devidamente caracterizado e reconhecido pelas instâncias de origem.

Quanto ao recurso adesivo da parte autora, melhor sorte não lhe socorre.

Os danos materiais (taxa de transferência) foram afastados na origem, da seguinte forma, *verbis*:

Tendo o autor escolhido universidade cujo curso de Administração de Empresa pode ser considerado de qualidade superior, não pode exigir o pagamento de transferência, de mensalidade cobradas em valor maior ou indenização de aulas que terá que frequentar para integrar a grade curricular da nova universidade. Ao escolher outra entidade, assumiu os encargos desse novo ajuste, de modo que não cabe repassá-los à ré.

Portanto, apenas uma instituição de ensino (FEI) mantinha convênio para o curso de administração de empresas, tendo a conveniada PUC assumido apenas os alunos do curso de ciências contábeis.

Em tendo o autor optado pela PUC, que não havia assumido os alunos do seu curso, natural que arque com as despesas da transferência, pois não havia se comprometido com ela a parte ré.

Finalmente, o valor da indenização por danos morais foi arbitrado com razoabilidade, não podendo ser considerado irrisório ou exorbitante para o efeito de justificar a excepcional intervenção desta Corte para o seu controle, havendo, assim, plena incidência do Enunciado da Súmula n. 7-STJ.

Ante todo exposto, voto no sentido de negar provimento aos dois recursos.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.362.557-DF (2013/0008743-0)

Relatora: Ministra Nancy Andrighi

Relator para o acórdão: Ministro João Otávio de Noronha

Recorrente: G P L

Representado por: G P da S

Advogado: Carolina Magalhães Alcoforado e outro(s)

Recorrido: H da S L

Advogados: Alessandra Camarano Martins

Cristina Maria de Souza

EMENTA

Civil e Processual Civil. Negativa de paternidade. Peculiaridades do caso. Vínculo genético afastado por exame de DNA e inexistência de vínculo afetivo. Princípio da verdade real. Prevalência. Recurso desprovido.

1. Se, à época da realização do registro de nascimento, a filiação foi declarada tão somente com base nas afirmativas feitas pela genitora

do menor, que induziram o declarante a acreditar ser o pai da criança, é possível questionar a paternidade em ação negatória, com base em vício de consentimento.

2. Se o vínculo biológico foi afastado por prova genética (exame de DNA) e, por depoimentos, comprovou-se a ausência de vínculo afetivo entre o declarante e o menor, não há como manter filiação em desacordo com a realidade.

3. Nas ações de estado, prevalece o princípio da verdade real, que deve ser afastado apenas em circunstâncias particulares e especiais, considerando-se o caso concreto.

4. Recurso especial desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro João Otávio de Noronha, divergindo do voto da Sra. Ministra Relatora, por maioria, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro João Otávio de Noronha. Vencidos a Sra. Ministra Nancy Andrighi e o Sr. Ministro Sidnei Beneti. Votaram com o Sr. Ministro João Otávio de Noronha os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva (Presidente). Lavrará o acórdão o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília (DF), 7 de outubro de 2014 (data do julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Relator

DJe 9.12.2014

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de recurso especial interposto por G. P. L., com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo TJ-DF.

Ação (fls. 4-8): negatória de paternidade, ajuizada por H. DA S. L., em face do recorrente, menor, representado por sua genitora, G. P. DA S.

O autor aduziu que teve somente uma única relação sexual mantida com a mãe do garoto antes da notícia da gravidez e que, “por livre e espontânea vontade”, reconheceu a paternidade do réu recorrente.

No entanto, após certo tempo, passou a desconfiar da real paternidade do menor, decidindo realizar exame de DNA por iniciativa própria, cujo resultado teria sido negativo.

Contestação (fls. 34-43): alegou o réu que o pai e a mãe chegaram a viver juntos e que aquele nunca contestara a paternidade reconhecida, sequer na ação de alimentos em que entabularam acordo fixando pensão alimentícia em 30% sobre o valor do salário mínimo e disciplinando as visitas, inclusive a divisão do período de férias escolares entre os genitores.

Sustentou, ainda, que o autor teria realizado o exame de DNA sem a autorização da genitora, tendo enganado o menor à justificativa de que se tratava de exame necessário para sua inscrição em um clube recreativo.

Por fim, defendeu que não pode ser despojado da condição de filho, após 10 anos de seu nascimento, especialmente em face da paternidade socioafetiva existente.

Réplica (fls. 64-67): o autor refutou a existência de paternidade socioafetiva, sob o argumento de que não conviveu com o menor, não tendo inclusive comparecido para as visitas, que apenas foram realizadas pela mãe do suposto genitor.

Manifestação do Ministério Público (fls. 165-171): opinou pela procedência do pedido do autor.

Sentença (fls. 172-175): julgou improcedente o pedido.

Manifestação do Ministério Público (fls. 209-222): opinou pelo não provimento da apelação interposta pelo recorrido.

Acórdão (fls. 229-244): deu provimento à apelação, para julgar procedente o pedido, declarando que o autor não é pai do menor, nos termos da seguinte ementa:

Direito de Família. Ação negatória de paternidade. Exames de DNA. Paternidade infirmada. Reconhecimento proveniente de erro. Desqualificação. Paternidade sócio-afetiva. Reconhecimento. Impossibilidade. Vinculação afetiva. Inexistência ou dissolução.

1. A paternidade biológica assumida em razão de erro é passível de ser infirmada quando desqualificada por exames de aferição genética - DNA -, mormente porque o legislador, com o pragmatismo que lhe é próprio, não sobrepujara o direito natural que assiste aos ascendentes e descendentes de terem atestados nos assentamentos formais somente os registros que guardem consonância com os eventos da vida como forma de preservação formal da consangüinidade e dos efeitos jurídicos que irradia.

2. A paternidade reconhecida com lastro em equívoco biológico induzido por circunstâncias de fato é passível de ser infirmada, não podendo a origem genética ser desconsiderada com estofo em vinculação afetiva que, se chegara a se aperfeiçoar, fora inteiramente dissolvida pela verdade testificada pela inexistência de descendência genética, infirmando a coexistência de relação sócio-afetiva apta a ensejar a desconsideração da realidade da vida.

3. A subsistência de relacionamento amoroso entre o suposto pai e a genitora da criança por abreviado espaço de tempo, a nuance que o vínculo restara dissolvido antes mesmo do advento do nascimento do infante e a circunstância de que não se aperfeiçoara entre a criança e aquele que a assumira como pai relacionamento afetivo passível de induzir à apreensão de que a paternidade fora reconhecida como expressão da vinculação afetiva que passara a enlaçá-los, resulta na apreensão de que a paternidade fora reconhecida em decorrência do erro escusável em que fora induzido o pai por ter sido conduzido a essa apreensão pela genitora da criança.

4. Afigura-se invasivo e desconforme com os princípios que resguardam a intimidade e a dignidade da pessoa humana a jurisdicionalização de sentimentos e o reconhecimento de vínculo afetivo que, se existira, restara dissolvido ao ser infirmada a vinculação genética do qual emergira, não podendo o Estado, através da manifestação jurisdicional, reconhecer sentimentos ou vínculos subjetivos originários de relações intersubjetivas quando um dos protagonistas nega sua subsistência ou denota sua insuficiência para suplantar a verdade biológica.

5. Apelação conhecida e provida. Unânime. (fls. 230)

Recurso especial (fls. 253-264): alega violação do art. 1.604 do CC/2002, bem como dissídio jurisprudencial. Aduz que o reconhecimento da paternidade pelo recorrido foi voluntário, livre de qualquer vício de consentimento. Sustenta que a paternidade socioafetiva prevalece diante da exclusão do vínculo biológico.

Recurso extraordinário (fls. 280-287): foi interposto pelo recorrente.

Contrarrazões (fl. 297-308): pugna pelo não conhecimento do recurso especial.

Juízo Prévio de Admissibilidade (fls. 267-268): o TJ-DF admitiu o recurso especial e o recurso extraordinário.

Parecer do MPF (fls. 340-342): da lavra do i. Subprocurador-Geral da República Hugo Gueiros Bernardes Filho, opina pelo não provimento do recurso especial.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi (Relatora): Cinge-se a controvérsia em definir se é possível a declaração de nulidade do registro de nascimento, após reconhecimento de paternidade voluntário, sob a alegação de que a genitora induziu o registrante a erro acerca do vínculo biológico com o registrado.

II – Do questionamento e da divergência jurisprudencial

1. Constata-se a expressa manifestação do Tribunal de origem quanto à existência de vício de consentimento no registro de nascimento.

2. Dessa forma, considera-se suprida a necessidade do prévio questionamento para a análise do recurso especial.

3. De outro turno, evidente a análise pelo Tribunal de origem quanto ao conflito entre paternidade biológica e paternidade socioafetiva, é inconteste a divergência jurisprudencial quanto ao tema, o que basta para a apreciação da insurgência recursal, à luz da alínea c do permissivo constitucional, de modo que se passa ao exame da controvérsia.

III – Da contestação da paternidade

4. A questão relativa à possibilidade de contestação da paternidade após o voluntário reconhecimento pelo suposto genitor, fundada na alegação de que o registrante foi induzido a erro pela mãe do registrado, já foi objeto de apreciação desta Turma. Contudo, diante da ausência de precedentes da 4ª Turma acerca do tema, torna-se imprescindível a análise da matéria neste colegiado.

5. Nesse contexto, para evitar desnecessária tautologia, transcrevo o trecho do acórdão já construído por esta Turma no julgamento do REsp n. 1.272.691-SP, de minha relatoria, DJe de 8.11.2013:

O art. 1.604 do CC/2002 dispõe que “ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade

do registro". Desse modo, o registro de nascimento tem valor absoluto, independentemente de a filiação ter-se verificado no âmbito do casamento ou fora dele, não se permitindo negar a paternidade, salvo se consistentes as provas do erro ou falsidade.

Devido ao valor absoluto do registro, o erro apto a caracterizar o vício de consentimento deve ser escusável, não se admitindo para tal fim que o erro decorra de simples negligência de quem registrou.

Em processos relacionados ao direito de filiação, é necessário que o julgador aprecie as controvérsias com prudência, para que o Poder Judiciário não venha a prejudicar a criança pelo mero capricho de um adulto que, livremente, o reconheceu como filho em ato público, e posteriormente, por motivo vil pretende "livrar-se do peso da paternidade".

Na hipótese em liça, o autor reconheceu voluntariamente o filho, ainda que o menor não tivesse sido concebido no contexto de casamento ou união estável com a genitora. Nessas condições, embora mantivesse com a genitora "um relacionamento casual", nas palavras do próprio autor, o impugnante optou por registrar a criança. Assim, segundo o autor, descartou a realização de exame de DNA, à época, sem sequer propor sua realização perante a genitora.

Desse modo, mesmo consciente de que o filho poderia não ser seu, decidiu livremente registrar a criança, não podendo, depois de tanto tempo, contestar a paternidade declarada, sem que haja prova robusta da ocorrência de erro, visto que não agiu com a devida cautela que o reconhecimento de um filho exige, dadas as incontestáveis consequências jurídicas e afetivas advindas desse ato.

Assim, por mero arrependimento, não se pode aniquilar o vínculo de filiação estabelecido, apenas afirmando a uma criança que ela não significa absolutamente nada para aquele que declarou perante a sociedade, em ato solene, ser seu pai.

Por essa razão, a presunção de veracidade e autenticidade do registro de nascimento não pode ceder diante da falta de provas insofismáveis do vício de consentimento para a desconstituição do reconhecimento voluntário da paternidade.

Nesse contexto, a ação negatória de paternidade não pode se fundar em mera dúvida, desconfiança que já havia ou deveria haver quando do reconhecimento voluntário, mormente em relacionamentos efêmeros, em que o envolvimento das partes restringe-se à conotação sexual.

6. Na hipótese dos autos, o recorrido afirmou na própria petição inicial que teria reconhecido a paternidade do menor "por livre e espontânea vontade". Asseverou, ainda, que manteve uma única relação sexual com a genitora antes da notícia da gravidez.

7. Com efeito, à luz do precedente firmado nesta Colenda Turma, tendo o recorrido mantido uma única relação casual com a mãe do menor, é de se concluir que a desconfiança quanto ao vínculo biológico – se não havia – deveria haver, revelando mesmo negligência o reconhecimento voluntário da paternidade.

8. Nessa senda, não é razoável que o Poder Judiciário venha a desconstituir a natureza absoluta do registro com fundamento em comportamento irresponsável do pai, deixando a sorte de uma criança ao talante de outrem, que pode reconhecer e anular seu registro de nascimento influenciado apenas por motivos espúrios e egoísticos.

9. Esclareça-se, ainda, que o resultado da perícia genética em nada altera as conclusões aqui expendidas, tendo em vista que a ausência de vício de consentimento impede a anulação do registro, visto que essa depende da prova do erro ou falsidade do registro.

10. Dessarte, considerando-se a perspectiva do homem médio, a ação negatória de paternidade não pode ser veículo de pretensões decorrentes de mera negligência daquele que sabia ou deveria saber não ser pai biológico do registrado, especialmente em relacionamentos casuais, em que o envolvimento das partes limita-se à conotação sexual, porquanto tal circunstância não configura vício de consentimento.

Forte nessas razões, *conheço* do recurso especial e *dou-lhe provimento*, para restabelecer a sentença.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Pedi vista dos autos para melhor exame.

Trata-se, na origem, de ação negatória de paternidade ajuizada por H. da S. L. em desfavor de G. P. L., alegando que, em razão de “erro essencial”, reconheceu e declarou a paternidade do menor, inclusive no serviço registral de nascimento, o que não espelhariam a realidade dos fatos, tendo em vista a inexistência de vínculo biológico e/ou afetivo entre as partes. Sustenta que, após a realização de exame genético de DNA, ficou afastada a paternidade biológica, bem como que, ausente a convivência familiar ou mesmo regular, não se formou vínculo afetivo entre as partes.

A sentença de fls. 172-175 entendeu que não foi provada a ocorrência do alegado erro e que, embora fosse incontroversa a ausência de vínculo entre as partes, o autor não demonstrara que houve vício de consentimento quando assumiu, espontaneamente, a paternidade do menor. Concluiu, à vista disso, não ser possível, onze anos após, acolher a pretensão de alterar o registro civil de nascimento de G. P. L. para retirar a paternidade voluntariamente reconhecida.

O TJDF, ao contrário, entendeu que houve vício de consentimento na medida em que H. da S. L., embora tivesse alguma dúvida, fora induzido a acreditar que era o pai do menor, razão pela qual efetuou o registro de nascimento, declarando sua paternidade. Assentou ainda que a realização de dois exames de DNA afastaram a existência de liame genético entre as partes. Ao final, deu provimento ao apelo para declarar que o autor “não é o genitor biológico do apelado, devendo, portanto, ser desqualificado da condição que o assentamento consignado no assento registrário lhe confere, devendo, aperfeiçoado o trânsito em julgado, ser expedido mandado destinado à eliminação das anotações inerentes à paternidade, inclusive quanto aos avós paternos, constantes do registro civil da criança” (fl. 244).

Os fatos estão bem delineados na sentença e no acórdão, ficando claro que apenas lhes foi dado enquadramento jurídico diverso, o que, inclusive, viabiliza a análise da questão.

Registro o meu entendimento de que a ausência de paternidade biológica atestada por exame genético de DNA não é suficiente, por si só, para afastar a paternidade, devendo ser analisadas as circunstâncias fáticas e peculiares de cada caso concreto a fim de se verificar como e quando se deu o reconhecimento desse vínculo pelo suposto genitor, bem como se foi formado vínculo socioafetivo entre as partes, as eventuais consequências dessa ruptura, notadamente quando o filho for menor, etc.

É o que passo a fazer.

A propósito, neste caso específico, verifico que foram afastados, nas instâncias ordinárias, tanto o vínculo biológico quanto o afetivo. Não haveria, de fato, a questionada paternidade, de modo que a análise aqui a ser feita é da possibilidade de desconstituição/anulação do assento de nascimento formalizado por ato voluntário, quando decorrente de suposto “erro”.

Entendeu a eminente relatora que, dado o relacionamento casual entre a mãe do menor e o recorrido, era de se presumir que o suposto pai, ao tomar

conhecimento da gravidez, tivesse alguma desconfiança quanto à paternidade que lhe foi atribuída. Frisou que “o resultado da perícia genética em nada altera as conclusões aqui expendidas, tendo em vista que a ausência de vício de consentimento impede a anulação do registro, visto que essa depende da prova do erro ou da falsidade do registro”.

Ora, o TJDFT adotou o entendimento de que o erro era óbvio e decorreria do fato de o autor ser apontado pela genitora da criança como pai biológico quando, na verdade, não era.

Após a análise das provas, notadamente das testemunhais, entendeu o colegiado que o autor, embora com dúvidas em razão do curto relacionamento mantido com a genitora do menor (aproximadamente dois meses), fora efetivamente induzido em erro quando assumiu a paternidade. Transcrevo oportuno excerto do julgado:

Aferido de modo inexorável que os litigantes não guardam vinculação biológica, é óbvio [...] que a *assunção da paternidade derivara de erro ao qual fora induzido ao ser apontado pela genitora da criança como seu pai biológico.*

[...]

As testemunhas ouvidas, a seu turno, também corroboraram aludida apreensão e assinalaram, ainda, que o reconhecimento da paternidade do apelado pelo apelante, além de estar amalgamada de dúvida, derivara do estado de ânimo em que se encontrava. O que emerge da prova oral colhida resulta, pois, na certeza de que efetivamente *o apelante somente assimilara a paternidade do apelado por ter sido induzido à apreensão de que efetivamente era seu genitor biológico*, e não em razão da assunção desse fato jurídico em decorrência do vínculo afetivo que passara a enlaçá-los.

Essas circunstâncias induzem, então, a certeza de que, ao assumir a paternidade que lhe fora imputada, o apelante efetivamente fora induzido a erro pela genitora do apelado, legitimando que, infirmada a vinculação genética que indevidamente lhe foram atribuída, reclame a infirmação do vínculo em contraste com o que ficara assinalado no registro civil da criança (fls. 235-236).

À vista disso, pedindo vênias à eminente relatora, entendo que está demonstrada a ocorrência de erro essencial, a viciar o consentimento da parte recorrida quando do reconhecimento voluntário da paternidade, o que, conjugado ao fato de ser incontroversa a inexistência de vínculo biológico ou afetivo entre as partes, impede a manutenção de um registro que não espelha a verdade real dos fatos.

Como cediço, o registro civil deve primar pela exatidão, sendo de interesse público que a filiação se estabeleça segundo a verdade da filiação natural. A flexibilização desse entendimento foi sendo construída na doutrina e jurisprudência, que, atentas às peculiares situações da vida moderna, das famílias plurais e ao melhor interesse da criança, passou a aferir se, entre aquele que se supunha pai e o menor, já havia sido formado vínculo afetivo. Nessa hipótese, que é de exceção, passou-se a admitir a manutenção de um registro que reflita apenas a verdade formal, hipótese que não é a dos autos.

Ante o exposto, renovando vênias à eminente relatora, *nego provimento ao recurso especial*.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.419.726-SC (2013/0176506-1)

Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze

Recorrente: Paula Cristina Pinheiro Granzotto

Advogado: Eduardo de Mello e Souza e outro(s)

Recorrido: Euclides Granzotto - espólio e outros

Representado por: Ana Maria Martins de Oliveira Granzotto

Advogada: Ana Paula Fontes de Andrade e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Ação declaratória de nulidade de testamento público. 1. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. 2. Vício de forma. Contemporização do rigor formal do testamento, reputando-o válido sempre que encerrar a real vontade do testador, manifestada de modo livre e consciente. Exegese perfilhada pela jurisprudência do STJ. 3. Congruência entre o disposto no testamento e o real propósito de seu autor. Reconhecimento, de acordo com os elementos fáticos probatórios reunidos nos autos. 4. Reiterada atuação antijurídica da tabeliã, a quem incumbia, imediatamente,

zelar pela observância dos requisitos formais. Verificação. Frustração da manifestação de última vontade encerrada no testamento público, quando esta, a partir dos elementos de prova reunidos nos autos, reflete a real intenção de seu autor. Inviabilidade. 5. Recurso especial improvido.

1. O Tribunal de origem manifestou-se expressamente sobre a petição apresentada pela demandante após a interposição de seu recurso de apelação, deixando assente que, além de os documentos a ela anexados não serem considerados novos, as circunstâncias que ensejaram a perda da delegação pela Tabeliã não se relacionam ao testamento sob comento, cuja validade se discute na presente ação. É de se constatar que a Corte de origem, no ponto, teceu fundamentação suficiente a lastrear sua convicção, afigurando-se, pois, descabida a tese de negativa de prestação jurisdicional.

2. Especificamente em relação aos testamentos, as formalidades dispostas em lei possuem por finalidade precípua assegurar a higidez da manifestação de última vontade do testador e prevenir o testamento de posterior infirmação por terceiros. Assim, os requisitos formais, no caso dos testamentos, destinam-se a assegurar a veracidade e a espontaneidade das declarações de última vontade.

2.1. Todavia, se, por outro modo, for possível constatar, suficientemente, que a manifestação externada pelo testador deu-se de forma livre e consciente, correspondendo ao seu verdadeiro propósito, válido o testamento, encontrando-se, nessa hipótese, atendida a função dos requisitos formais, eventualmente inobservados.

2.2. A jurisprudência desta Corte de Justiça (a partir do julgamento do REsp n. 302.767-PR), em adoção a essa linha de exegese, tem contemporizado o rigor formal do testamento, reputando-o válido sempre que encerrar a real vontade do testador, manifestada de modo livre e consciente.

3. Na hipótese dos autos, sem proceder a qualquer consideração de ordem moral, especialmente porque a lei a admite, é certo que a vontade manifestada pelo autor do testamento de dispor sobre os bens disponíveis da herança, em detrimento da filha reconhecida *a posteriori* - intuito sobre o qual, como visto, nem mesmo a recorrente controverte -, restou substancialmente demonstrada, cuja verificação

deu-se, de modo uníssono, pelas instâncias ordinárias com esteio nos elementos de prova reunidos nos autos.

3.1. Segundo apurado, o testador, contando com oitenta e oito anos à época da efetuação do testamento, justamente para prevenir posterior e infundada alegação de incapacidade, apresentou laudos médicos que atestavam sua plena sanidade mental. É dizer, o testador, por sua própria iniciativa, deixou comprovado, por ocasião da confecção do documento, que a manifestação acerca da destinação de seus bens, na parte disponível da herança, expressada no testamento público por ele subscrito, representava, de modo livre e consciente, verdadeiramente a sua última vontade.

3.2. O proceder adotado pelo testador revelou inequívoca preocupação em assegurar que as disposições de última vontade inseridas em seu testamento fossem efetivamente observadas. Não há na lei de regência qualquer limitação (máxima) de idade para testar, tampouco exigência de que o autor do testamento comprove sua capacidade para o ato. Não obstante, o testador assim acautelou-se. Há que se pontuar, ainda, não remanescer qualquer dúvida, a considerar o laudo pericial conclusivo, acolhido pelas instâncias precedentes, de que o autor do testamento efetivamente após sua assinatura no documento, por ocasião de sua lavratura. Aliás, a própria adoção da forma pública do testamento revela a intenção do testador de valer-se da segurança e seriedade a ela inerente. Todas essas circunstâncias, de fato, deixaram evidenciado a congruência entre o disposto no testamento e o real propósito de seu autor.

4. Em que pese a existência de vício de forma (testemunhas instrumentárias, funcionários do cartório, que não presenciaram a lavratura do testamento, apondo as respectivas assinaturas posteriormente), a confirmar a reiterada atuação antijurídica da Tabeliã, a quem incumbia, imediatamente, zelar pela observância dos requisitos formais, inviável, na hipótese dos autos, frustrar a manifestação de última vontade encerrada no testamento público, quando esta, a partir dos elementos de prova reunidos nos autos, refletiu, indene de dúvidas, a real intenção de seu autor.

5. Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília (DF), 9 de dezembro de 2014 (data do julgamento).

Ministro Marco Aurélio Bellizze, Relator

DJe 16.12.2014

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze: Paula Cristina Pinheiro Granzotto interpôs recurso especial, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão unânime do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, assim ementado (e-STJ, fls. 420):

Ação de anulação de testamento público. Sentença de improcedência. Genitor que, aos oitenta anos testa, na forma pública, destinando sua porção disponível, em partes iguais, a quatro dos cinco filhos. Insurgência da filha preterida, reconhecida posteriormente em ação de investigação de paternidade. Alegada incapacidade do testador, além de suspeita de fraude em sua assinatura aposta ao final do documento. Insubistência. Perícia grafotécnica, bem como laudos médicos que atestam, respectivamente, a autenticidade da firma e a capacidade mental do disponente. Inobservância de formalidades afetas as testemunhas do ato impugnado. Insuficientes para, no caso específico, determinar a invalidade da manifestação de última vontade. Conteúdo que se sobrepõe à forma.

“O testamento é um ato solene que deve submeter-se a numerosas formalidades que não podem ser descuradas ou postergadas, sob pena de nulidade. Mas todas essas formalidades não podem ser consagradas de modo exacerbado, pois a sua exigibilidade deve ser acentuada ou minorada em razão da preservação dos dois valores a que elas se destinam - razão mesma de ser do testamento -, na seguinte ordem de importância: o primeiro, para assegurar a vontade do testador, que já não poderá mais, após o seu falecimento, por óbvio, confirmar a sua vontade ou corrigir distorções, nem explicitar o seu querer que

possa ter sido exposto de forma obscura ou confusa; o segundo, para proteger o direito dos herdeiros do testador, sobretudo dos seus filhos” (Recurso Especial n. 302.767-PR, relator Min. Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, DJ de 24.9.2001).

O presente recurso especial é oriundo de ação ordinária declaratória de nulidade de testamento público, promovida por Paula Cristina Pinheiro Granzotto contra Espólio de Euclides Granzotto, representado pela inventariante Ana Maria Martins de Oliveira Granzotto, e dos herdeiros (filhos e aquinhoados em testamento), Marco Aurélio Granzotto, Paulino Granzotto, Euclides Granzotto Filho e Maria Salete Granzotto Duarte.

Em sua petição inicial, aduziu a autora que, por meio de ação de investigação de paternidade, promovida em 2004, foi reconhecida judicialmente como sendo filha de Euclides Granzotto. Não obstante, segundo alegou, seu genitor, com o claro propósito de subtrair seus direitos sucessórios assegurados legalmente, confeccionou, em benefício de seus outros filhos, testamento público, lavrado em 12.5.2006, que padece de vícios insanáveis. Afirmou, outrossim, que, em virtude da idade avançada do testador, por ocasião da prática do ato ora impugnado (88 anos de idade), aliada ao estado crítico de saúde (arteriosclerose generalizada), concluiu que o Sr. Euclides Granzotto não tinha discernimento para reger sua pessoa, tampouco para administrar seus bens. A corroborar tal assertiva, alegou a demandante que os atestados médicos apresentados não eram contemporâneos à realização do testamento. Alegou, também, que o testador doou em vida e adquiriu para os demais filhos bens que só podem ser considerados como adiantamento de legítima, devendo ser avaliados e descontados do que lhes couberem, acrescendo-se à parte da impugnante. Asseverou a autora que o testamento não observou, como seria de rigor, as correlatas formalidades. No ponto, mencionou: *i*) ausência de assinaturas de ambas as testemunhas (pelo menos não identificadas na cópia juntada), o que demonstra, na verdade, que não testemunharam a lavratura do testamento ou a sua leitura; *ii*) inverossimilhança da assinatura do testador; e *iii*) impossibilidade dos serventuários do Tabelionato terem, ao mesmo tempo, servido de testemunhas. Por tais razões, requereu, ao final, a declaração de nulidade do testamento, determinando-se que a sucessão prossiga nos termos da lei (e-STJ, fls. 110-115).

Em contestação, os demandados infirmaram integralmente a pretensão posta na inicial. Afirmaram inexistir qualquer tentativa de subtrair os direitos sucessórios da demandante, especialmente porque sua condição de filha do testador somente foi reconhecida judicialmente em 12 de fevereiro de 2007,

enquanto que o testamento, cujo teor refere-se exclusivamente à parte disponível da herança, foi lavrado em momento anterior, em 12 de agosto de 2006. Rechaçaram os apontados vícios de forma, já que o testamento sob comento é público, do que ressaí a fé pública do documento. Ressaltaram, ainda, que o fato de o testador possuir 88 (oitenta e oito) anos de idade, à época da lavratura do testamento, não induz à conclusão de que não possuía discernimento para tal, especialmente porque, além de a lei de regência não vedar, é certo que os pareceres médicos, mencionados pelos autores, atestaram justamente sua sanidade mental. Sobre as alegadas doações em vida efetuadas pelo *de cujus*, afirmaram que, além de inexistir prova nesse sentido, a matéria estaria prescrita (e-STJ, fls. 150-153).

O Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Lages-SC, em despacho de fl. 162, e-STJ, delimitou a controvérsia, deixando assente que o objeto da presente demanda cinge-se à impugnação do testamento, já que as questões suscitadas, afetas às mencionadas doações em vida, ao adiantamento da legítima e às respectivas avaliações devem ser tratada no âmbito do próprio inventário (e-STJ, fl. 162).

Após a instrução probatória (com realização de perícia grafotécnica, apresentação de documentos e realização de audiência de instrução e julgamento), o feito restou sentenciado.

Em primeira instância, a ação foi julgada improcedente, sob o fundamento de que o Sr. Euclides Granzotto, na ocasião em que testou, detinha plena capacidade civil para a realização do ato, circunstância que não pode ser elidida simplesmente em razão da idade avançada do testador, tal como sugere a demandante. Reconheceu-se, ainda, por meio das provas reunidas no autos, inexistir dúvidas quanto à assinatura do autor do testamento. Por fim, entendeu-se que, em que pese a existência de vício formal em relação às testemunhas, já que não presenciaram o ato, este não teve o condão de comprometer a livre disposição de última vontade do testador, que “gozava de capacidade plena para o ato, e concordou com a lavratura do termo, apondo sua assinatura” (e-STJ, fls. 1.113-1.118).

Inconformada, Paula Cristina Pinheiro Granzotto intentou recurso de apelação, em que, resumidamente, reiterou a tese de incapacidade do testador, por ocasião da confecção do testamento; bem como aduziu a inobservância das formalidades para o ato previstas na lei de regência, a acarretar a nulidade do testamento. Neste último ponto, afirmou que “o imbroglío da ‘construção’

de assinaturas de testemunhas no testamento, *de per se*, leva à óbvia conclusão de sua nulidade, tanto que nenhuma das testemunhas indicadas (e ausentes) constantes do instrumento, pode autenticar a vontade do Testador que seria expressa na lavratura do Testamento, a leitura deste à assinatura e a aposição simultânea de assinaturas”. E ressaltou: “o Testamento, como se vê de fl.s 140, 178-183, 192v-193 dos autos, falsamente atesta que foi lavrado pela Tabeliã na presença de duas testemunhas Clovis Ramos Schmidt e Abílio Alves Osório, e que também na presença destas fora lido seu teor ‘em voz alta e bem clara’, o que negado pelas testemunhas”. Concluiu, assim, que, nesse contexto, absolutamente inviável saber se o que consta do testamento reflete mesmo a vontade do testador, já que ninguém testemunhou o que ele realmente queria (e-STJ, fls. 1.130-1.146).

Apresentadas contrarrazões pela parte adversa (e-STJ, fls. 1.200-1.202) e designado dia para julgamento, a demandante requereu adiamento (e-STJ, fl. 1.218), bem como a juntada de documentação, que, segundo noticiado, referem-se às inspeções realizadas pela Corregedoria de Justiça do Tribunal de origem que culminaram com a perda da delegação da Tabeliã do 2º Tabelionato de Lages, que justamente lavrou o testamento reputado nulo nos presentes autos (e-STJ, fls. 1.247-1.276).

O Tribunal de origem manteve integralmente o desfecho da sentença, nos termos da ementa acima reproduzida. Em relação aos documentos posteriormente juntados, anotou que, além de não se enquadrarem na previsão do disposto nos arts. 397 e 517 do CPC, não guardam relação com o caso em debate, “tampouco o testamento em questão figurou entre os documentos formalmente investigados para o afastamento da tabeliã responsável por sua confecção” (e-STJ, fls. 1.231-1.243).

Opostos embargos de declaração, estes foram rejeitados (e-STJ, fls. 1.312-1.317).

Nas razões do apelo excepcional, a recorrente, Paula Cristina Pinheiro Granzotto, aponta violação dos arts. 131, 333, 334, I e II, e 535 do Código de Processo Civil; e 1.864, I, II e III, do Código Civil.

Sustenta, preliminarmente, negativa de prestação jurisdicional em relação aos documentos juntados posteriormente à interposição de seu recurso de apelação. No ponto, faz ilações quanto à parcialidade do relator, em virtude do modo pelo qual tais documentos teriam sido juntados aos autos. Ainda em

caráter prefacial, alega nulidade do julgamento dos embargos de declaração, porque integrado por julgador que, anteriormente, deu-se por impedido.

No mérito, afirma que o acórdão recorrido distancia-se da situação fática real, bem como das provas reunidas nos autos, ao assentar que o testador tomou “todos os cuidados na lavratura de seu testamento”, quando, na verdade, deixou de incluir, no ato, “testemunhas próximas, acessíveis e idôneas”, em desacordo com o previsto no artigo 1.864 do Código Civil. Ressalta, também, que este dispositivo legal “exige, ainda, não só a presença das testemunhas, mas que a Tabeliã leia o texto em voz alta para que todos escutem (inciso II), ao invés de lavrá-los aos domingos em casa”.

Afirma, outrossim, restar incontroverso nos autos que não havia testemunhas presentes à lavratura do testamento, sendo certo que as testemunhas (posteriores) indicadas eram, na verdade, serventuários do próprio cartório em que se confeccionado o documento.

Ao final, pugna pelo provimento de seu recurso, para anular o acórdão impugnado, ou, caso superada a matéria preliminar, julgar totalmente procedente a ação, invertendo-se os ônus sucumbenciais (e-STJ, fls. 1.321-1.331).

Oferecidas contrarrazões (e-STJ, fls. 456-490), o recurso especial, a princípio, não foi admitido (fls. 1.349-1.352, e-STJ). O então relator, Ministro Sidnei Beneti, entendeu por bem conferir provimento ao agravo (AREsp n. 346.383-SC), para melhor exame da tese aventada (e-STJ, fls. 1.397-1.399).

O Representante do Ministério Público Federal, às fls. 1.392-1.395, e-STJ, ofertou parecer “pelo conhecimento parcial do recurso especial, e nessa parte, pelo não provimento”.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze (Relator):

1. Prefacial. Da inexistência de negativa de prestação jurisdicional.

O acórdão impugnado não possui vício a ser sanado por meio dos embargos de declaração, conforme o art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que houve a manifestação acerca de todas as questões relevantes para a solução da controvérsia. A embargante, na verdade, deseja a rediscussão da matéria já

julgada de maneira suficiente e fundamentada. Essa pretensão, contudo, não está em harmonia com a natureza e a função dos embargos declaratórios (Nesse sentido: EDcl no AgRg no Ag n. 1.027.475-SP, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 23.6.2009, DJe 6.8.2009).

Diversamente do alegado, o Tribunal de origem manifestou-se expressamente sobre a petição apresentada pela demandante após a interposição de seu recurso de apelação, deixando assente que, além de os documentos a ela anexados não serem considerados novos, as circunstâncias que ensejaram a perda da delegação pela Tabeliã não se relacionam ao testamento lavrado pelo Sr. Euclides Granzotto, cuja validade se discute na presente ação.

Pela pertinência, transcreve-se excerto do acórdão recorrido, em que houve o explícito enfrentamento da questão.

Em tempo, esclarece-se que os documentos de Protocolo n. 006042, de 9 de outubro de 2012, não merecem análise mais acurada por parte desse Órgão Julgador, haja vista não se enquadrarem na previsão do disposto no artigo 397, ou mesmo 517, ambos do Código de Processo Civil. Ademais, o conteúdo das peças anexadas não guarda direta relação com o caso em debate, tampouco o testamento em questão figurou entre os documentos formalmente investigados para o afastamento da tabeliã responsável por sua confecção.

Desse modo, é de se constatar que a Corte de origem, no ponto, teceu fundamentação suficiente a lastrear sua convicção, afigurando-se, pois, descabida a tese de negativa de prestação jurisdicional.

Sobre as ilações efetuadas quanto à parcialidade do relator do recurso de apelação, em virtude do modo pelo qual tais documentos teriam sido juntados aos autos, inviável o conhecimento da insurgência, pois, além de não encontrar qualquer respaldo nos autos, a evidenciar, no mínimo, proceder temerário, a insurgente não indica, como seria de rigor, qualquer dispositivo legal supostamente violado. A impropriedade do recurso, assim, é manifesta, o que enseja a incidência do Enunciado n. 284 da Súmula do STF, assim prescrita: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”.

Aliás, a questão afeta ao modo pelo qual os referidos documentos foram juntados aos autos, assim como a também inédita alegação de nulidade do julgamento dos embargos de declaração, sob o argumento de que teria sido integrado por julgador impedido, não foram objeto de qualquer discussão ou deliberação na origem, o que denota, por conseguinte, ausência do indispensável

prequestionamento, de modo a impedir o correspondente conhecimento das matérias expendidas na presente via especial.

Insubsistentes, por conseguinte, as questões prefaciais aventadas.

2. Mérito. Da prevalência da manifestação de última vontade do testador sobre eventual vício de forma constante do testamento público.

Controverte-se no presente recurso especial se o fato de as testemunhas instrumentárias (no caso, funcionários do Cartório) não terem presenciado a leitura do testamento - *proceder inadvertidamente adotado pela Tabeliã do Ofício de notas em que lavrado o referido documento*, segundo prova testemunhal colhida nos autos -, tem o condão de infirmar o testamento público, cujo teor, conforme apurado pelas instâncias ordinárias, convergiu integralmente com a vontade do testador, que após sua assinatura e comprovou, na ocasião, indene de dúvidas, sua capacidade para testar.

De plano, impende deixar assente que as teses anteriormente aventadas pela insurgente, referentes à suposta incapacidade do testador e ao *propósito de seu genitor, reputado por ela ilegal, em privilegiar os demais herdeiros em seu detrimento*, rechaçadas na origem, não foram reeditadas no presente recurso especial.

Não obstante, o registro afigura-se relevante, pois, conforme se denota dos fundamentos expendidos na inicial, a própria demandante reconhece que, durante a tramitação da ação de investigação de paternidade por ela promovida contra o Sr. Euclides Granzotto - ao final julgada procedente -, o apontado genitor deliberadamente procedeu à confecção do testamento sob comento com o inequívoco escopo de privilegiar os filhos oriundos de seu casamento, subtraindo, em seus dizeres, quinhão que viria a fazer jus na condição de filha e herdeira.

Segundo reconhecido pelas instâncias precedentes, com lastro nas provas pericial e testemunhal produzidas nos autos, de fato, as testemunhas instrumentárias, funcionários do cartório, não presenciaram a lavratura do testamento, apondo as respectivas assinaturas posteriormente, proceder usual e inadvertidamente levado a efeito pela Tabeliã.

Em que pese a existência de vício formal, este não tem, na compreensão deste relator, o condão de infirmar a validade do testamento, se o seu conteúdo representa, indene de dúvidas, a real vontade do testador, expressada de modo livre e consciente.

Não se diverge, tampouco se olvida, sobre a exigência legal de o ato revestir-se da forma prevista em lei, sob pena de nulidade, especialmente quando esta referir-se à própria substância do ato (art. 1.864 do Código Civil).

Entretanto, *especificamente em relação aos testamentos*, as formalidades dispostas em lei possuem por finalidade precípua assegurar a higidez da manifestação de última vontade do testador e prevenir o testamento de posterior infirmação por terceiros, especialmente porque não se afigurará possível, por óbvio, posterior ratificação de seu autor. Assim, os requisitos formais, no caso dos testamentos, destinam-se a assegurar a veracidade e a espontaneidade das declarações de última vontade.

Todavia, se, por outro modo, for possível constatar, suficientemente, que a manifestação externada pelo testador deu-se de forma livre e consciente, correspondendo ao seu verdadeiro propósito, válido o testamento, encontrando-se, nessa hipótese, atendida a função dos requisitos formais, eventualmente inobservados.

Nessa medida, há que se privilegiar o testamento, reputando-o válido e eficaz, a despeito da existência de vício de forma, sempre que restar demonstrado que seu teor reflete a real última vontade do testador.

Sobre a função do “formalismo testamentário”, consignou Pontes Miranda:

[...] Só em determinadas formas podem exprimir-se as disposições de última vontade e a interpretação dos preceitos legais é restrita. Porém não se vá ao exagero de as crer absolutas, como fins do legislador, em vez de simples formalidade preventivas e asseguradoras. Por um defeito formal de pouca importância, seria péssima política jurídica romper o testamento de que não atribuía ao legislador tão ríspido formalismo. Ora, estas exigências atendem ao intuito de assegurar, e não de dificultar as declarações de última vontade. [...] Na dúvida, decidir-se-á a favor do testamento. Evitem-se, quanto possível, as nulidades por motivo de forma. O fim dos preceitos do Código Civil não é restringir o direito individual, mas determinar que sigam certos caminhos, observem certas normas, para que melhor se garantam. No interpretá-los, não se pode esquecer que é este o fim que eles têm. Demais, os testamentos, salvo o público, são formas entregues aos homens em geral, e não a juristas. Não se lhes exige outro conhecimento além daquele que a lei civil aponta, nos seus artigos expressos.

[...]

Daí a conclusão de Danz: deverá ter-se por válido o testamento, ainda quando apresente defeitos de forma, sempre que se comprove que, no documento, se

contém a última vontade do declarante. Melhor o disse Düringer (51): quando for duvidoso se se observou ou não um preceito de forma, dever-se-á impor a solução da efetividade do testamento, sempre que exista certeza quanto a este.

[...]

A nulidade dos atos jurídicos de intercâmbio ou *inter vivos* é, praticamente, reparável: fazem-se outros, com as formalidades legais, ou se intentam ações que compensem o prejuízo, como a de *in rem verso*. Não se dá o mesmo com as declarações de última vontade: nulas, por defeito de forma, ou por outro motivo, não podem ser renovadas - morreu quem as fez. Razão maior para se evitar, no zelo do respeito à forma, o sacrifício do fundo. (Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. Tratados dos Testamentos. Volume I. 1ª Edição. Editora BH. 2005. p. 239-241)

Na hipótese dos autos, sem proceder a qualquer consideração de ordem moral, especialmente porque a lei a admite, é certo que a vontade manifestada pelo autor do testamento de dispor sobre os bens disponíveis da herança, em detrimento da filha reconhecida *a posteriori* - intuito sobre o qual, como visto, nem mesmo a recorrente controverte -, restou substancialmente demonstrada, cuja verificação deu-se, de modo uníssono, pelas instâncias ordinárias com esteio nos elementos de prova reunidos nos autos.

Segundo apurado, o testador, contando com oitenta e oito anos à época da efetuação do testamento, justamente para prevenir posterior e infundada alegação de incapacidade, apresentou laudos médicos que atestavam sua plena sanidade mental. É dizer, o testador, por sua própria iniciativa, deixou comprovado, por ocasião da confecção do documento, que a manifestação acerca da destinação de seus bens, na parte disponível da herança, expressada no testamento público por ele subscrito, representava, de modo livre e consciente, verdadeiramente a sua última vontade.

No ponto, não se pode deixar de reconhecer que o proceder adotado pelo testador revelou inequívoca preocupação em assegurar que as disposições de última vontade insertas em seu testamento fossem efetivamente observadas. Não há na lei de regência qualquer limitação (máxima) de idade para testar, tampouco exigência de que o autor do testamento comprove sua capacidade para o ato. Não obstante, o testador assim acautelou-se. Há que se pontuar, ainda, não remanescer qualquer dúvida, a considerar o laudo pericial conclusivo, acolhido pelas instâncias precedentes, de que o autor do testamento efetivamente após sua assinatura no documento, por ocasião de sua lavratura. Aliás, a própria adoção da forma pública do testamento, conforme se demonstrará, revela

a intenção do testador de valer-se da segurança e seriedade a ela inerente. Todas essas circunstâncias, de fato, deixaram evidenciado a congruência entre o disposto no testamento e o real propósito de seu autor.

Sobre o teor do testamento, a refletir, fielmente, a última vontade do testador, o Tribunal de origem, mantendo a sentença de improcedência, deixou assente:

[...] Ressalta-se que no caso em debate, o testador assegurou-se de ver cumprida a sua última vontade, consignando expressamente no documento público, a existência de três laudos médicos a atestarem sua plena capacidade intelectual, a despeito dos seus 88 (oitenta e oito) anos de idade na data da confecção do testamento (12.5.2006). Ainda, referidos profissionais da saúde compareceram em juízo, confirmando o teor dos documentos citados no testamento do falecido [...]

Cumpra lembrar que a preterição de suposta filha tida fora do casamento, cujo processo de reconhecimento forçado estava em curso na ocasião da feitura do testamento, condiz com o inteiro teor do ato que, a toda evidência, pretendeu favorecer, nos limites legalmente estabelecidos, os quatro outros filhos, quais sejam Marco Aurélio Granzotto, Paulino Granzotto, Euclides Granzotto Filho, Maria Salete Granzotto Duarte. Guarda coerência, outrossim, com o árduo caminho enfrentado pela filha para ver-se reconhecida pelo genitor. Aliás, sobre isso não diverge nem mesmo a apelante. Colhe-se de sua inicial:

"[...] Logo, não resta dúvida de que o Testamento impugnado veio em clara manobra de esvaziamento do que deveria caber à herdeira impugnante, em igualdade aos meio-irmão, na meação do *de cujus*"

Nota-se, portanto, que não há incongruência entre os atos praticados em vida pelo genitor, daquele derradeiro, traduzido em sua última vontade [...]

Sela a vontade do autor da herança com o signo da autenticidade o laudo firmado por perito judicial, o qual registra em suas conclusões ser indubitavelmente do testador a assinatura aposta no final do documento público."

Nesse contexto, portanto, em que o teor do testamento reflete fielmente o propósito de seu autor, expressado de modo livre e consciente, a pretensão de anular o testamento não pode prosperar. Por via transversa e por outros elementos de prova, no caso, restou absolutamente atendida a finalidade dos requisitos formais do testamento, consistente, como visto, em assegurar a veracidade e a espontaneidade das declarações de última vontade.

A jurisprudência desta Corte de Justiça (a partir do julgamento do REsp n. 302.767-PR), em adoção a essa linha de exegese, tem contemporizado o rigor

formal do testamento, reputando-o válido sempre que encerrar a real vontade do testador, manifestada de modo livre e consciente.

Destaca-se, nesse sentido, os seguintes julgados (cuja citação restringe-se aos casos de testamento público):

Civil. Sucessão. Testamento. Formalidades. Extensão.

O testamento é um ato solene que deve submeter-se a numerosas formalidades que não podem ser descuradas ou postergadas, sob pena de nulidade.

Mas todas essas formalidades não podem ser consagradas de modo exacerbado, pois a sua exigibilidade deve ser acentuada ou minorada em razão da preservação dos dois valores a que elas se destinam - razão mesma de ser do testamento -, na seguinte ordem de importância: o primeiro, para assegurar a vontade do testador, que já não poderá mais, após o seu falecimento, por óbvio, confirmar a sua vontade ou corrigir distorções, nem explicitar o seu querer que possa ter sido expresso de forma obscura ou confusa; o segundo, para proteger o direito dos herdeiros do testador, sobretudo dos seus filhos.

Recurso não conhecido.

(REsp n. 302.767-PR, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 5.6.2001, DJ 24.9.2001, p. 313).

Recurso especial. Direito Civil. Ação de anulação de testamento público. Formalidades legais. Prevalência da vontade do testador.

Reexame de prova. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ. Ofensa ao art. 535 do CPC não configurada. Honorários advocatícios. Modificação em razão da reforma da sentença de procedência. Possibilidade. Ausência de ofensa aos art. 460 e 515 do CPC.

1. Em matéria testamentária, a interpretação deve ser voltada no sentido da prevalência da manifestação de vontade do testador, orientando, inclusive, o magistrado quanto à aplicação do sistema de nulidades, que apenas não poderá ser mitigado, diante da existência de fato concreto, passível de ensejar dúvida acerca da própria faculdade que tem o testador de livremente dispor acerca de seus bens, o que não se faz presente nos autos.

2. A verificação da nulidade do testamento, pela não observância dos requisitos legais de validade, exige o revolvimento do suporte fático probatório da demanda, o que é vedado pela Súmula n. 7-STJ.

3. Inocorrência de violação ao princípio da unidade do ato notarial (art. 1.632 do CC/1916).

4. Recurso especial desprovido.

(REsp n. 753.261-SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 23.11.2010, DJe 5.4.2011).

Civil. Testamento público. Vícios formais que não comprometem a higidez do ato ou põem em dúvida a vontade da testadora. Nulidade afastada. Súmula n. 7-STJ.

I. Inclina-se a jurisprudência do STJ pelo aproveitamento do testamento quando, não obstante a existência de certos vícios formais, a essência do ato se mantém íntegra, reconhecida pelo Tribunal Estadual, soberano no exame da prova, a fidelidade da manifestação de vontade da testadora, sua capacidade mental e livre expressão.

II. "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial" (Súmula n. 7-STJ).

III. Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 600.746-PR, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 20.5.2010, DJe 15.6.2010).

Processual Civil. Direito Civil. Agravo regimental no recurso especial. Nulidade de testamento. Preterição de formalidade legal. Vícios formais incapazes de comprometer a higidez do ato ou por em dúvida a vontade do testador. Súmula n. 7-STJ.

1. A análise da regularidade da disposição de última vontade (testamento particular ou público) deve considerar a máxima preservação do intuito do testador, sendo certo que a constatação de vício formal, por si só, não deve ensejar a invalidação do ato, máxime se demonstrada a capacidade mental do testador, por ocasião do ato, para livremente dispor de seus bens. Precedentes do STJ.

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

3. No caso concreto, o Tribunal de origem, com suporte em ampla cognição das provas produzidas nos autos, assentou, de modo incontroverso, que a escritura pública de testamento reflete as disposições de última vontade do testador.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 1.073.860-PR, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 21.3.2013, DJe 1º.4.2013). E ainda: AgRg no REsp n. 1.230.609-PR, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 17.9.2013, DJe 2.10.2013.

A corroborar a conclusão acima delineada, não se pode deixar de tecer considerações acerca do censurável proceder adotado pela Tabela, que, na condição de destinatária imediata das normas regulamentares do testamento público, especificamente quanto aos requisitos formais, deveria, necessariamente, envidar esforços a sua observância.

Como é de sabença, o testamento público, concebido como ato de disposição de bens (compreendidos na parte disponível da herança) e, eventualmente, de reconhecimento de filiação, para depois da morte de seu autor, é feito perante o Tabelião e por ele transcrito no livro de notas, segundo pronunciamento do testador, na presença de duas testemunhas.

Essa forma de testamento guarda em si, de modo incontestável, maior segurança e grau de seriedade em relação às demais espécies, notadamente porque é lavrado perante o Tabelião ou Oficial de registro que detém fé pública. Com esteio nos ensinamentos de Walter Ceneviva, a fé pública “afirma a certeza e a verdade dos assentamentos que o Tabelião e o Oficial do Registro pratiquem e das certidões que expeçam nessa condição”, correspondendo, assim, “à especial confiança atribuída por lei ao que o delegado (tabelião ou oficial) declare ou faça, no exercício da função, com presunção de verdade” (Lei dos Notários e dos Registradores – Comentada, 4ª Edição, São Paulo, Ed. Saraiva, p.).

A robustecer o grau de confiabilidade e idoneidade gerada pelo testamento público, o teor da disposição de última vontade de seu autor, diversamente das demais modalidades, não é mantido sob sigilo, sendo, pois, de conhecimento das testemunhas que presenciaram o ato, assim como de qualquer outra pessoa, que, caso queira, poderá obter, por certidão, a reprodução de seu conteúdo. Apenas o acesso ao livro é que será ofertado a quem obtiver interesse jurídico em seu conhecimento.

Naturalmente, aquele que elege o testamento público como o modo de exprimir sua última vontade acerca da destinação de seus bens, tem por desiderato cercar-se da segurança e confiabilidade a ele inerentes. Em se tratando de testamento público lavrado perante o Tabelião, incumbe a este, detentor de fé pública, observar detidamente as prescrições legais quanto a sua confecção, sendo, portanto, ele, jurista que é, o destinatário imediato das normas que encerram os requisitos de forma do referido documento.

Assim, diante da legitimidade e presunção de veracidade que se revestem os atos praticados pelo Tabelião, resta ao autor do testamento, no mais das vezes, seguir, sem maiores indagações, a orientação do Tabelião, a fim de dar consecução ao seu propósito.

No caso dos autos, a partir da prova testemunhal produzida em juízo, constatou-se que a Tabelião do Ofício em que lavrado o testamento sob comento adotava, inadvertidamente, procedimento pouco ortodoxo, em absoluto descompasso com a lei de regência. Como visto, as testemunhas instrumentárias, funcionários do cartório (circunstância, em si, não proibida por lei), não

presenciavam a lavratura do testamento, apondo as respectivas assinaturas posteriormente, procedimento também verificado na espécie. A superveniente perda da delegação pela Tabeliã noticiada pela insurgente, por motivos outros que não o testamento sob análise (segundo assente pelo Tribunal de origem) apenas confirma a atuação da Oficial em descompasso com a lei.

Entretanto, em que pese a atuação antijurídica da Tabeliã, a quem incumbia, imediatamente, zelar pela observância dos requisitos formais, constata-se que o testador, por sua própria iniciativa, logrou êxito em deixar comprovado, por ocasião da confecção do documento, que a manifestação acerca da destinação de seus bens, na parte disponível da herança, expressada no testamento público por ele subscrito, representava, de modo livre e consciente, verdadeiramente a sua última vontade.

Nesse contexto, tem-se não se afigurar correto, tampouco legítimo, frustrar a fidedigna manifestação de vontade inserta em testamento público, expressa de modo livre e consciente, por vício de forma que, em verdade, deve ser atribuído inteiramente à Tabeliã, que, *sponte propria*, distanciou-se da lei de regência.

Do exposto, nego provimento ao presente recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.434.498-SP (2013/0416218-0)

Relatora: Ministra Nancy Andrighi

Relator para o acórdão: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino

Recorrente: Carlos Alberto Brilhante Ustra

Advogados: Salo Kibrit

Paulo Alves Esteves

Sérgio Luiz Vilella de Toledo e outro(s)

Recorrido: César Augusto Teles

Recorrido: Janaina de Almeida Teles

Recorrido: Edson Luis de Almeida Teles

Recorrido: Maria Amélia de Almeida Teles

Recorrido: Crimeia Alice Schmidt de Almeida

Advogados: Joelson Costa Dias
Fábio Konder Comparato
Anibal Castro de Sousa e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Civil e Processual Civil. Ação declaratória de existência de relação jurídica de responsabilidade civil, nascida da prática de ato ilícito, gerador de danos morais, no período da ditadura militar brasileira. Ajuizamento contra o oficial comandante acusado das torturas sofridas pelos demandantes. Pretensão meramente declaratória. Legitimidade e interesse. Prescrição. Inocorrência.

1. *Negativa de prestação jurisdicional*: As questões em relação às quais pairaria omissão, especialmente aquelas disciplinadas pela Lei n. 12.528/2011, instituidora da Comissão Nacional da Verdade, e pela Lei n. 6.683/1979, conhecida por Lei da Anistia, foram exaustivamente analisadas pelo acórdão recorrido, que se pautou expressamente nas suas normas, mas afastando as consequências jurídicas pleiteadas pelo recorrente.

2. *Prescrição*: Inocorrência de prescrição de pretensão meramente declaratória da existência de atos ilícitos e de relação jurídica de responsabilidade do réu por danos morais decorrentes da prática de tortura. Conforme a jurisprudência do STJ, mesmo as pretensões reparatórias por violações a direitos humanos, como as decorrentes de tortura, não se revelam prescritíveis. Com maior razão, é imprescritível a pretensão meramente declaratória nesses casos.

3. *Legitimidade e interesse na apuração da verdade*: Conjugação dos esforços estatal e individual na apuração dos graves fatos ocorridos, após 1964, no período do regime militar brasileiro. Nesse desiderato comum de apuração da verdade, criaram-se a “Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos”, mediante a Lei n. 9.140/1995, e a “Comissão da Verdade”, com o objetivo de promover a busca de informações e instrumentos para elucidar as graves violações contra os direitos humanos ocorridas durante a ditadura militar brasileira. A par dessa missão institucional assumida pela União, deve ser reconhecido também o direito individual daqueles que sofreram diretamente as

arbitrariedades cometidas durante o regime militar de buscar a plena apuração dos fatos, com a declaração da existência de tortura e da responsabilidade daqueles que a perpetraram.

4. *Lei da Anistia*: O âmbito de incidência da regra do art. 1º da Lei n. 6.683/1979 restringe-se aos crimes políticos ou (crimes) conexos com estes e aos crimes eleitorais. Obstada, pois, a persecução penal daqueles que cometeram crimes contra seus opositores ou pretensos opositores políticos. A interpretação da Lei de Anistia, porém, deve ficar restrita às hipóteses expressamente estabelecidas pelo legislador, não podendo o Poder Judiciário ampliar o espectro de alcance do ato anistiador a situações que sequer foram cogitadas no momento da edição da Lei n. 6.683/1979.

5. *Recurso especial a que se nega provimento*.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, após o voto-vista do Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, por maioria, negar provimento ao recurso especial. Acompanharam o voto divergente, os senhores Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva e Marco Aurélio Bellizze. Vencida a Sra. Ministra Relatora e o Sr. Ministro João Otávio de Noronha. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Dr. Joelson Costa Dias, pelos recorridos César Augusto Teles e outros.

Brasília (DF), 9 de dezembro de 2014 (data do julgamento).

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Relator

DJe 5.2.2015

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de recurso especial interposto por *Carlos Alberto Brilhante Ustra*, fundamentado na alínea **a** do permissivo constitucional, contra acórdão do TJ-SP.

Ação: declaratória da ocorrência de danos morais, ajuizada por Janaína de Almeida Teles, Edson Luis de Almeida Teles, César Augusto Teles, Maria

Amélia de Almeida Teles e Criméia Alice Schmidt de Almeida, em face de Carlos Alberto Brilhante Ustra, na qual pretendem seja reconhecida “a existência de relação jurídica entre os autores e o réu para o fim de declarar que o réu, por agir com dolo e cometer ato ilícito passível de reparação, causou danos morais e danos à integridade física” dos quatro primeiros (fl. 47, e-STJ).

Sentença: o Juízo de primeiro grau julgou procedentes os pedidos formulados por César, Maria Amélia e Criméia, “para declarar que entre eles e o réu Carlos Alberto Brilhante Ustra existe relação jurídica de responsabilidade civil, nascida da prática de ato ilícito, gerador de danos morais” (fl. 1.249, e-STJ), e improcedente a pretensão de Janáina e Edson.

Acórdão: o TJ-SP negou provimento ao agravo retido e à apelação, ambos interpostos por Carlos Alberto. O acórdão está assim ementado:

Competência - Ação declaratória de existência de relação jurídica entre as partes - Prática de tortura atribuída ao réu durante a ditadura militar - Deslocamento para a Justiça Federal - Possibilidade - Pedido, no entanto, sujeito ao arbítrio do Procurador-Geral da República - Decisão privativa do C. STJ - Preliminar rejeitada.

Suspensão do processo - Ação declaratória de existência de relação jurídica entre as partes - Prática de tortura atribuída ao réu durante a ditadura militar - Existência de Ação Direta de Inconstitucionalidade contra o sigilo de documentos públicos no Brasil, regulado pelas Leis n. 8.159/1991 e n. 11.111/2005 e de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental objetivando a declaração de não recebimento, pela Constituição do Brasil de 1988, do disposto no § 1º do art. 1º da Lei n. 6.683, de 19 de dezembro de 1979 (Lei da Anistia) - Irrelevância - Prejudicialidade inexistente - Preliminar rejeitada.

Prova - Pedido de substituição de testemunha arrolada - Desistência anterior da sua oitiva - Preclusão lógica operada - Cerceamento de defesa inócua - Sentença fundamentada - Atendimento ao art. 43 do Código de Processo Civil - Preliminar rejeitada - Agravo retido desprovido.

Incidente de Uniformização de Jurisprudência - Art. 476 do Código de Processo Civil - Não cabimento - Inexistência de divergência prévia entre Turmas, Câmaras ou Grupos da Corte - Incidente que não se justifica quando há simples possibilidade de que isso ocorra, em face do julgamento a ser proferido - Pedido rejeitado.

Ação Declaratória - Prática de tortura atribuída ao réu durante a ditadura militar - Relação jurídica envolvendo o réu, enquanto agente do Estado, violador das normas jurídicas que deveria cumprir, na medida em que responsável pela prisão onde os autores se encontravam - Relação que decorre da lei, que, no caso, proibia a tortura a qualquer pessoa detida, ou presa, mesmo na época do Governo Militar - Carta outorgada em 1969 que também previa tal garantia - EC n. 1/1969,

art. 153, § 14) - Hipótese em que a própria lei de anistia reconhece a relação jurídica existente entre os presos políticos e os agentes públicos que praticaram delitos por conta da repressão à dissidência política durante a ditadura militar, apenas afastando as suas consequências penais (não as cíveis) - Legitimidade passiva "ad causam" do réu reconhecida - Pretensão meramente moral que traz conforto ao espírito e dignidade à família, independentemente de reparação pecuniária - Adequação da via eleita - Imprescritibilidade das ações declaratórias, especialmente no caso, em que estão em causa direitos da personalidade e direitos humanos - Interesse processual presente - Preliminares rejeitadas - Comprovação de que os autores foram submetidos a tortura sob o comando do réu - Ação procedente - Por maioria de votos, agravo retido desprovido, vencido o 3º Juiz que o provia em parte e, à unanimidade, apelação desprovida.

Recurso especial: alega-se ofensa aos arts. 3º, 128 e 535, II, do CPC, aos arts. 1º e 3º da Lei n. 12.528/2011, ao art. 1º da Lei n. 6.683/1979, bem como aos arts. 206, § 3º, do CC/2002, e 177 do CC/1916.

Sustenta o recorrente, a par da negativa de prestação jurisdicional, que o julgamento proferido pelo Tribunal de origem violou a competência da Comissão Nacional da Verdade, instituída pela Lei n. 12.528/2011 para examinar e esclarecer os casos de violação de direitos humanos praticados durante o regime militar; que os autores não têm interesse de agir, na medida em que a Lei n. 6.683/1979 concedeu anistia relativamente aos fatos narrados pelos recorridos, pressupondo o esquecimento recíproco dos acontecimentos, e que a ação declaratória não é adequada a satisfazer a pretensão deduzida na petição inicial, consubstanciada na obtenção de sentença de natureza constitutiva; que a pretensão dos autores está prescrita, haja vista o decurso do prazo de quarenta anos desde os fatos; que a sentença proferida é *ultra petita* e não se poderia reconhecer a prática de tortura e abuso de autoridade.

Juízo prévio de admissibilidade: o recurso foi inadmitido pelo Tribunal de origem, dando azo à interposição do AREsp n. 456.595-SP, conhecido para determinar a reatuação em especial (fl. 1.678, e-STJ).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andriighi (Relatora): Cinge-se a controvérsia a decidir sobre: (I) a negativa de prestação jurisdicional; (II) a competência do Juízo para o processamento e julgamento do feito; (III) a existência de interesse

de agir na ação declaratória proposta pelos recorridos; (IV) a ocorrência da prescrição da pretensão deduzida; (V) a prolação de sentença *ultra petita*.

1. Dos contornos da lide

O recurso especial, como declinado, foi interposto contra acórdão proferido pelo TJ-SP, mantendo, na íntegra, a sentença exarada pelo Juízo da 23ª Vara Cível Central de São Paulo, que, por sua vez, julgou procedentes os pedidos formulados pelos autores César, Maria Amélia e Criméia para “declarar que entre eles e o réu [recorrente] Carlos Alberto Brilhante Ustra existe relação jurídica de responsabilidade civil, nascida da prática de ato ilícito, gerador de danos morais” (fl. 1.249, e-STJ).

O ato ilícito, a que alude o dispositivo daquela decisão, são os atos de tortura praticados durante a ditadura militar nas instalações do DOI-CODI do II Exército, à época, comandado pelo recorrente.

Releva declinar que não há pedido de compensação dos danos morais alegadamente suportados em decorrência do ato ilícito.

2. Da violação do art. 535, II, do CPC – negativa de prestação jurisdicional

01. Aduz o recorrente, em confusa passagem das razões recursais, que houve violação do art. 535, II, do CPC, porquanto o Tribunal de origem teria rejeitado seus embargos de declaração sem se manifestar sobre a aplicação do princípio da pacificação, disposto na Lei n. 6.683/1979 (Lei da Anistia) e na Lei n. 12.528/2011 (Lei que instituiu a Comissão Nacional da Verdade).

02. No entanto, compulsando os autos, verifica-se que o TJ-SP apreciou fundamentadamente as questões pertinentes para a resolução da controvérsia, dando, no entanto, interpretação contrária aos anseios do recorrente, situação que não serve de alicerce para a interposição de embargos de declaração.

03. Cite-se, a propósito, o seguinte trecho do acórdão impugnado, pertinente à questão suscitada:

Ação Declaratória - Prática de tortura atribuída ao réu durante a ditadura militar - Relação jurídica envolvendo o réu, enquanto agente do Estado, violador das normas jurídicas que deveria cumprir, na medida em que responsável pela prisão onde os autores se encontravam - *Relação que decorre da lei, que, no caso, proíbia*

a tortura a qualquer pessoa detida, ou presa, mesmo na época do Governo Militar - Carta outorgada em 1969 que também previa tal garantia - EC n. 1/1969, art. 153, § 14 - Hipótese em que a própria lei de anistia reconhece a relação jurídica existente entre os presos políticos e os agentes públicos que praticaram delitos por conta da repressão à dissidência política durante a ditadura militar, **apenas afastando as suas consequências penais (não as cíveis)** - Legitimidade passiva "ad causam" do réu reconhecida - Pretensão meramente moral que traz conforto ao espírito e dignidade à família, independentemente de reparação pecuniária - Adequação da via eleita - Imprescritibilidade das ações declaratórias, especialmente no caso, em que estão em causa direitos da personalidade e direitos humanos - Interesse processual presente - Preliminares rejeitadas - Comprovação de que os autores foram submetidos a tortura sob o comando do réu - Ação procedente - Por maioria de votos, agravo retido desprovido, vencido o 3º Juiz que o provia em parte e, à unanimidade, apelação desprovida. (sem grifos no original)

04. Ademais, segundo o entendimento firmado no STJ, não está o magistrado obrigado a rebater um a um os argumentos trazidos pela parte, de modo que a negativa de prestação jurisdicional nos aclaratórios só ocorre se persistir a omissão no pronunciamento acerca de questão que deveria ter sido decidida e não o foi, o que não corresponde à hipótese dos autos (AgRg no AREsp n. 369.672-RJ, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª Turma, DJe de 13.3.2014; EDcl no AgRg no AREsp n. 195.246-BA, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, DJe de 4.2.2014).

05. Assim, devidamente analisadas e discutidas as questões de mérito, e fundamentado o acórdão recorrido, de modo a esgotar a prestação jurisdicional, não há falar em violação do art. 535, II, do CPC.

3. Da violação dos arts. 1º e 3º da Lei n. 12.528/2011 e do art. 1º da Lei n. 6.683/1979 – Competência do Juízo para o processamento e julgamento do feito

06. Segundo o recorrente, "a recente lei que instituiu a Comissão Nacional da Verdade (Lei n. 12.528/2011) preenche a pretensão dos recorridos, pois é seu objetivo (...) esclarecer os fatos e as circunstâncias dos casos de graves violações de direitos humanos mencionados no *caput* do art. 1º" (fl. 1.566, e-STJ).

07. De fato, a criação da Comissão Nacional da Verdade, no âmbito da Casa Civil da Presidência da República, tem por fim examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos praticadas no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição Federal de 1988, a fim de

efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional (art. 1º).

08. No entanto, a própria Lei n. 12.528/2011 dispõe, expressamente, que as atividades desenvolvidas por aquele órgão “não terão caráter jurisdicional” (art. 4º, § 4º).

09. Tal disposição, aliás, corrobora o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, que assegura a todos, como garantia fundamental, a apreciação, pelo Poder Judiciário, de qualquer “lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV, da CF), entendida a expressão no sentido de que qualquer forma de pretensão exige uma resposta do Estado-juiz, ainda que negativa.

10. Assim, a imperar a tese do recorrente – de que a Lei n. 12.528/2011, ao atribuir à Comissão Nacional da Verdade aquela referida missão, afastou a competência do Poder Judiciário para decidir sobre as violações de direitos humanos, cometidas durante o regime militar – outra conclusão não haveria senão a de considerar a regra manifestamente inconstitucional.

11. À evidência, essa não foi a vontade do legislador, nem é a melhor interpretação a ser dada ao dispositivo legal.

12. Logo, não se configura violação de competência da Comissão Nacional da Verdade e, portanto, ofensa aos arts. 1º e 3º da Lei n. 12.528/2011 e do art. 1º da Lei n. 6.683/1979.

4. Da violação do art. 1º da Lei n. 6.683/1979 e do art. 3º do CPC – interesse de agir dos autores-recorridos

13. A despeito de ser objeto de variadas críticas, sobretudo quanto à sua interpretação e alcance, inclusive na seara do Direito Internacional, a Lei n. 6.683/1979 foi validada pelo STF, no julgamento da ADPF n. 153 (rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJe de 5.8.2010), proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Na ocasião, advertiu o Relator:

A chamada Lei da Anistia veicula uma decisão política naquele momento – o momento da transição conciliada de 1979 – assumida. A Lei n. 6.683 é uma lei-medida, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada. Para quem não viveu as jornadas que a antecederam ou, não as tendo vivido, não conhece a História, para quem é assim a Lei n. 6.683 é como se não fosse, como se não houvesse sido. (sem grifos no original)

14. De fato, muitos de nós viram e viveram as jornadas que antecederam a Lei n. 6.683/1979; conheceram as atrocidades cometidas; e, ao final, testemunharam a efervescência de um processo de redemocratização, inspirado pela busca da pacificação nacional.

15. Nesse cenário, foi editada a Lei da Anistia, pela qual o Estado simplesmente referendou o pacto celebrado entre as forças ideologicamente conflitantes à época. Não sem dor; não sem sacrifícios; não sem deixar cicatrizes, é verdade; mas deram os brasileiros um passo importante e necessário para romper, definitivamente, com aquele triste passado, para reescrever a história pensando no futuro, na construção de uma sociedade livre e democrática.

16. Então, como fruto da mobilização de diversos segmentos da nossa sociedade, a anistia foi uma bênção para o País, na medida em que nos desarmou, libertando-nos das amarras da vingança, sem o que jamais seria possível recomeçar.

17. Anistiar – do grego *amnestía*, do latim *amnesia* – é esquecer, perdoar, é virar a página, definitivamente. E não há meio perdão. Como sabiamente afirmou Pontes de Miranda, “aconteceu o ato; agora, indo-se ao passado, mesmo onde ele está, acontece juridicamente desaparecer, deixar de ser, não ser” (Comentários à Constituição de 1946. Rio de Janeiro: Borsoi. Vol. I. p. 344).

18. Registrem-se, a propósito, as palavras do Presidente Figueiredo, em sua mensagem de encaminhamento, ao Congresso Nacional, do Projeto de Lei n. 14/1979, porque traduzem o espírito da lei depois promulgada: é preciso “evitar que se prolonguem processos que, com certeza e por muito tempo, irão traumatizar a sociedade com o conhecimento de eventos que devem ser sepultados em nome da paz”.

19. E complemento: não há pacificação social sem pacificação jurídica!

20. Nesse contexto, a sociedade, expressamente, renunciou ao exercício do *ius puniendi* e aos respectivos efeitos penais da sentença condenatória, em prol da reconciliação nacional.

21. Não se olvida que, no campo da responsabilidade civil, qualquer pessoa, cuja dignidade tenha sido violada por atos de tortura praticados no período de exceção, pode exigir do Poder Público a justa compensação, sendo tal pretensão, inclusive, imprescritível (EREsp n. 816.209-RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, 1ª Seção, DJe de 10.11.2009; REsp n. 1.374.376-CE, Rel. Min. Herman

Benjamin, 2ª Turma, DJe de 23.5.2013; REsp n. 1.165.986-SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe de 4.2.2011).

22. No entanto, o mesmo dever não se pode impor àquele que agiu em nome do Estado – ou com a tolerância, senão o incentivo deste – porquanto sobre ele paira o manto da anistia.

23. É preciso reconhecer, ademais, o direito ao esquecimento dos anistiados políticos – sejam eles agentes públicos, sejam aqueles que lutaram contra o sistema posto –, direito esse que, no particular, se revela como o de não ser pessoalmente responsabilizado por fatos pretéritos e legitimamente perdoados pela sociedade, ainda que esses fatos sobrevivam como verdade histórica e, portanto, nunca se apaguem da memória do povo.

24. Insta ressaltar que o direito ao esquecimento não representa leniência com os crimes cometidos, mas o reconhecimento de que a Lei da Anistia, como pacto social firmado e reafirmado, “confere concretude a um ordenamento jurídico que, entre a memória – que é a conexão do presente com o passado – e a esperança – que é o vínculo do futuro com o presente –, fez clara opção pela segunda” (REsp n. 1.334.097-RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, DJe de 10.9.2013).

25. A eternização de conflitos entre particulares, como o de que ora se cuida, traz em si mesmo um efeito pernicioso àquele ideal de reconciliação e pacificação nacional pretendido com o fim do regime militar; é a própria jurisdicionalização da vendeta, que não deve ser chancelada pelo Poder Judiciário, sobretudo passados mais de 40 anos dos acontecimentos.

26. Sob essa ótica, mostra-se inviável a pretensão deduzida na petição inicial, de obter a declaração de “que o réu, por agir com dolo e cometer ato ilícito passível de reparação, causou danos morais e danos à integridade física dos autores” (fl. 47, e-STJ), como se a decisão judicial fosse um desses certificados que se pendura na parede para imortalizar o malfeito do recorrente.

27. O ordenamento jurídico, por todos os fundamentos expostos, veda tal pedido, e clama pelo perdão.

28. Constatada, portanto, a ausência de condição para o exercício do direito de ação, ficam prejudicados os demais pedidos do recurso.

Forte nessas razões, *conheço* do recurso especial e *dou-lhe provimento*, para extinguir o processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: Eminentes Colegas, pedi vista dos autos para uma análise mais aprofundada da relevante questão ligada à pretensão meramente declaratória da existência de relação jurídica nascida da prática de tortura, geradora de danos morais, perpetrada contra os autores, ora recorridos, durante a ditadura militar nas instalações do DOI-CODI, sob o comando do ora demandado.

Inicialmente, nada a dissentir da eminente relatora no que concerne à negativa de prestação jurisdicional.

A omissão residiria na análise do que dispuseram a Lei n. 12.528/2011, que instituiu a Comissão Nacional da Verdade, e a Lei n. 6.683/1979, a conhecida e bastante controvertida Lei da Anistia.

Esses diplomas legais foram devidamente analisados pelo acórdão recorrido, calcando-se expressamente nas suas normas, mas afastando as consequências jurídicas sugeridas pelo recorrente.

Inexiste, pois, vício a ser reparado na prestação jurisdicional realizada, já que de omissão não há falar.

No mérito, relembro que a sentença, prolatada pelo Dr. Gustavo Santini Teodoro, Juiz de Direito da 23ª Vara Cível Central da Comarca de São Paulo, e o acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, mediante a sua 1ª Câmara de Direito Privado, julgaram procedentes os pedidos formulados por César Augusto Teles, Maria Amélia de Almeida Teles e Criméia Alice Schimidt de Almeida, declarando a existência entre os autores e o réu Carlos Alberto Brilhante Ustra, ora recorrente, de “*relação jurídica de responsabilidade civil, nascida da prática de ato ilícito, gerador de danos morais.*”

Não foi formulado pedido de condenação do réu ao pagamento de indenização pelos referidos danos morais, senão, como já aludido, de declaração de reconhecimento da ocorrência dos fatos na época em que narrados, em relação aos sujeitos que ora integram a relação jurídica processual, buscando-se a identificação de co-responsável, ora recorrente.

Peço vênias para dissentir do voto da eminente relatora, confirmando em todos os seus fundamentos as muito bem lançadas decisões de primeiro e segundo graus da Justiça paulista.

A pretensão formulada pelos demandantes encontra-se em plena consonância com um Estado Democrático de Direito, que busca resgatar a sua

memória acerca de gravíssimos fatos ocorridos no período militar iniciado em 1964.

A recuperação da memória histórica é fundamental para uma nação para evitar que essas graves violações aos direitos humanos voltem a ocorrer.

Tendo lastimavelmente ocorrido esses gravíssimos fatos praticados por agentes a serviço do Estado brasileiro, devem ser devidamente desvelados em suas circunstâncias para que não se relegue o sofrimento das vítimas a um desconhecimento pela sociedade.

Deve-se dar conhecimento à coletividade dos seus detalhes, dos padecimentos suportados pela ótica de quem os sofreu, com a indicação dos seus responsáveis.

Tudo isso é necessário para que se reparem os danos, se não materialmente, pelo menos moralmente, apaziguando-se a sensação de impunidade que ocorre a quem tem os seus direitos fundamentais mais caros vilipendiados por agentes do próprio Estado.

As violações aos direitos humanos que aqui se enfrentam, narradas pelos autores da presente ação declaratória, deram-se no período militar brasileiro, iniciado em 1964, período em que se estima - e, não se olvide, aqui se tem mera estimativa - consoante anotou **Flávia Piovesan**, no artigo *Lei de Anistia, Sistema Interamericano e o Caso Brasileiro*, inserto em livro intitulado *Crimes da Ditadura Militar* (Organizado por Luiz Flávio Gomes e Valerio de Oliveira Mazzuoli, Ed. RT, 2011, p. 81), “*houve o desaparecimento forçado de 150 pessoas, o assassinato de 100 pessoas, ao que se soma denúncia de mais de 30.000 casos de tortura.*”

Nessa vertente de apuração da verdade, desde 1995, criou-se a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, mediante a Lei n. 9.140/1995, com o objetivo de promover a busca de informações e instrumentos para elucidar as violações contra os direitos humanos ocorridas durante a ditadura militar brasileira, comissão esta cujo objetivo era, e ainda é, reconhecer pessoas mortas ou desaparecidas, promovendo a identificação e, mais importante, a devolução dos seus restos mortais aos familiares.

Os trabalhos posteriormente desenvolvidos pela Comissão da Verdade, inicialmente presidida por nosso eminente colega, Ministro Gilson Lângaro Dip, concentraram-se na busca, localização e identificação de restos mortais de desaparecidos políticos nos Estados do Pará e Tocantins, onde ocorreu a Guerrilha do Araguaia, no Estado de São Paulo, em relação à “Vala Clandestina

de Perus”, entre outros, no Estado do Rio de Janeiro, a “Casa da Morte”, centro clandestino de detenção e tortura utilizado pela repressão no Município de Petrópolis, e certamente em multíplios outros mais.

A par dessa missão institucional a que bem se arrogou o Estado brasileiro, após a redemocratização do país, fruto inclusive de um movimento internacional no sentido da apuração e punição de violações a direitos humanos, deve ser reconhecido também o direito daqueles que experimentaram o que de mais triste houve no período do regime militar, mediante demandas declaratórias individuais, que é o reconhecimento formal da existência da tortura por eles experimentados em face de quem direta ou indiretamente a perpetrou.

No recurso especial, aduziu-se violação aos arts. 128 e 3º do CPC, aos artigos 1º e 3º da Lei n. 12.528/2011 e ao art. 1º da Lei n. 6.683/1979, além do art. 177 do CC/1916 e do art. 206, § 3, V, do CCB/2002.

No que toca à prescrição, de pronto há de ser afastada por duas ordens de razões.

Primeiro, a orientação desta Corte Superior, no que toca à pretensões reparatórias por violações a direitos humanos consubstanciadas em tortura, é a de que não há falar em incidência de prazo prescricional.

Nesse sentido:

Processual Civil. Administrado. Fundamento não impugnado. Súmula n. 182-STJ. Ação de reparação de danos. Perseguição política e tortura durante o regime militar. Imprescritibilidade de pretensão indenizatória decorrente de violação de direitos humanos fundamentais durante o período de exceção. Inaplicabilidade do art. 1º do Decreto n. 20.910/1932. Precedentes. Súmula n. 83-STJ.

1. O agravo regimental do União limita-se a impugnar a questão da prescrição, de modo que incide o teor da Súmula n. 182-STJ sobre as questões adjacentes (carência de ação, configuração do dano moral e o valor arbitrado, e ausência de prequestionamento do art. 4º, *caput*, da Lei n. 10.559/2002).

2. *Conforme jurisprudência do STJ, são imprescritíveis as ações de reparação por danos morais ajuizadas em decorrência de perseguição, tortura e prisão, por motivos políticos, durante o Regime Militar. Inúmeros precedentes.*

3. “Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.”

4. É vedada a inovação recursal em agravo regimental.

Agravo regimental improvido. (*AgRg no AREsp n. 478.312-RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 24.4.2014, DJe 2.5.2014*).

Processual Civil e Administrativo. Agravo regimental no recurso especial. Responsabilidade civil do Estado. Danos decorrentes de perseguição política na época da ditadura militar. Imprescritibilidade. Precedentes. Alegação de contrariedade a dispositivos constitucionais. Competência do STF.

1. O acórdão impugnado decidiu em conformidade com a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que não se aplica a prescrição quinquenal do Decreto n. 20.910/1932 às ações de reparação de danos sofridos em razão de perseguição, tortura e prisão, por motivos políticos, durante o Regime Militar, pois nesse caso é imprescritível a pretensão.

2. No mesmo sentido, os seguintes precedentes: AgRg no REsp n. 1.417.171-SP, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 16.12.2013; AgRg no AREsp n. 330.242-RS, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 5.12.2013; AgRg no REsp n. 1.301.122-RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, DJe 25.9.2013; AgRg no REsp n. 1.128.042-PR, Primeira Turma, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 23.8.2013.

3. O Superior Tribunal de Justiça não é competente para analisar, em sede de recurso especial, eventual violação de dispositivos constitucionais, sob pena de usurpar-se da competência do Supremo Tribunal Federal.

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp n. 1.424.680-SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 3.4.2014, DJe 9.4.2014).

Administrativo. Anistia. Ação indenizatória. Prescrição. 1. A jurisprudência do STJ se firmou no sentido de serem imprescritíveis as ações de indenização decorrentes de perseguição, tortura e prisão, por motivos políticos, durante o regime militar. 2. Agravo Regimental não provido. (AgRg no AREsp n. 330.242-RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 22.10.2013, DJe 5.12.2013).

Segundo, porque a ocorrência de prescrição há de ser cogitada quando a pretensão é condenatória.

O pedido, aqui, é puramente declaratório e, assim, imprescritível, não havendo falar em violação ao art. 177 do CC/1916 ou ao art. 206, § 3º, do CC/2002.

A violação ao disposto no art. 128 do CPC também não se consubstancia e a sua alegação arrosta o consubstanciado no Enunciado Sumular n. 284-STF.

Inúmeras são as passagens na petição inicial a fundamentar, como causa de pedir da declaração de relação jurídica de responsabilidade por danos morais, referindo que o pedido está diretamente ligado a danos decorrentes de tortura, o que culminou por ser plenamente reconhecido pelas instâncias ordinárias.

O pedido e a causa de pedir, a fundamentação e o *decisum* em tudo se amoldam, não havendo qualquer mácula aos limites objetivos traçados na petição inicial.

No mais, os dispositivos legais alegadamente violados estão assim redigidos nos diplomas legais em questão, *verbis*:

I - Lei n. 12.528/2011:

Art. 1º É criada, no âmbito da Casa Civil da Presidência da República, a Comissão Nacional da Verdade, com a finalidade de examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos praticadas no período fixado no art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a fim de efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional.

Art. 3º São objetivos da Comissão Nacional da Verdade:

I - esclarecer os fatos e as circunstâncias dos casos de graves violações de direitos humanos mencionados no *caput* do art. 1º;

II - promover o esclarecimento circunstanciado dos casos de torturas, mortes, desaparecimentos forçados, ocultação de cadáveres e sua autoria, ainda que ocorridos no exterior;

III - identificar e tornar públicos as estruturas, os locais, as instituições e as circunstâncias relacionados à prática de violações de direitos humanos mencionadas no *caput* do art. 1º e suas eventuais ramificações nos diversos aparelhos estatais e na sociedade;

IV - encaminhar aos órgãos públicos competentes toda e qualquer informação obtida que possa auxiliar na localização e identificação de corpos e restos mortais de desaparecidos políticos, nos termos do art. 1º da Lei n. 9.140, de 4 de dezembro de 1995;

V - colaborar com todas as instâncias do poder público para apuração de violação de direitos humanos;

VI - recomendar a adoção de medidas e políticas públicas para prevenir violação de direitos humanos, assegurar sua não repetição e promover a efetiva reconciliação nacional; e

VII - promover, com base nos informes obtidos, a reconstrução da história dos casos de graves violações de direitos humanos, bem como colaborar para que seja prestada assistência às vítimas de tais violações.

II - Lei n. 6.683/1979:

Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário,

aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares (vetado).

§ 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

§ 2º - Excetuam-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal.

§ 3º - Terá direito à reversão ao Serviço Público a esposa do militar demitido por Ato Institucional, que foi obrigada a pedir exoneração do respectivo cargo, para poder habilitar-se ao montepio militar, obedecidas as exigências do art. 3º.

III - CPC

Art. 3º Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade.

Inexiste no acórdão recorrido qualquer violação a esses dispositivos legais.

O art. 1º da Lei n. 12.258/2011, ao instituir a Comissão Nacional da Verdade, estatui que a sua criação possuiria “a finalidade de examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos praticadas no período fixado no art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias,” com o propósito de “efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional.”

O enunciado normativo do art. 3º, de sua parte, estabeleceu as tarefas a serem desempenhadas por tão nobre comissão.

Em nenhum dos dispositivos desse diploma legal, no entanto, tolheu-se o direito de as vítimas, direta ou indiretamente atingidas pelos fatos ocorridos no período de 1964 a 1985, procederem à persecução dos esclarecimentos de que carecedoras, da identificação de seus algozes, do detalhamento das circunstâncias em que viram os seus direitos humanos escarnecidos.

Imputou-se ao Estado, pois também de seus agentes partiram as violações verificadas no lapso ditatorial - e o réu era um deles -, o dever de reparação de tais máculas, expondo-as à sociedade.

Não se retirou, e nem se poderia retirar, dos legitimados ordinários o interesse e a legitimidade de proceder pessoalmente, mediante a utilização instrumental da Justiça ordinária, à busca do esclarecimento e detalhamento destes aberrantes episódios, com uma declaração nominal, subjetiva, pessoal, versando acerca do que efetivamente ocorreu, com quem, onde, por ordem de quem.

Com apoio no direito à memória, à reconstrução histórica do período ditatorial com base na verdade dos fatos e direitos violados, ao aprendizado com os erros do passado (*para prevenir violação de direitos humanos e assegurar sua não repetição*), à co-responsabilidade que possui o Estado em face dos atos dos seus agentes, cumpre ao ente político explicitar tudo o quanto possível acerca dos nefastos acontecimentos do período ditatorial.

As vítimas e familiares, no entanto, têm plena legitimidade e interesse em responsabilizar o indivíduo que figurou como torturador, mediante o reconhecimento perene pelo Estado, através de um de seus poderes instituídos, o Poder Judiciário, da efetiva existência dos fatos e da responsabilidade dos envolvidos.

Conjugam-se, pois, o esforço estatal e o particular na reconstrução da verdade histórica.

Por outro lado, e agora examinando a alegada afronta a regra do art. 1º da Lei n. 6.683/1979, conjugada a do art. 3º do CPC, também não se identifica qualquer violação a esses dispositivos legais.

A interpretação dessas disposições legais levada a efeito pelo ilustre magistrado, confirmada pelos eméritos desembargadores do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, revela-se escorreita.

O âmbito de incidência da regra do art. 1º da Lei n. 6.683/1979 restringe-se aos crimes políticos ou (crimes) conexos com estes e aos crimes eleitorais, explicitando, o seu § 1º, considerarem-se conexos: “os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.”

No enunciado do seu § 2º, por outro lado, quando houve por bem disciplinar quem estaria excluído da anistia concedida, o fez em relação apenas aos que “foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal”.

Obstada, pois, a persecução penal daqueles que cometeram crimes contra seus opositores ou pretensos opositores políticos.

A interpretação dessas normas, porém, fica restrita ao que o legislador estabeleceu, não podendo o Poder Judiciário aumentar o espectro de alcance do ato anistiador a fatos que sequer foram cogitados no momento da edição da Lei n. 6.683/1979.

Essa, aliás, foi a mesma *ratio decidendi* do Excelso Pretório quando do exame da adequação da Lei da Anistia aos preceitos fundamentais insculpidos em normas constitucionais, a da impossibilidade de o Poder Judiciário alterar o que, por conjunções políticas, entendeu o legislador anistiar.

A anistia, na forma como promulgada, ademais, trouxe ao cenário jurídico, mediante escolhas políticas, em que pese por deveras criticadas interna e internacionalmente, hipótese em que, o Estado, titular do direito à persecução penal nos crimes cometidos durante a ditadura, afastou a possibilidade de punição penal dos autores de tão graves violações a direitos humanos, mas os efeitos cíveis dessas violações remanescem.

Tanto é assim que o direito às indenizações continua a ser reiteradamente reconhecido, seja na via administrativa, seja na via judicial, revelando-se plenamente hígida, com fundamento em uma interpretação sistemática e teleológica, humanista e democrática, a pretensão declaratória de responsabilidade pelos danos morais advindos de atos de tortura ser formulada individualmente em face daquele que foi beneficiado penalmente pela anistia.

Esse entendimento guarda consonância, ainda, com a orientação traçada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, exposta no caso “Gomes Lund e outros vs. Brasil”, acerca da Guerrilha do Araguaia, para quem inadmissível o empeco à investigação de graves violações de direitos humanos e a perpetuação da impunidade, na esteira do que convencionado na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), especialmente no seu art. 25.1, *verbis*:

Art. 25.1 - Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos de violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

Por unanimidade, em 24.11.2010, a Egrégia Corte declarou:

3. As disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil.

Não há, com efeito, qualquer contradição jurídica entre o ato que anistiou os algozes da tortura, impedindo de serem punidos penalmente, e a pretensão civil de se declarar a existência de ato ilícito, fonte de uma obrigação de reparação de danos.

Enfim, deve-se manter o judicioso acórdão recorrido, cujas conclusões acerca da efetiva existência dos fatos narrados na petição inicial sequer é objeto de impugnação no recurso especial.

Ante todo o exposto, pedindo vênia à eminente relatora, voto no sentido de negar provimento ao recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.438.576-SP (2014/0040272-1)

Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva

Recorrente: Rápido 900 de Transportes Rodoviários Ltda.

Advogados: Ana Paula de Almeida e outro(s)

Luciana Christina Guimarães Lóssio e outro(s)

Técio Lins e Silva e outro(s)

Camila Ieracitano Maia Falkenburger e outro(s)

Recorrido: Jayme Gonçalves Brandão Filho - espólio

Recorrido: Jayme Gonçalves Brandão Neto - espólio

Advogados: Natália Luciana Pavan Imparato e outro(s)

Humberto Motta da Silva

Representado por: Maria da Penha Bonini Brandao - inventariante

Recorrido: Joao Batista Bonini Brandao

Advogados: Natália Luciana Pavan Imparato e outro(s)

Alexandre José Garcia de Souza e outro(s)

André Alencar Porto e outro(s)

Recorrido: Julio Cesar Bonini Brandao

Advogado: Guilherme Carvalho Monteiro e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Inventário. Apuração de haveres. Procedimento autônomo. Remessa aos meios ordinários. Possibilidade. Incompetência do Juízo de Família e Sucessões. Não configuração. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência.

1. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional se o Tribunal de origem motiva adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entende cabível à hipótese, apenas não no sentido pretendido pela parte.

2. As perícias técnicas (contábil e de engenharia) realizadas em primeira instância foram acolhidas tanto pela sentença quanto pelo Tribunal local, que afastaram a existência de qualquer irregularidade ou ilegalidade nos referidos trabalhos. Desse modo, a insatisfação da recorrente no que tange ao resultado do conjunto probatório-pericial que lhe é desfavorável não se confunde com violação dos citados dispositivos legais nem implica o cerceamento de sua defesa.

3. Não há direito de produção de prova técnica em segunda instância. Cabe ao órgão judicante, destinatário das provas, acolher ou refutar o conjunto probatório delineado pelas partes e produzido pelos auxiliares da justiça - como, no caso, o perito -, em decisão necessariamente motivada, como fez o aresto combatido.

4. O êxito da pretensão recursal depende tanto de se infirmar a certeza que ora se extrai dos autos acerca da adequação e regularidade das provas periciais quanto de rever as conclusões de ambas as instâncias de cognição plena pela sua validade. Incidência da Súmula n. 7-STJ.

5. A mera inversão da ordem procedimental - qual seja, o julgamento da apelação antes de apreciado o agravo retido interposto -, por si só, não conduz à nulidade do julgamento. Para tanto, é necessário que seja demonstrado e comprovado que a parte sofreu prejuízo, o que não ocorreu no presente caso.

6. As instâncias ordinárias afastaram corretamente a existência de enriquecimento sem causa dos ora recorridos, o que atrai o óbice da Súmula n. 7-STJ.

7. A distribuição da apuração de haveres ao Juízo pelo qual se processou o inventário não ofende nenhuma norma de direito federal.

Pelo contrário, a interpretação conjugada da legislação processual que trata especificamente da matéria leva à conclusão de que o procedimento adotado pelas instâncias ordinárias encontra-se hígido e em conformidade com as disposições legais.

8. O CPC determina que as questões decorrentes do inventário ou da partilha que demandarem “alta indagação” ou “dependerem de outras provas” sejam remetidas aos meios ordinários. Portanto, a “remessa aos meios ordinários” significa, essencialmente, que o juiz deve processar o incidente pelos meios ordinários, em apartado dos autos do inventário.

9. O fato de a lei prescrever que o juiz determine a apuração de haveres não exclui do herdeiro o seu direito subjetivo público de ação, a quem remanesce a faculdade de propô-la de forma autônoma, conforme foi feito no presente caso. Ademais, a premissa maior a ser observada nos “meios ordinários” é a participação, mediante efetivos contraditório e ampla defesa, de todos os atores envolvidos na questão.

10. Recurso especial conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro João Otávio de Noronha, a Terceira Turma, por maioria, decide negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencida a Sra. Ministra Nancy Andrighi. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha (voto-vista) e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator.

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

Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relator

DJe 21.11.2014

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva: Trata-se de recurso especial interposto por *Rápido 900 de Transportes Rodoviários Ltda.*, com fundamento no

artigo 105, inciso III, **a e c**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Noticiam os autos que o *Espólio de Jayme Gonçalves Brandão Filho*, representado por sua inventariante *Maria da Penha Bonini Brandão*, e seus herdeiros *Júlio César Bonini Brandão* e *João Batista Bonini Brandão*, e ainda o *Espólio de Jayme Gonçalves Brandão Netto*, ora recorridos, propuseram contra a ora recorrente uma ação de apuração de haveres na qual os herdeiros do sócio falecido requereram, “uma vez quantificado o valor dos haveres devidos aos sucessores do falecido, mediante plena verificação física e contábil dos bens que integram o ativo social (inclusive, e principalmente, o fundo de comércio), seja condenada a empresa requerida a pagar-lhes o montante apurado, corrigido monetariamente, acrescido de juros de 12% (doze por cento) ao ano, na forma prevista no § 3º da cláusula 11ª do contrato social” (e-STJ fl. 4.322).

Aduziram os autores da referida ação, proposta perante a 2ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de São Paulo-SP, que, desde o ano de 1963, o *de cujus* detinha participação societária na empresa requerida, possuindo, quando de seu falecimento, 1.854.225 (um milhão oitocentos e cinquenta e quatro mil duzentos e vinte e cinco) quotas sociais.

Os autores/recorridos também informaram que “a requerida vem efetuando o depósito mensal dos haveres que supõe dever aos requerentes, nos autos do Inventário, Processo n. 000.00.540111-9. Contudo, entendem que o balanço patrimonial levantado em 31.12.1999, ano anterior ao falecimento do *de cujus*, não teria revelado a real extensão do patrimônio da suplicada, somando-se a tanto o fato de que o balanço não fora aprovado pelo falecido, sócio majoritário da empresa, que se encontrava hospitalizado à época de seu levantamento” (e-STJ fl. 4.321).

A sentença julgou os pedidos iniciais procedentes para condenar a ora recorrente “a pagar aos requerentes o saldo devido dos haveres do sócio falecido, no valor de 35.200.901,71. Como este valor já se encontra atualizado até a data de ultimação do laudo pericial contábil (fevereiro de 2009 - fls. 2.238), deverá ser corrigido monetariamente e acrescido dos juros legais apenas a partir do mês subsequente, ou seja, março de 2009” (e-STJ fls. 4.328-4.329).

A recorrente apelou da sentença (fls. e-STJ 4.403-4.436), e o Tribunal de origem negou provimento ao recurso. O aresto ficou assim ementado:

Competência. O juízo do inventário é competente para a apuração de haveres. O resultado da apuração de haveres interessa à herança, posto que poderá servir de base para futura sobrepartilha. Preliminar afastada.

Ação de Apuração e Cobrança de Haveres. Apuração de haveres decorrente do falecimento de um dos sócios. Incidência da Súmula n. 265 do STF, sendo correta a determinação de nova apuração de haveres. Realização de perícias de engenharia e contábil, com apresentação de laudos bem fundamentados. Críticas improcedentes ao trabalho técnico, que foi acolhido pelo Juízo *a quo*. Recurso improvido (e-STJ fl. 4.781).

Os embargos declaratórios opostos foram parcialmente acolhidos, sem alteração do resultado do julgamento, conforme se vê na ementa:

Embargos de declaração. Omissão. Ocorrência. Agravo retido não apreciado por ocasião do acórdão. Agravante que se insurgia contra homologação de laudo de engenharia. Matéria prejudicada, devido à manifestação de mérito quanto ao acerto dos laudos periciais para a solução da controvérsia. Perícia contábil que apurou o valor devido pela embargante mediante aplicação de juros simples. Inexistência de comprovação de que teriam incidido juros compostos. Demais questões ventiladas pelo embargante que implicariam rediscussão da matéria. Recurso acolhido em parte, sem alteração do resultado do julgamento (e-STJ fl. 4.867).

A recorrente interpôs recurso especial (e-STJ fls. 4.901-4.950), apontando, além de divergência jurisprudencial, violação dos seguintes dispositivos com as respectivas teses:

(i) artigo 535, I e II, do Código de Processo Civil: negativa de prestação jurisdicional;

(ii) artigos 130 e 515 do CPC: cerceamento do direito de defesa pelo fato de o Tribunal local não ter permitido a produção de prova técnica em segunda instância;

(iii) artigos 559, 560 e 561 do CPC: o agravo retido foi julgado prejudicado após o julgamento da apelação, contrariando a ordem procedimental legalmente prevista;

(iv) artigo 884 do Código Civil: enriquecimento sem causa dos recorridos, e

(v) artigos 113, 251, 252, 253, 984 e 993, II, do CPC: a ação de apuração de haveres foi julgada pelo Juízo de Família em que se processou o inventário, o qual seria incompetente. Alega a recorrente que a apuração de haveres foi

requerida mais de três anos depois do falecimento do quotista e posteriormente ao encerramento do inventário.

Aduz que “Não apenas esta ação vai contra cláusula expressa do contrato social, mas também o valor apurado em primeira instância foi inflado por perícias bastante equivocadas, para se dizer o mínimo. E o e. TJSP, colocado diante de graves e evidentes falhas técnicas produzidas pela perita e encampadas pelo juízo, negou ao Recorrente o direito de produção de prova técnica em segunda instância (direito da parte, quando o conhecimento e julgamento da apelação pressupõe análise de pontos extremamente técnicos, inclusive debatidos no acórdão recorrido)” (e-STJ fl. 4.907).

Com as contrarrazões (fls. 5.039-5.060 e-STJ), o recurso especial foi admitido (e-STJ fls. 5.063-5.066), enquanto que o processamento do recurso extraordinário interposto (e-STJ fls. 4.885-4.896) foi obstado na origem.

O espólio foi intimado para regularizar sua representação processual (e-STJ fl. 5.110)

Às fls. 5.113-5.119 (e-STJ), o *Espólio de Jayme Gonçalves Brandão Filho e outros* requereu a juntada de documentos a fim de regularizar a representação processual. Foi juntado o Termo de Compromisso que nomeou *Maria da Penha Bonini Brandão* como inventariante do *Espólio de Jayme Gonçalves Brandão Netto*.

Às fls. 5.124-5.128 (e-STJ), Ayla Cordeiro de Freitas Rodrigues protocolizou petição por meio da qual informa que “tomou ciência da presente Apuração de Haveres, o qual o herdeiro Jayme Gonçalves Brandão Netto é representado por seu espólio” e que “tramita junto à 5ª Vara de Família da Comarca da Capital-RJ, Ação de Reconhecimento de Paternidade promovida face Jayme Gonçalves Bandão Netto, sendo certo que o mesmo foi devidamente citado, tendo inclusive comparecido a audiência de conciliação”. Nesses termos, requereu sua admissão no inventário e a reserva de bens em seu favor, nos termos do artigo 1.001 do CPC.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (Relator): Preenchidos os pressupostos de admissibilidade recursal, impõe-se o conhecimento do especial.

(i) Negativa de prestação jurisdicional

Inviável o acolhimento da pretensão no tocante ao artigo 535, I e II, do CPC.

O que se verifica dos autos é que o TJSP motivou adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia ao aplicar o direito que entendeu cabível à hipótese. Não há falar, portanto, em negativa de prestação jurisdicional apenas pelo fato de o aresto recorrido ter decidido em sentido contrário à pretensão da parte.

Registre-se, ademais, que o órgão julgador não está obrigado a se pronunciar acerca de todo e qualquer ponto suscitado, mas apenas sobre aqueles considerados suficientes para fundamentar sua decisão.

A motivação contrária ao interesse da parte ou mesmo omissa no tocante a pontos considerados irrelevantes não se traduz em ofensa ao aludido artigo nem autoriza o acolhimento dos embargos declaratórios.

A esse respeito, os seguintes precedentes:

Agravo regimental. Recurso especial. Sistema Financeiro da Habitação. Negativa de prestação jurisdicional. (...)

1. Inocorrente a apontada negativa de prestação jurisdicional, porquanto as questões submetidas ao Tribunal *"a quo"* foram suficiente e adequadamente apreciadas, com abordagem integral do tema e fundamentação compatível. (...)

(AgRg no REsp n. 965.541-RS, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 17.5.2011, DJe 24.5.2011).

Civil e Processual Civil. Agravo regimental em agravo de instrumento. Embargos de declaração. Negativa de prestação jurisdicional. (...)

1. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional nos embargos de declaração, se o Tribunal de origem enfrenta a matéria posta em debate na medida necessária para o deslinde da controvérsia, ainda que sucintamente. A motivação contrária ao interesse da parte não se traduz em maltrato ao art. 535 do CPC. (...)

(AgRg no Ag n. 1.160.319-MG, Rel. Ministro Vasco Della Giustina - Desembargador convocado do TJRS, Terceira Turma, julgado em 26.4.2011, DJe 6.5.2011).

(ii) Cerceamento do direito de defesa pelo fato de o Tribunal local não ter permitido a produção de prova técnica em segunda instância

Não procede a irresignação quanto ao alegado cerceamento de defesa.

Depreende-se do aresto impugnado que as perícias técnicas (contábil e de engenharia) realizadas em primeira instância foram acolhidas tanto pela sentença quanto pelo Tribunal local, que afastaram a existência de qualquer irregularidade ou ilegalidade nos referidos trabalhos.

Desse modo, a insatisfação da recorrente no que tange ao resultado do conjunto probatório-pericial que lhe é desfavorável não se confunde com violação dos citados dispositivos legais nem implica o cerceamento de sua defesa.

Ademais, ao contrário do alegado pela recorrente, não há “direito de produção de prova técnica em segunda instância”. Cabe ao órgão julgante, destinatário das provas, acolher ou refutar o conjunto probatório delineado pelas partes e produzido pelos auxiliares da justiça - como, no caso, o perito -, em decisão necessariamente motivada, como fez o TJSP.

Confira-se a seguinte passagem do acórdão, no trecho que interessa à espécie:

(...)

Nos autos, foram realizadas perícias de engenharia (fls. 396-657 e 2.080-2.111) e contábil (fls. 2.189-2.238), para apuração do valor real do patrimônio da empresa.

O MM Juízo *a quo* adotou corretamente o cálculo realizado pelo trabalho das peritas, as quais indicaram quais os procedimentos técnicos utilizados na apuração de haveres (fls. 2.210-2.211). Ademais, os assistentes técnicos da Apelante subscreveram o laudo pericial e acompanharam e participaram de toda a sua elaboração.

Como se pode notar, em resposta ao quesito de número 5 dos Apelados, apurou-se que o valor da empresa em 31.12.1999 era de R\$ 29.820.753,61. Em resposta ao quesito número 6, por sua vez, apurou-se o valor da participação do sócio falecido, equivalente a R\$ 9.169.881,73.

O valor atualizado desta quantia foi trazido em resposta ao quesito 7, que apurou o valor de R\$ 35.200.901,71. Tal quantia, ao contrário do alegado pela Apelante, não foi apurada com capitalização dos juros, mas sim com “correção monetária calculada pelos - índices da Tabela Prática do TJSP, cômputo de juros lineares de 12% ao ano e amortização das parcelas pagas pela Requerida aos herdeiros” (fls. 2.224), conforme o Anexo 4 (fls. 2.251-2.254 - grifo nosso).

Não é possível a exclusão da correção monetária, pois se trata de mera recomposição do valor da moeda. Os juros de mora de 12% ao ano, por sua vez,

se referem à penalidade prevista expressamente no contrato social da empresa decorrente do atraso do pagamento pela Apelante dos haveres do sócio falecido aos herdeiros. Assim, os juros de mora são devidos desde o falecimento, conforme calculado no laudo.

Os argumentos extremamente genéricos de ocorrência de erro na avaliação dos imóveis e dos veículos não prosperam, tendo em vista que houve participação efetiva dos assistentes técnicos da Apelante na produção do laudo pericial, que foi por o eles subscrito.

Nota-se, pelos esclarecimentos prestados pela perita, às fls. 4.536-4.546, que as contingências passivas foram consideradas e ajustadas, segundo regras contábeis e legais, esclarecidas no item b que trata sobre o “cômputo do ajuste de contingências passivas sobre os resultados do exercício findo em 31.12.1999, para fins de apuração do Fundo de Comércio” (fls. 4540).

(...)

Em suma a apelante lastreia sua pretensão recursal na crítica aos trabalhos periciais, deslembada que teve oportunidade de indicar os assistentes técnicos que tiveram oportunidade de demonstrar eventuais falhas, e cujos argumentos não foram colhidos pela R. Sentença. (e-STJ fls. 4.786-4.788 - destacou-se)

O tema também foi enfrentado pela instância de origem nos embargos declaratórios:

(...)

No que diz respeito à perícia contábil, a perita esclareceu que, para apurar o valor devido pela embargante aos embargados em dezembro de 1999, aplicou correção monetária e juros de 12% ao ano, tal como definido no contrato social (ver in fine fls. 2.224 e 2.233).

O critério utilizado pela embargante para elaborar o cálculo, no sentido de que os juros corresponderiam a 84% da quantia a ser paga - multiplicando 7, correspondente ao número de anos decorridos desde a mora, por 12, equivalente à taxa anual de juros -, é atécnico.

Para chegar ao valor devido pela embargante, é necessária a elaboração de cálculo com a evolução periódica do débito, mediante atualização monetária e aplicação de juros de 1 %, tal como feito pela perícia.

As alegações da embargante para infirmar a perícia contábil são genéricas e demonstram intuito procrastinatório, já que sequer aponta o valor que entende devido. Cabe ressaltar que, na planilha de cálculo apresentada pela perita, há prova de que foram aplicados juros simples (conferir in fine fls. 2.252-2.254).

*No mais, **a notícia de que o assistente técnico, ao contrário, do afirmado no acórdão, não assinou o laudo pericial, é irrelevante**, pois a embargante teve oportunidade de impugná-lo por intermédio de seu assistente técnico.*

A embargante pretende rediscutir a matéria posta a julgamento, o que não de admite nesta fase processual (destacou-se).

Resulta evidente, portanto, que o êxito da pretensão recursal depende, inarredavelmente, tanto de se infirmar a certeza que ora se extrai dos autos acerca da adequação e regularidade das provas periciais quanto das conclusões de ambas as instâncias de cognição plena pela sua validade. Tal entendimento, ora combatido, porém, resultou da acurada análise do acervo probatório carreado aos autos, tarefa que, como cediço, é interdita ao Superior Tribunal de Justiça, na via especial, a teor do que dispõe a Súmula n. 7-STJ.

Nessa esteira, faz-se oportuna trazer à colação os seguintes julgados:

Civil. Processual Civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Ressarcimento civil. Inadimplemento contratual. Prescrição decenal. Súmula n. 83-STJ. Reexame do conjunto fático-probatório dos autos. Inadmissibilidade. Incidência da Súmula n. 7-STJ. Decisão mantida.

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

2. No caso concreto, o Tribunal de origem concluiu que a reparação pretendida tem por fundamento o inadimplemento contratual, *que o laudo pericial é válido e que não é necessária nova perícia*. Alterar tais conclusões demandaria o reexame dos elementos fáticos dos autos, o que é vedado em recurso especial.

(...)

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp n. 384.550-ES, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 8.4.2014, DJe 22.4.2014 - grifou-se).

Recurso especial. Ação de dissolução de sociedade cumulada com indenizatória. Violação do art. 535 do CPC. Inexistência. Apelação. Efeito devolutivo. Conhecimento da matéria impugnada. Produção de provas. Julgamento antecipado da lide. Possibilidade. Cerceamento de defesa. Não ocorrência. Revisão. Súmula n. 7-STJ. Data base para apuração de haveres. Término do *affectio societatis*. Pagamento de haveres. Parcela única. Possibilidade. Nulidade do laudo pericial. Revisão. Impossibilidade. Honorários advocatícios. Revisão. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ. Apuração de haveres. Legitimidade passiva. Existência. Produção de provas. Julgamento antecipado da lide. Possibilidade. Cerceamento de defesa. Não ocorrência. Revisão. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ. Solidariedade. Ausência de prequestionamento. Súmula n. 211-STJ. Dispositivos legais não indicados. Deficiente fundamentação. Súmula n. 284-STJ.

1. Ação de dissolução parcial de sociedade cumulada com apuração de haveres ajuizada por sócio minoritário contra a sociedade limitada e o sócio majoritário.

2. 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. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos deduzidos pelas partes.

(...)

4. A apuração da suficiência dos elementos probatórios que justificaram o julgamento antecipado da lide e/ou o indeferimento de prova pericial demanda reexame provas.

(...)

7. O reconhecimento da nulidade do laudo pericial esbarra no óbice previsto na Súmula n. 7-STJ.

(...)

10. A apuração da suficiência dos elementos probatórios que justificaram o julgamento antecipado da lide e/ou o indeferimento de prova pericial demanda reexame provas. Incidência da Súmula n. 7-STJ.

(...)

13. Recursos especiais a que se nega provimento.

(REsp n. 1.371.843-SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 20.3.2014, DJe 26.3.2014 - grifou-se).

Processo Civil. Recurso especial. Novas provas. Apreciação. Impossibilidade. Embargos de declaração. Irresignação da parte. Efeitos infringentes. Impossibilidade. Provas. Valoração. Livre convencimento do juiz. Cerceamento de defesa. Inexistência. Provas. Produção. Disponibilidade. Desistência. Cerceamento de defesa. Inexistência. Provas. Revisão. Recurso especial. Impossibilidade. Súmulas n. 5 e n. 7 do STJ.

(...)

- O Tribunal não está obrigado a julgar a questão posta a seu exame nos termos pleiteados pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento, consoante dispõe o art. 131 do CPC, utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso.

- Tendo o recorrente feito valer a disponibilidade do direito à produção de provas, abrindo mão daquelas que, embora anteriormente requeridas e deferidas, até então não haviam sido produzidas, não há como admitir a sua alegação de cerceamento de defesa, apenas porque lhe sobreveio sentença desfavorável.

- As Súmulas n. 5 e n. 7 do STJ vedam o reexame do substrato fático probatório dos autos no âmbito do recurso especial.

Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 810.667-RJ, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 14.10.2008, DJe 5.11.2008 - grifou-se).

Recurso especial. Processual Civil e previdência privada fechada. Pedido exordial de deferimento de revisão de benefício, ao fundamento de não estar sendo conferida a melhor interpretação ao regulamento do plano de previdência privada, para extensão de pagamento de verba, paga pela patrocinadora aos seus empregados, que não é recebida pelos beneficiários do plano de benefícios. Requerimento de produção de perícia atuarial para demonstrar desequilíbrio atuarial que adviria do eventual acolhimento do pleito. Pedido de prova que, em vista das peculiaridades do regime de previdência privada e da legislação de regência, mostra-se relevante. Indeferimento, ao fundamento de que a constatação da obrigação de extensão do pagamento de verbas salariais previstas em normas coletivas de trabalho aos assistidos do plano de benefícios pode ser extraída da interpretação do regulamento. Pertinência da produção de perícia atuarial para demonstração de desequilíbrio ao plano de custeio, inclusive por ser dever legal do Estado proteger os interesses dos demais beneficiários e dos participantes.

1. Em regra, conforme iterativa jurisprudência desta Corte Superior, como o juiz é o destinatário da prova - cabendo-lhe, por força do art. 130 do Código de Processo Civil, indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias -, para se chegar à conclusão de que a produção da prova requerida pela parte é relevante para a solução da controvérsia, é necessário o reexame de todos os elementos fáticos, a atrair a incidência do óbice intransponível imposto pela Súmula n. 7-STJ.

(...)

6. Recurso especial provido.

(REsp n. 1.345.326-RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 9.4.2014, DJe 8.5.2014 - grifou-se).

Processual Civil. Agravo no agravo em recurso especial. Prova pericial. Reexame de fatos e provas. Inadmissibilidade. Dissídio jurisprudencial. Cotejo analítico e similitude fática. Ausência.

1. O reexame de fatos e provas em recurso especial é inadmissível.

2. O dissídio jurisprudencial deve ser comprovado mediante o cotejo analítico entre acórdãos que versem sobre situações fáticas idênticas.

3. Agravo não provido.

(AgRg no REsp n. 1.428.015-RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 8.4.2014, DJe 14.4.2014).

Ação de dissolução de sociedade comercial. Liquidação de sentença. Acórdão que, na apuração de haveres, acolheu o valor arbitrado pelo perito judicial. Matéria de prova, insuscetível de reexame em sede de recurso especial. Valoração de prova. Conceito. Prequestionamento. Agravo regimental improvido

(AgRg no Ag n. 56.443-SP, Rel. Min. Antônio Torreão Braz, Quarta Turma, julgado em 11.4.1995, DJ 15.5.1995).

Inviável, assim, que seja promovido no STJ o reexame do conjunto técnico-probatório carreado aos autos. Referido labor é interditado a esta Corte Superior, na via do recurso especial, não só em obediência à literalidade da já citada súmula, mas essencialmente por se tratar de tarefa que se distancia por completo do papel deste Tribunal como harmonizador da interpretação da lei federal, transformando-o, indevidamente, de instância excepcional em uma terceira instância exauriente.

(iii) Nulidade do julgamento tendo em vista que o agravo retido foi julgado prejudicado somente após o julgamento da apelação, contrariando a ordem procedimental legalmente prevista

A mera inversão da ordem procedimental - qual seja, o julgamento da apelação antes de apreciado o agravo retido interposto -, por si só, não conduz à nulidade do julgamento. Para tanto, é necessário que seja demonstrado e comprovado que a parte sofreu prejuízo, o que não ocorreu no presente caso.

Ao contrário do alegado no apelo extremo, a matéria trazida no agravo retido então interposto pela ora recorrente *foi integralmente analisada pela Corte de origem* quando do julgamento da apelação e dos embargos declaratórios, conforme se extrai do seguinte trecho:

(...)

Houve omissão tão somente no que diz respeito à apreciação do Agravo de Instrumento n. 0018724-48.2006.8.26.0000, convertido em retido na decisão de fl. 149 dos autos apensos. No referido recurso, a embargante insurgiu-se contra a decisão que homologara o laudo pericial de engenharia.

Com o reconhecimento, pelo juiz de primeira instância e por esta Câmara, de que os laudos foram adequados à solução da matéria controvertida, genéricas as alegações do agravante com o intuito de infirmá-los, a questão debatida no referido recurso está prejudicada. (e-STJ fl. 4.868)

Confira-se, a propósito, o seguinte julgado desta Corte Superior, que corrobora que *a inversão da técnica de julgamento não implica a nulidade* do julgamento da apelação, caso não haja prejuízo às partes:

Agravo regimental. Embargos de declaração. Rejeição. Decisão em consonância com o entendimento jurisprudencial desta Corte. Decisão agravada mantida. Improvimento.

I. Consoante o disposto no artigo 523, do CPC, o agravo retido deve ser apreciado como preliminar, antes do julgamento da apelação.

II. Se tal técnica não foi adotada pelo Tribunal de origem, no julgamento da apelação, tendo sido o agravo retido apreciado e improvido; *caso não haja prejuízo às partes, a decisão não deve ser considerada nula.*

III. Não se decreta a nulidade de ato processual sem demonstração de prejuízo.

IV. O agravo não trouxe nenhum argumento novo capaz de modificar a conclusão alvitrada, a qual se mantém por seus próprios fundamentos.

V. Agravo Regimental improvido.

(AgRg nos EDcl no REsp n. 1.178.483-PR, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 25.5.2010, DJe 21.6.2010 - grifou-se).

(iv) Enriquecimento sem causa dos recorridos

As instâncias ordinárias afastaram corretamente a existência de enriquecimento sem causa dos ora recorridos.

Antes, consignaram que a apuração de haveres requerida pelos herdeiros do falecido seria necessária *justamente para evitar que tal enriquecimento se desse em favor dos sócios remanescentes.*

Eis o que consignado no acórdão:

(...)

Trata-se de ação de apuração e cobrança de haveres de sociedade limitada, movida em face desta pelo Espólio e herdeiros de sócio falecido. *Os Autores, ora Apelados, entendendo que os valores já pagos não condiziam com a verdadeira situação patrimonial da o empresa, pleitearam o recálculo dos haveres, com a consequente condenação pela diferença apurada.*

Não procede o argumento segundo o qual prevendo o contrato social a forma de pagamento estaria a r. sentença a declarar inexistente referido dispositivo contratual. Tal se passa porque o contrato social determina que se proceda ao levantamento do “patrimônio líquido” da empresa, com base no balanço especial.

Ora, a menção a patrimônio líquido apurado com base no balanço não significa necessariamente que os valores formadores do patrimônio líquido sejam exatamente aqueles expressos no balanço.

Patrimônio líquido é o resultado de uma operação contábil na qual se leva em conta o patrimônio da empresa, inclusive os bens imateriais, o valor de seus bens, a existência de dívidas, quer ativas quer passivas, bem como prevendo-se eventuais contingências.

O contrato social, pois, não determina que se paguem os herdeiros do sócio falecido de acordo com os valores constantes do balanço, mas com base no balanço, o que não impede, nem o poderia, que se proceda à reavaliação do ativo. Aliás, basta anotar que os sócios remanescentes com certeza não aceitariam que os herdeiros do sócio pré-morto adquirissem a parte que eles detêm na empresa pelo valor constante do balanço contábil. Por isso, inviável se falar em declarar inexistente a cláusula contratual.

Correta a realização de nova apuração, diante do disposto na Súmula n. 265 do Supremo Tribunal Federal: “Na apuração de haveres não prevalece o balanço não aprovado pelo sócio falecido, excluído ou que se retirou”.

De fato, não ficou provado que o *de cuius* tenha participado da aprovação do balanço levantado no encerramento do exercício anterior ao óbito, datado de 31.12.1999.

Ademais, é importante salientar que a apuração de haveres deve considerar o patrimônio total da empresa, atendendo aos valores reais, e não aqueles contabilizados, pois este entendimento se apoia na teoria da vedação do enriquecimento ilícito ou sem causa. Devem ser considerados, assim, os bens corpóreos - e incorpóreos, componentes do estabelecimento empresarial.

Haverá enriquecimento sem causa dos sócios remanescentes se não forem considerados todos os elementos componentes do real patrimônio da empresa. (destacou-se)

Referido procedimento apuratório se tornou ainda mais relevante quando se verifica que, conforme consignado no acórdão, “não ficou provado que o *de cuius* tenha participado da aprovação do balanço levantado no encerramento do exercício anterior ao óbito, datado de 31.12.1999” (e-STJ fl. 4.785), circunstância que atrai a incidência da Súmula n. 265-STF, segundo a qual “Na apuração de haveres não prevalece o balanço não aprovado pelo sócio falecido, excluído ou que se retirou”.

Além do mais, rever as conclusões de origem quanto à alegada existência de enriquecimento ilícito encontra óbice insuperável na Súmula n. 7-STJ, já que seria necessária a incursão nos elementos fático-probatórios incompatível com o processamento do recurso especial.

A propósito:

Agravo regimental em agravo em recurso especial. Brasil Telecom. Contrato de consumo. Rescisão contratual. Devolução de valores pagos. Alegação de enriquecimento ilícito. Súmula n. 7-STJ. Incidência. Agravo regimental a que se nega provimento.

1. No tocante à alegada afronta ao art. 884 do Código Civil, o Tribunal de origem, apoiando no contexto fático-probatório dos autos, concluiu pela inexistência de locupletamento indevido. *A revisão desse entendimento demandaria apreciação de provas, cujo reexame é vedado em âmbito de recurso especial, a teor da Súmula n. 7 deste Tribunal.*

2. A interposição, nesta Corte, de agravo regimental manifestamente infundado torna forçosa a aplicação da multa prevista no artigo 557, § 2º, do Código de Processo Civil.

3. Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação de multa.

(AgRg no AREsp n. 476.103-RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 25.3.2014, DJe 1º.4.2014 - grifou-se).

(v) Incompetência do Juízo de Família e Sucessões para processar e julgar a ação de apuração de haveres ajuizada pelos herdeiros

Inicialmente, é importante ressaltar que a tese da incompetência do Juízo somente foi levantada pela recorrente no momento da apelação, quando restou devidamente refutada pela Corte local.

Não houve a propositura, por parte da ora recorrente, de nenhuma oposição ou resistência quanto à distribuição da ação de apuração de haveres no Juízo de Família. A ré não opôs exceção de incompetência nem levantou tal ponto em sua peça contestatória. Muito pelo contrário, consta da literalidade da contestação apresentada pela empresa recorrente em primeira instância *que a ora recorrente nada teria a opor quanto à questão referente à escolha do Juízo de Família e Sucessões a quem foi dirigida a ação de apuração de haveres* (e-STJ fl. 107). Desse modo, a matéria teria restado preclusa.

Assim, no caso dos autos, não há falar em incompetência (nem relativa, muito menos absoluta) do Juízo de Família e Sucessões para o processamento da ação de apuração de haveres, tendo em vista que tal procedimento foi instaurado pelos herdeiros (ora recorridos) do falecido, que, por sua vez, era sócio da empresa ora recorrente. *É preciso ficar claro que a apuração de haveres, no presente caso, não se tratou de um “mero incidente” no processo de inventário.* Foi

proposta uma ação, que tramitou pelo rito próprio; foi realizada prova pericial pericial; houve sentença desfavorável à ora recorrente; a sentença foi sindicada pelo Tribunal de origem no julgamento de apelação e restou mantida.

Além disso, ressalte-se que o desfecho da referida ação teve consequência direta no Processo de Inventário n. 00.540.111-9 (2ª Vara da Família e das Sucessões do Foro Central da Comarca da Capital do Estado de São Paulo).

Daí porque a distribuição da apuração de haveres ao Juízo pelo qual se processou o inventário *não ofende nenhuma norma de direito federal*. Pelo contrário, a interpretação conjugada da legislação processual que trata especificamente da matéria leva à conclusão de que o procedimento adotado pelas instâncias ordinárias encontra-se hígido e em conformidade com as disposições legais.

É de se ressaltar que o CPC, ao tratar do inventário e da partilha, estabelece em seu artigo 984 que “O juiz decidirá todas as questões de direito e também as questões de fato, quando este se achar provado por documento, **só remetendo para os meios ordinários** as que demandarem alta indagação ou dependerem de outras provas” (destacou-se).

Veja-se que a própria lei determina que somente as questões decorrentes do inventário ou da partilha que demandarem “alta indagação” ou “dependerem de outras provas” sejam remetidas aos meios ordinários. Portanto, a “remessa aos meios ordinários” significa, essencialmente, que o juiz poderá processar o incidente, caso entenda pela complexidade da matéria, atendendo ao que dispõem as regras do procedimento ordinário, em apartado dos autos do inventário.

Mais adiante, ainda ao tratar do direito sucessório, diz o inciso II do parágrafo único do artigo 993 que “O juiz determinará que se proceda (...) II - a apuração de haveres, se o autor da herança era sócio de sociedade que não anônima (Redação dada pela Lei n. 5.925, de 1º.10.1973)”.

Do cotejo de ambos os dispositivos legais antes indicados não se extrai qualquer disposição normativa capaz de impedir que o procedimento para apuração de haveres tramite pelo mesmo Juízo por onde se processou o inventário. Portanto, no presente caso, não há que se cogitar, sequer, de que possa ter ocorrido a aplicação do rito especial (apuração de haveres) de forma indevida, já que o rito especial foi observado pelo Juízo monocrático.

Ademais, o fato de a lei prescrever que o juiz possa determinar que se proceda à apuração de haveres (artigo 993, II, do CPC) não exclui do herdeiro,

obviamente, o seu direito subjetivo público de ação, a quem remanesce a faculdade de propô-la de forma autônoma, conforme foi feito no presente caso (como já dito, a demanda foi proposta pelos herdeiros - e-STJ fls. 4-12).

Nesse panorama, a premissa maior a ser observada na locução “meios ordinários” é a participação, por meio de efetivos contraditório e ampla defesa, dos atores e interessados que estejam envolvidos no procedimento. Ao que se extrai dos autos, os recorrentes participaram *ativamente* de todas as fases do procedimento de apuração de haveres, cujo resultado lhes foi desfavorável. Entretanto, resultado desfavorável à parte é bastante diferente de violação de dispositivos legais, o que, repita-se, não ocorreu na espécie.

O STJ já tangenciou o tema acerca da possibilidade de apurar, pelas vias ordinárias, eventuais questões relativas à dissolução da sociedade que se apresentarem como objeto de controvérsia entre sócios remanescentes e espólio ou herdeiros, conforme se observa do seguinte precedente:

Processual Civil. Recurso especial. Violação ao art. 535 do CPC. Não configurada. Inventário. Art. 993, parágrafo único, II, do CPC. Apuração de haveres. Inadequação da via, *in casu*. Existência de controvérsia entre o sócio remanescente e os demais herdeiros acerca da dissolução de sociedade limitada. Questão de alta indagação. Art. 984 do CPC. Remessa da questão às vias ordinárias. Possibilidade.

1. A motivação contrária ao interesse da parte ou mesmo omissa em relação a pontos considerados irrelevantes pelo *decisum* não se traduz em ofensa ao art. 535 do CPC.

2. A ofensa ao art. 535 do CPC somente se configura quando, na apreciação do recurso, o Tribunal de origem insiste em omitir pronunciamento sobre questão que deveria ser decidida, e não foi, o que não ocorreu na hipótese dos autos.

3. O parágrafo único do art. 993 do CPC dispõe sobre as medidas postas ao alcance do julgador, que devem suceder às primeiras declarações do inventariante, em processo de inventário no qual era, o autor da herança, comerciante em nome individual ou sócio de sociedade que não anônima. Autoriza, assim, o inciso II do parágrafo único do referido dispositivo que, dentro do próprio processo de inventário, se proceda a apuração de haveres do falecido por sua participação, por exemplo, em sociedades civis e comerciais por cotas de responsabilidade limitada. Nesses casos, cumpre ao juiz da causa nomear contador (perito) para que realize referida apuração (CPC, art. 1.003, parágrafo único).

4. *Inexiste óbice, porém, a que o julgador remeta a apuração de haveres às vias ordinárias, na forma dos arts. 655 a 674 do CPC de 1939, a teor do que dispõe o art. 1.218, VII, do vigente diploma processual, quando questões relativas à dissolução da sociedade se apresentarem como objeto de controvérsia entre sócios remanescentes e espólio ou herdeiros, máxime se estas se revelam de alta indagação (CPC, art. 984)*

5. Na hipótese, entendendo o julgador que a apuração de haveres, nos moldes em que pretendida pelo ora recorrente, revela controvérsia existente entre ele (sócio-remanescente) e os demais herdeiros acerca da dissolução da sociedade, configurando, ainda, questão de alta indagação, não há falar, *in casu*, em ofensa ao art. 993, parágrafo único, inciso II, do CPC, mesmo porque a revisão das referidas conclusões demandaria incursão deste Sodalício no conjunto fático probatório carreado aos autos, labor que, como de sabença, se encontra proscrito, na via especial, ao Superior Tribunal de Justiça (Súmula n. 7-STJ).

6. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp n. 289.151-SP, Rel. Desembargador convocado Vasco Della Giustina, Terceira Turma, julgado em 7.10.2010, DJe 25.10.2010).

Não bastassem tais argumentos, é importante salientar que o próprio TJSP, a quem caberia julgar eventual conflito de competência entre Juízos a ele submetidos - conflito esse inexistente na espécie, ressalte-se -, concluiu que o resultado da sobredita apuração interessa à herança, já que poderá servir de base para futura sobrepartilha, de modo que o Juízo de Família e Sucessões é competente para o processamento da ação.

Confira-se o teor do aresto, na parte que aqui interessa:

(...)

A leitura a ser feita do artigo 984 do Código de Processo Civil não deve levar em conta a falta de aptidão dos juizes da Vara de Família e - Sucessões para julgar casos de alta indagação ou que requeiram provas. Muito pelo contrário. **Os juizes especializados em família e sucessões são aptos como quaisquer outros para conduzir ações de grande complexidade jurídica e que envolvam a produção de provas periciais.**

*A remessa para os “meios ordinários”, conforme determinado pelo supracitado artigo, diz respeito à exigência de propositura de uma ação **que se processará em apartado aos autos de inventário** e não à remessa dos autos ao juízo cível.*

O resultado da apuração de haveres interessa à herança, posto que poderá servir de base para futura sobrepartilha.

As questões de fato e de direito atinentes à herança devem ser resolvidos pelo juízo do inventário. No caso, a questão versa sobre bens do de cujus.

Se os herdeiros, porém, entraram com ação visando à mesma finalidade, *não ocorrerá deslocamento de competência, tendo em vista que é a partir desta a ação que serão adjudicados aos herdeiros os valores porventura apurados.*

Este foi o entendimento adotado em recente decisão deste Egrégio Tribunal de Justiça, em conflito negativo de competência:

Conflito Negativo de Competência. Ação ordinária de obrigação de fazer na qual se busca apuração de haveres de autor de herança, sócio de sociedade não anônima. Ação distribuída a Vara Cível que determinou a redistribuição à Vara de Família e Sucessões. Conflito suscitado pelo Juiz da Vara de Família entendendo tratar-se de questão eivada matéria própria do Juízo da Família e das Sucessões. Art. 993, § único, II, do CPC. Conflito procedente. Competência do juízo suscitante.

(TJ-SP - Câmara Especial - Rel. Dos. Martins Pinto, Conflito Negativo de Competência n. 9.037.771- 15.2007.8.26.0000, J. em 23.6.2008)

Afasta-se, assim, a preliminar de incompetência arguida. (destacou-se).

Daí porque não socorre a recorrente o argumento de que o próprio TJSP teria entendimento divergente quanto a questão discutida, pois o ordenamento processual disponibiliza mecanismos aptos a harmonizar eventual jurisprudência dissonante no âmbito das próprias Cortes locais.

Conclusão

Ante o exposto, conheço do especial para, no mérito, negar-lhe provimento.

Torno sem efeito a medida liminar deferida na Medida Cautelar n. 22.217-SP (DJe 3.2.2014), determinando o traslado de cópia da presente decisão àqueles autos.

Indefiro o pedido de Ayla Cordeiro de Freitas Rodrigues (e-STJ fls. 5.124-5.128), pelo qual requereu sua admissão no inventário e a reserva de bens em seu favor, nos termos do artigo 1.001 do CPC, pois tal pedido deve ser dirigido às instâncias ordinárias, às quais caberá avaliar a viabilidade do pedido, à luz das disposições legais aplicáveis à espécie.

É o voto.

VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andrichi: Cinge-se a lide a determinar o juízo competente para processar e julgar ação de apuração e cobrança de haveres envolvendo a participação societária de sócio pré-morto. Incidentalmente, cumpre verificar a existência de: (i) negativa de prestação jurisdicional no julgamento dos embargos de declaração; (ii) nulidade do acórdão em virtude do agravo retido ter sido julgado após a apelação; e (iii) cerceamento de defesa por não se ter permitido a produção de prova técnica em segundo grau de jurisdição.

01. O i. Min. Relator está negando provimento ao recurso especial, tendo afastado uma a uma as preliminares e, no mérito, entendido que a própria lei determina que questões decorrentes do inventário ou da partilha que demandarem “alta indagação” ou “dependerem de outras provas” sejam remetidas aos meios ordinários.

02. De início, saliento que acompanho o i. Min. Relator no que tange às questões preliminares, por não vislumbrar a prática de nenhum ato que pudesse viciar a prestação jurisdicional.

03. Na realidade, o ponto que merece uma análise mais acurada diz respeito ao mérito da controvérsia.

04. A tese central defendida pela recorrente é no sentido de que a ação de apuração de haveres teria sido julgada por juízo incompetente, sustentando que, nos termos do art. 984 do CPC, o Juiz do inventário decidirá tão-somente as questões de fato e de direito que não sejam de alta indagação ou que independam de outras provas.

05. O i. Min. Relator, no entanto, afirma que, ao determinar a remessa das questões aos meios ordinários, o legislador quis dizer apenas que o incidente deve ser processado em apartado, respeitando-se o procedimento ordinário, mas pelo próprio Juiz do inventário.

06. Da interpretação sistemática do referido dispositivo legal, conclui-se que o Juiz do inventário somente deve processar e julgar questões inerentes ao objeto do inventário e da partilha. Outras questões, notadamente aquelas caracterizadas como sendo de alta indagação ou que dependam de outras provas estão fora da competência do juízo do inventário.

07. Com efeito, questões alheias ao inventário e à partilha em si – ainda que possam indiretamente neles refletir – deverão ser encaminhadas a outro juízo, mediante livre distribuição, preferencialmente com especialização para análise da matéria. Esse é o sentido que se deve dar à expressão “vias ordinárias”, constante do comando do art. 984 do CPC.

08. Afinal, questões inerentes ao próprio inventário ou partilha poderão induzir o Juiz a uma análise equivocada da controvérsia, interferindo no seu livre convencimento.

09. Ademais, a tendência da prestação jurisdicional moderna, inclusive a brasileira, é de especialização. No âmbito cível, por exemplo, tem sido comum a criação de varas especializadas em direito empresarial, que certamente terão

melhores condições de processar e julgar a controvérsia objeto do presente processo.

10. Outro não tem sido o entendimento da doutrina. Alexandre Freitas Câmara lembra que “o procedimento do inventário e documental”, de maneira que “questões que exijam, para sua solução, a produção de outros meios de prova, não poderão ser resolvidas pelo juízo do inventário, devendo as partes solucioná-las pelas vias ordinárias” (Lições de direito processual civil, vol. 3. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 482).

11. De forma semelhante, Humberto Theodoro Júnior anota que a regra geral “é competir ao juiz do inventário a solução de toda e qualquer questão de que dependa o julgamento do inventário e da partilha”, mas ressalva que, “quando a questão, por sua natureza, depender de um outro processo especial, ou se achar subordinada a fato somente pesquisável por meio de outras provas que não a documental, é que o magistrado do inventário poderá remeter os interessados para as vias ordinárias” (Curso de direito processual civil, vol. III, 44ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 230).

12. No mesmo sentido, ainda, o posicionamento de Sérgio Sahione Fadel, para quem o art. 984 do CPC “exclui do juízo do inventário a matéria de perquirição complexa, porque dependente de provas de outras naturezas, como a testemunhal, a pericial etc.” (Código de processo civil comentado, 8ª ed. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2010, p. 1.194).

13. Finalmente, vale trazer à luz o entendimento sempre atual de Pontes de Miranda, que fundamenta inclusive o precedente alçado a paradigma pela recorrente e também transcrito no voto condutor – REsp n. 289.151-SP, 3ª Turma, Rel. Min. Vasco Della Giustina, DJe de 25.10.2010 – no sentido de que “não pode ser no juízo do inventário e partilha que se apuram os haveres se se discute se a morte dissolveu, ou não, a sociedade ou se alguma questão surge” (Comentários ao código de processo civil, Tomo XIV, 2.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 65).

14. Como se vê, o próprio STJ, no julgado acima mencionado, já se manifestou, ainda que de forma incidental, pela incompetência do juízo do inventário para processar e julgar ação em que surja questão de alta indagação ou que dependam de outras provas.

15. Na hipótese específica dos autos, constitui fato incontroverso a necessidade de remessa dos autos para as vias ordinárias, tanto que houve a produção de prova pericial.

16. Todavia, o Juiz do inventário se limitou a determinar o processamento dos autos em apartado, mantendo-se à frente de ação para a qual era incompetente.

17. Acrescente-se, por oportuno, que na espécie a incompetência é ainda mais evidente, visto que, no ato de distribuição da ação de apuração de haveres, o inventário já estava encerrado há cerca de 03 anos.

Forte nessas razões peço vênia para divergir do voto do i. Min. Relator, dando provimento ao recurso especial, com a anulação de todo o processo, que deverá ser livremente redistribuído a uma das varas cíveis da Comarca de São Paulo, especializada se houver.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Sr. Presidente, em face da manifestação da Ministra Nancy Andrighi contrariamente ao voto inaugural do julgamento deste recurso, julguei por bem pedir vista dos autos para exame mais detido.

Para dar clara visualização à controvérsia – apuração de haveres ante o disposto nos arts. 984 e 993, parágrafo único, II, do CPC –, o relator, Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, emitiu sobre ela as seguintes conclusões:

No caso dos autos, não há falar em incompetência do Juízo da Família para o processamento da ação de apuração de haveres, tendo em vista que tal procedimento foi instaurado pelos herdeiros (ora recorridos) do falecido, que, por sua vez, era sócio da ora recorrente. Ressalte-se que o desfecho da referida ação teria – como de fato, teve – consequência direta no inventário.

[...]

É de se ressaltar que o CPC, ao tratar do inventário e da partilha, estabelece em seu artigo 984 que “O Juiz decidirá todas as questões de direito e também as questões de fato, quando este se achar provado por documento, **só remetendo para os meios ordinários** as que demandaram alta indagação ou dependerem de outras provas” (destacou-se).

[...]

Ora, o fato de a lei prescrever que o juiz determine a apuração de haveres não o exclui do herdeiro o seu direito subjetivo público de ação, a quem remanesce a faculdade de propô-la de forma autônoma, conforme foi feito no presente caso.

Ademais, a premissa maior a ser observada nos “meios ordinários” é a participação, por meio de efetivo contraditório e ampla defesa, de todos os atores

envolvidos na questão. E, ao que se extrai dos autos, os recorrentes participaram ativamente de todas as fases do procedimento de apuração de haveres, cujo resultado lhes foi desfavorável. Entretanto, resultado desfavorável à parte é bastante diferente de violação de dispositivos legais, o que, repita-se, não ocorreu na espécie.

Atendo-se ao acórdão proferido no julgamento por esta Turma do REsp n. 289.151-SP, cuja ementa foi objeto de transcrição, o Ministro relator inferiu:

Não bastassem tais argumentos, é importante salientar que o próprio TJSP, a quem caberia julgar eventual conflito de competência entre Juízos a ele submetidos – conflito esse inexistente na espécie, ressalte-se –, concluiu que o resultado da sobredita apuração interessa à herança, já que poderá servir de base para futura sobrepartilha, de modo que o Juízo de Família e Sucessões é competente para o processamento da ação.

No entanto, em alusão a lições doutrinárias e precedente desta Turma, a Ministra Nancy Andrichi, divergindo do desfecho dado à questão, deu provimento ao especial para anular todo o processo, acentuando, em síntese, o seguinte: (I) a determinação para as vias ordinárias não significa apenas apartar os autos, mas mandá-los para uma vara cível; e (II) a complexidade da tramitação do processo de apuração de haveres não combina com vara de família.

Permito-me, com a devida vênia, discordar da divergência inaugurada para, na linha do pronunciamento do Ministro relator, inferir que a relação jurídico-litigiosa do presente caso, no contexto perscrutado pelas instâncias de origem, reflete o cabimento e legitimidade do trâmite da apuração de haveres, em autos apartados da ação de inventário, na Vara de Família e Sucessões.

Ainda que a apuração de haveres possa se subsumir a atos de elevado grau de complexidade ou de “alta indagação”, sobressaem, na espécie, esboços tanto o curso processual quanto a prestação jurisdicional concernentes à ação proposta pelo espólio de ex-sócio contra a sociedade limitada, visto que satisfatoriamente norteados pelos princípios do contraditório e da ampla defesa, com o comparecimento das partes à audiência conciliatória e apresentação de correspondentes peças processuais, inclusive no tocante à indicação de assistentes técnicos e formulação de quesitos na fase de provas periciais de engenharia e contabilidade.

Dessarte, sem perder de vista as corretas assertivas do Ministro relator no sentido da plena atribuição do Juízo de Família e Sucessões para processar e julgar a demanda de apuração de haveres, bem como da inexistência de ofensa

a dispositivos legais, não vejo como aquiescer à declaração de nulidade de atos processuais sem o devido temperamento, muito menos por mera insatisfação da parte em face de resultado desfavorável aos seus interesses.

Mesmo porque, quando de sua contestação, a recorrente já afirmara expressamente no tocante à competência da Vara de Família e Sucessões o seguinte:

2.1 - Quanto a questão levantada referente a escolha do R. Juízo a quem esta é dirigida, a Ré nada tem porque opor-se. (fl. 107)

É de se ressaltar que a norma estabelecida no art. 984 do CPC é, em sua essência, dirigida ao magistrado que, a par das circunstâncias e fatos da demanda, deve verificar a compatibilidade da competência que lhe foi legalmente outorgada e a adequação da tutela jurisdicional submetida a seu julgamento, prestigiando, assim, os princípios da efetividade e da razoabilidade ante a providência judicial pleiteada, que repousa, no processo, no binômio utilidade/necessidade.

Tem-se, assim, que o ajuizamento da ação em apreço – apuração de cobrança de haveres de interesse do espólio em decorrência do falecimento de sócio de sociedade limitada (art. 993, parágrafo único, II, do CPC) –, nos moldes em que proposta nos autos, demarcou questões de direito e de fato passíveis mesmo de ser julgadas pelo juízo sucessório e do inventário, que, consoante lições de Pontes de Miranda e de Hamilton de Moraes e Barros, tem caráter universal, assumindo, portanto, a responsabilidade de apurar e decidir todas as questões concernentes às relações econômicas do falecido.

Ante o exposto, *acompanho o voto do Ministro relator para negar provimento ao recurso especial.*

É o voto.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: Sr. Presidente, também acompanho o voto do eminente Relator, com a vênia da Ministra Nancy Andrighi. Trata-se de um problema de competência interna no Poder Judiciário do Estado de São Paulo. Se fosse um problema que envolvesse alteração de jurisdição, declinando-se para a Justiça Federal ou Justiça Trabalhista, a solução seria diferente.

Entretanto, como é uma questão de competência interna, isso não é motivo suficiente para nulificar todo o processo.

O importante aqui é que foi respeitado o contraditório e a ampla defesa, embora até, segundo se depreende dos autos, os valores sejam bastante elevados, o que não é razão suficiente para uma revisão aqui pelo STJ.

Acompanho integralmente o voto do eminente Relator, com a vênia da Ministra Nancy Andrighi.

RECURSO ESPECIAL N. 1.455.550-SP (2014/0057677-0)

Relator: Ministro Moura Ribeiro

Recorrente: Amico Saúde Ltda.

Advogados: Luciano Marcos Luchesi e outro(s)

Bruna Lobo Guimarães

Recorrido: Cirlene Machado

Advogado: Clara Zaira Rocha Moretti e outro(s)

EMENTA

Civil e Processo Civil. Recurso especial. Plano de saúde. 1. Procedimento cirúrgico. Parto. Recusa injustificada. Cláusula de abrangência regional. Controvérsia dirimida à luz do contrato e das circunstâncias do caso concreto. Simples reexame. Inviabilidade. Súmulas n. 5 e n. 7 do STJ. 2. Dano moral. Valor arbitrado. Razoabilidade. 3. Recurso desprovido.

1. Não se mostra viável, em recurso especial, modificar o acórdão recorrido que entendeu caracterizado o dano moral e a responsabilidade da operadora de plano de saúde pela recusa indevida de procedimento cirúrgico, tendo em vista que a análise do tema demandaria o reexame do conjunto fático-probatório e a reanálise de cláusulas contratuais, procedimentos vedados, nos termos das Súmulas n. 5 e n. 7 do STJ.

2. Este Sodalício Superior altera o valor indenizatório por dano moral apenas nos casos em que o valor arbitrado pelo acórdão recorrido se mostrar irrisório ou exorbitante, situação que não se faz presente na hipótese, porque arbitrado em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), com base nas peculiaridades da causa.

3. Plano de saúde que permite que sua beneficiária, que era atendida na rede credenciada, durante o trabalho de parto, deslocasse-se por 12 horas entre cidades para acabar tendo seu filho em hospital público desdenha com a dignidade humana, o que dá ensejo à sua condenação ao pagamento de dano moral.

4. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

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

Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva (Presidente) e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 7 de outubro de 2014 (data do julgamento).

Ministro Moura Ribeiro, Relator

DJe 16.10.2014

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moura Ribeiro: Cuida-se de recurso especial interposto por *Amico Saúde Ltda.* com amparo na alínea **a** do permissivo constitucional contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo que deu parcial provimento à apelação da operadora de plano de saúde para reduzir o valor da indenização por dano moral.

Nas razões do especial, a operadora sustenta, em suma, ofensa aos arts. 186 e 188, I, do novo Código Civil, sob a alegação de que

restou exaustivamente demonstrado nos autos que a recorrente agiu, a todo momento, totalmente respaldada pelas cláusulas contratuais do instrumento firmado pelas partes, de forma que, o fato de ter feito valer a norma previamente pactuada, que restringia a cobertura pleiteada à área de abrangência de Ribeirão Preto, não pode ser confundida com uma conduta ilícita, capaz de gerar dever de indenizar, uma vez tendo agido a aqui recorrente conforme o princípio da boa-fé, nos estritos termos do contrato (e-STJ, fl. 323).

Aduz afronta ao disposto no art. 944, parágrafo único, do novo Código Civil, porquanto o valor arbitrado a título de dano moral “mostrou-se elevado se consideradas as peculiaridades constantes dos autos” (e-STJ, fl. 327).

Sem contrarrazões (e-STJ, fl. 338).

Admitido o recurso por força de agravo (e-STJ, fl. 383), os autos ascenderam a esta egrégia Corte de Justiça.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Moura Ribeiro (Relator): No presente caso, cinge-se a controvérsia sobre a validade da negativa da operadora de plano de saúde para cobrir despesas relativas ao parto da beneficiária, realizado em local fora da área de abrangência prevista em contrato, bem como o valor arbitrado a título de dano moral.

A irresignação não merece prosperar.

Inicialmente, no que se refere à alegada ofensa aos arts. 186 e 188, I, do novo Código Civil, sob o argumento de que a operadora de plano de saúde não praticou nenhum ato ilícito, porquanto estava amparada em cláusula contratual que restringia a cobertura à determinada área de abrangência, o Tribunal de origem, ao visualizar a quebra da boa-fé objetiva (confiança), assim fundamentou:

I – É incontroverso que a apelada é usuária de plano de saúde oferecido pela apelante, contratado na cidade de Ribeirão Preto, em 1988.

À vista de sua segunda gravidez, e ante ao relato de que o pai de seu filho reside em Jundiá, a apelada teria se mudado, afirmando ter comunicado o fato à apelante, que teria garantido seu atendimento junto à rede de São Paulo.

Ocorre que, embora a operadora tenha autorizado a realização do pré-natal (exames/consultas) nesta Capital, o mesmo não ocorreu com a

cobertura do parto, que foi negada, levando a usuária a retornar - utilizando transporte público, frise-se - à cidade de Jundiaí, onde, após nova negativa, foi encaminhada a um nosocômio público, local em que seu filho nasceu.

Nesse contexto, o Juízo a quo fixou indenização por danos morais em R\$ 60.000,00 (20 salários mínimos vigentes na data do fato - R\$ 300,00), valor esse que a apelante entende indevido, além de excessivo.

Sem razão a operadora, contudo, ao menos quanto a ser devida a indenização.

É que, ainda que verdadeira a alegação acerca da falta de prova documental do aumento da área de abrangência do contrato, certo é que o acompanhamento pré-natal foi realizado em São Paulo sem qualquer insurgência da apelante, que contrariou a lógica e a boa-fé contratual, ao negar cobertura bem no momento do parto, ou seja, onde a ansiedade e preocupação da usuária eram, por certo, maiores.

A operadora preferiu dar uma interpretação meramente formal à cláusula contratual em detrimento da vida, tanto da autora, quanto da criança, sendo, por isso, inadequado afastar sua responsabilidade.

Final, é inquestionável a angústia, o abalo à honra e à personalidade de uma mãe, que, ao saber que já iniciou o trabalho de parto, precisa se deslocar para hospitais diversos por duas vezes, inclusive, com a utilização de metrô e ônibus intermunicipal (fls. 65-66).

A apelada permaneceu por doze horas na incerteza do local onde seria atendida, posto ter chagado ao primeiro hospital - da rede própria da apelante, destaca-se - por volta das 13h do dia 3.5.2005, tendo o nascimento de seu filho ocorrido apenas às 01h10 do dia seguinte.

O pagamento de plano de saúde é feito exatamente para garantir a inoccorrência de situação de falta de assistência, como a que passou a usuária, que, aliás, embora realizasse o pagamento das mensalidades com assiduidade, acabou tendo que se valer do atendimento em hospital público no momento em que mais precisou.

Ainda que não bastasse, de rigor destacar que, antes de se mudar para Jundiaí, a apelada compareceu à Amico de Ribeirão Preto, noticiando a mudança de seu endereço e protestando pela exclusão de seu primeiro filho como dependente (fls. 40), sendo que os boletos futuros foram enviados com tais alterações cadastrais (fls. 41), o que faz crível o alegado recebimento da informação de que poderia utilizar-se do hospital da rede própria localizado em São Paulo.” (e-STJ, fls. 314-316)

Desse modo, para alterar os fundamentos acima transcritos e reconhecer a existência e/ou validade de cláusula contratual que daria guarida à negativa da mencionada cobertura, e, por consequência, afastar o dever de indenizar

por danos morais, seria imprescindível a reanálise das cláusulas contratuais e o reexame do conjunto fático-probatório, o que é inviável em recurso especial, em razão da incidência ao caso das Súmulas n. 5 e n. 7 desta Corte, respectivamente: “a simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial”; “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

Por outro lado, é sabido que, nos termos da jurisprudência do STJ, a recusa indevida/injustificada, pela operadora de plano de saúde, em autorizar a cobertura financeira de tratamento médico, a que esteja legal ou contratualmente obrigada, enseja reparação a título de dano moral, em razão de tal medida agravar a situação tanto física quanto psicologicamente do beneficiário, como é o caso. Nesse sentido:

Agravo regimental. Plano de saúde. Abusividade da negativa de medicamento para tratamento quimioterápico. Dano moral configurado.

1. - *É pacífica a jurisprudência da Segunda Seção no sentido de reconhecer a existência do dano moral nas hipóteses de recusa injustificada pela operadora de plano de saúde, em autorizar tratamento a que estivesse legal ou contratualmente obrigada, por configurar comportamento abusivo.*

2. - Agravo Regimental improvido.

(AgRg no AREsp n. 148.113-SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe 29.6.2012).

Na mesma esteira: AgRg no AREsp n. 431.999-MA, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 17.6.2014; e, AgRg no AREsp n. 353.207-SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, DJe 20.6.2014.

Nesse contexto, a lei não fixa valores ou critérios para a quantificação do dano moral. No entanto, esta Corte tem entendido que o valor de reparação do dano deve ser arbitrado em montante que desestimule o ofensor a repetir a falta, sem constituir, de outro lado, enriquecimento indevido.

A jurisprudência deste Sodalício se consolidou no sentido de que os valores fixados a título de danos morais, porque arbitrados com fundamento no arcabouço fático-probatório carreado aos autos, só podem ser alterados em hipóteses excepcionais, quando constatada nítida ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Veja-se, a propósito:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Plano de saúde. Existência de cláusula contratual prevendo cobertura de tratamento oncológico. Súmulas

n. 5 e n. 7-STJ. Alegação de ausência de abalo psicológico. Reexame de provas. Recusa indevida. Configuração de danos morais. Súmula n. 83-STJ. Revisão do valor da indenização. Valor razoável. Súmula n. 7-STJ. Recurso não provido.

Omissis.

3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende ser passível de indenização a título de danos morais a recusa indevida/injustificada pela operadora do plano de saúde em autorizar a cobertura financeira de tratamento médico.

4. *Não é possível a intervenção desta Corte Superior na hipótese em que o valor arbitrado a títulos de danos morais não se encontra exorbitante. Aplicação da Súmula n. 7-STJ.*

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp n. 468.749-RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 8.8.2014).

Agravo regimental. Plano de saúde. Tratamento. Recusa indevida. Danos morais. *Quantum* indenizatório. Fixação. Revisão. Súmula n. 7-STJ. Correção monetária. Juros de mora. Termo inicial.

1. A recusa a cobertura de tratamento é causa de fixação de indenização por danos morais.

2. *Em sede de recurso especial, a revisão do quantum indenizatório fixado pelo Tribunal de origem a título de danos morais apenas é viável quando o valor for exorbitante ou irrisório.*

3. *É inviável o reexame das questões fático-probatórias que ensejaram indenização por danos morais. Incidência da Súmula n. 7 do STJ.*

Omissis.

6. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp n. 353.207-SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, DJe 20.6.2014).

Na hipótese, o acórdão impugnado fixou o valor da indenização por dano moral em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), considerando

a angústia, o abalo à honra e à personalidade de uma mãe, que, ao saber que já iniciou o trabalho de parto, precisa se deslocar para hospitais diversos por duas vezes, inclusive, com a utilização de *metrô e ônibus intermunicipal (...)* permaneceu por *doze horas* na incerteza do local onde seria atendida, posto ter chegado ao primeiro hospital – da rede própria da apelante, destaca-se - por volta das 13h do dia 3.5.2005, tendo o nascimento de seu filho ocorrido apenas às 01h10 do dia

seguinte” e que “acabou tendo que se valer do atendimento em hospital público no momento em que mais precisou (e-STJ, fls. 315-316).

Por esse motivo, não se justifica a excepcional intervenção desta Corte no presente feito.

Conforme as peculiaridades da causa, percebe-se que o valor arbitrado está em consonância com o que esta Corte de Justiça tem perseguido e antes destacado.

A beneficiária, após ter comunicado à operadora do plano de saúde sobre a sua mudança de Ribeirão Preto para Jundiaí, realizou todo o acompanhamento pré-natal na cidade de São Paulo (em razão da ausência de unidade médica credenciada em seu novo domicílio), sem nenhuma intervenção da prestadora. Porém, no momento do parto, ou seja, onde a ansiedade e a preocupação da parturiente eram, por certo, maiores, agiu *venire contra factum proprium*, negando a referida cobertura, que vinha prestando na capital.

A recusa injustificada obrigou a beneficiária, que já estava em trabalho de parto, a se locomover até à cidade de Jundiaí-SP — *utilizando transporte público* — (metrô e ônibus intermunicipal), onde após nova negativa de internação, foi encaminhada a um hospital governamental, que a atendeu e concluiu a parição, vindo à luz o seu filho (*12 horas após a primeira tentativa de internação*), o que é inadmissível.

Com efeito, a meu sentir, o valor arbitrado em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) se configura razoável e proporcional, devendo, portanto, ser mantido. Confira-se a propósito:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. *Plano de saúde*. Procedimento cirúrgico. Negativa de realização. *Dano moral*. Ocorrência. Reexame do conjunto fático-probatório dos autos. Súmula n. 7-STJ. *Valor arbitrado*. *Razoabilidade*. Precedentes do STJ.

1. *Omissis*.

2. *O valor fixado a título de indenização por danos morais baseia-se nas peculiaridades da causa. Assim, afastando-se a incidência da Súmula n. 7-STJ, somente comporta revisão por este Tribunal quando irrisória ou exorbitante, o que não ocorreu na hipótese dos autos, em que arbitrado em R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais).*

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp n. 174.010-RN, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 3.4.2014).

Logo, impõe-se a manutenção do acórdão recorrido.
Nessas condições, pelo meu voto, *nego provimento* ao recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 1.475.006-MT (2014/0190121-4)

Relator: Ministro Moura Ribeiro
Recorrente: Ministério Público do Estado de Mato Grosso
Recorrido: K F dos S (menor)
Representado por: E S F
Advogado: Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso
Interessado: G P dos S
Advogado: Simone Cafure Bezerra e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Ação de execução de alimentos. Lei Maria da Penha. Medida protetiva de urgência em trâmite junto à Vara Especializada de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Art. 14, da Lei n. 11.340/2006. Competência híbrida. Possibilidade de julgamento pelo JVDFM. Acórdão Estadual mantido. Recurso improvido.

1. Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da justiça ordinária têm competência cumulativa para o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do art. 14, da Lei n. 11.340/2006.

2. Negar o julgamento pela Vara especializada, postergando o recebimento dos provisionais arbitrados como urgentes, seria não somente afastar o espírito protetivo da lei, mas também submeter a mulher a nova agressão, ainda que de índole diversa, com o prolongamento de seu sofrimento ao menos no plano psicológico.

3. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

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

Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva (Presidente) e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.

Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso, pela parte recorrida: K F dos S.

Brasília (DF), 14 de outubro de 2014 (data do julgamento).

Ministro Moura Ribeiro, Relator

DJe 30.10.2014

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moura Ribeiro: Trata-se de recurso especial interposto pelo *Ministério Público do Estado de Mato Grosso* com base nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça daquele Estado, que julgando o recurso de agravo de instrumento da Defensoria Pública deu-lhe provimento nos termos da seguinte ementa:

Agravo de instrumento. Ação de execução de alimentos. Medida protetiva de urgência em tramite junto à Vara Especializada de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Art. 14, da Lei n. 11.340/2006. Competência para julgamento das causas cíveis e criminais. Lei Maria da Penha. Decisão reformada. Recurso conhecido e provido.

O juízo da Vara Especializada de Violência Doméstica contra a Mulher é competente para julgar a execução de alimentos conexa à medida protetiva de urgência estipulada em razão de tal violência, uma vez que a Lei n. 11.340/2006, em seu artigo 14 estabelece que essas varas especializadas possuem natureza híbrida, acumulando competência cível e criminal para conhecer, processar, julgar e executar lides desta natureza. (fl. 106)

O recorrente aponta ofensa ao art. 14, da Lei n. 11.340/2006, ao fixar a competência da Vara Especializada de Violência Doméstica e Familiar contra

a Mulher para processar e julgar a ação de execução de alimentos, os quais são devidos ao filho do casal, em razão de que naquela Vara já tramita feito de medidas protetivas envolvendo os genitores do alimentado.

Acrescenta que a competência cível da referida Vara é restrita às medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha.

Por último, aduz que *no presente caso os genitores do alimentando já estavam separados de fato, não decorrendo a ação de execução de alimentos da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, e, não obstante os alimentos terem sido fixados pelo juízo da Vara Especializada, a sua execução é perfeitamente possível na Vara de Família, que é o juízo competente para processar feitos de cunho eminentemente cível* (fl. 133).

Sem contrarrazões. (fl. 140)

O Ministério Público Federal consignou que, *havendo Recurso Especial do Ministério Público do Estado de Mato Grosso (fls. 127-135), fica colocada a posição da Instituição perante esse E. Tribunal, o que não recomenda outra atitude do Parquet, nesta instância, como custos legis, senão a de reportar-se aos termos do inconformismo apresentado, aguardando o seu provimento*.

É o breve relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Moura Ribeiro (Relator): Cinge-se a presente controvérsia em saber qual é a Vara competente para julgar a Execução de Alimentos originada de verba alimentar arbitrada quando da apreciação do pedido de providências protetivas fundadas na Lei Maria da Penha.

A recorrida foi agredida pelo marido no âmbito familiar e, em razão desta agressão, procurou a justiça especializada, pleiteando Medidas Protetivas de Urgência, com base na Lei Maria da Penha (fl. 40), requeridas nos termos do art. 18, da Lei n. 11.340, e, dentre elas, alimentos provisionais, que foram deferidos pela juíza.

Não tendo eles sido pagos, E S F, representada pela Defensoria Pública, postulou pela execução dos alimentos provisionais.

Entretanto, a 2ª Vara Especializada de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca da Capital se deu por incompetente para o processamento da execução dos alimentos.

Sobreveio agravo de instrumento, que foi provido pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso, por entender que o art. 14, da Lei n. 11.343/2006, estabelece que a Vara Especializada possui natureza híbrida, acumulando competência cível e criminal para conhecer, processar, julgar e executar lides desta natureza.

Deste acórdão, o Ministério Público local manejou o presente Recurso Especial por falta de competência da Vara Especializada porque a execução dos alimentos deve caber à Justiça Comum.

Entendo que tal posicionamento do TJMG não merece reparo.

Muito embora, em se tratando de alimentos, a regra geral seja de que serão fixados perante as varas de família, quando houver situação de violência contra mulher, a qual tenha buscado a proteção em vara especializada, como no presente caso, tais alimentos deverão ser apreciados e fixados perante os Juizados Especiais de Violência Doméstica contra a Mulher.

E assim é, não só em razão da lei, mas também em razão da própria natureza protetiva que ela carrega, ou seja, é a sua *naturalia negotii*.

Veja-se a dicção legal:

Art. 14 - Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da Justiça Ordinária *com competência cível e criminal*, poderão ser criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Como se vê, a Lei Maria da Penha não especificou as causas que não se enquadrariam na competência cível, nas hipóteses de medidas protetivas decorrentes de violência doméstica.

Portanto, da literalidade da lei, é possível extrair que se compreendem toda e qualquer causa relacionada a fato que configure violência doméstica ou familiar.

O legislador pátrio, ao editar a Lei Maria da Penha, o fez para que a mulher pudesse contar não apenas com legislação repressiva contra o agressor, mas também visando criar mecanismos céleres protetivos, preventivos e assistenciais a ela e, em razão de tais finalidades, é que se justifica que a própria Vara Especializada seja competente para julgar também as querelas cíveis decorrentes de tal violência.

Dessa perspectiva, ninguém melhor que o magistrado da Vara Especializada para aferir toda a magnitude da agressão sofrida e fixar as medidas protetivas. Entre elas os próprios alimentos, que possuem nítido caráter emergencial, visando prover a pessoa necessitada.

Cabe ressaltar que o que se discute aqui é a execução dos alimentos *lá fixados* como provisionais, mas não alimentos fixados em outra vara.

De tal modo, tratando-se, como no presente caso, de execução de alimentos provisionais, fixados em decorrência de aplicação da Lei Maria da Penha, como medida protetiva pela vara especializada, o seu descumprimento deverá ser ali analisado, até em razão da natureza de urgência, de preservação da dignidade da mulher.

Negar tal direito à celeridade, postergando o recebimento de alimentos com alteração da competência para outra vara, quando a Especializada já os fixou com urgência, seria tornar a letra da Lei Maria da Penha um saco sem fundos, que admite marchas e contramarchas, retrocessos inaceitáveis perante Direitos de Terceira Geração.

Em última palavra, seria o mesmo que abrir ensejo a uma nova agressão pelo sofrimento imposto pela demora desnecessária geradora de imensa perplexidade.

Tal entendimento se coaduna com a doutrina de Maria Berenice Dias que, ao apreciar o tema, esclarece:

Onde há JVDFM, deferida ou não a medida protetiva, o procedimento lá permanece. *Havendo inadimplemento, a execução fica a cargo do juiz.* Este tem competência não só para o processo e julgamento, mas também para execução das medidas protetivas. Além das ações criminais, também as ações cíveis intentadas pela vítima ou pelo Ministério Público, que tenham por fundamento a ocorrência de violência doméstica, são distribuídas ao JVDFM, onde tramita o processo. *Lá ocorre o julgamento e procede-se à execução das demandas.*

(...) Cabe figurar hipótese a partir dos alimentos. Autoriza a lei que o juiz constatando a prática de violência doméstica, imponha ao agressor, como medida protetiva, o pagamento de alimentos provisionais ou provisórios (art. 22, V). Os alimentos provisionais estão regulados no estatuto processual como procedimento cautelar (CPC, arts. 852 a 854), enquanto os alimentos provisórios são conhecidos a título de antecipação de tutela, em sede de ação de alimentos (Lei n. 5.478/1968, art. 4º). *Deferida qualquer das modalidades de alimentos, em caso de inadimplemento, caberá aos JVDFMs a demanda de cobrança.*

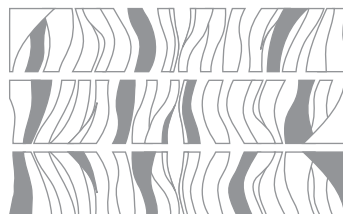
(“A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei n. 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher”. RT, SPaulo, 2012, p. 140).

Revista dos Tribunais, 2012, p. 140).

Situação diversa seria a das Comarcas que não contam com as Varas Especializadas, mas só as criminais. Aí sim, elas teriam competência apenas para o julgamento de causas criminais, cabendo às Varas Cíveis ou de Família a fixação e julgamento dos alimentos.

No caso em comento, em razão da existência da Vara Especializada em Cuiabá-MT e da incidência do art. 14, da Lei n. 11.340/2006, entendo seria ela competente para julgar a execução dos alimentos e, por isso, mantenho o acórdão recorrido.

Nessas condições, pelo meu voto, *nego provimento* ao recurso especial.



Quarta Turma

RECURSO ESPECIAL N. 769.935-SC (2005/0124245-7)

Relator: Ministro Raul Araújo

Relator para o acórdão: Ministro Antonio Carlos Ferreira

Recorrente: Brazil Capital Recovery II - Companhia Securitizadora de
Créditos Financeiros

Advogados: Alessandro Schenkel Fornari
Adolfo Mark Penkuhn e outro(s)
Andre Henrique Althoff

Suces. de: Banco Fibra S/A

Recorrido: Concrelit Concreto Litoral Ltda

Advogado: Rudinei Luís Baldi

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Morte do advogado. Suspensão do processo. Nulidade dos atos posteriormente praticados. Intimação de sentença. Nome de advogado falecido. Nulidade. Dever de comunicação sobre o falecimento do patrono. Interpretação razoável. Recurso provido.

1. A morte do advogado da parte impõe a imediata suspensão do processo, desde a ocorrência do fato, sendo nulos os atos processuais posteriormente praticados, ressalvadas as medidas de urgência determinadas pelo juiz (CPC, art. 265, I, c.c. art. 266).

2. É nula a intimação da sentença realizada durante a suspensão do processo, sobretudo quando no ato processual consta apenas o nome de advogado falecido, sendo irrelevante o fato de que outros profissionais representavam a mesma parte, se os dados dos demais procuradores não constou da respectiva publicação. Precedentes.

3. O ônus da parte em comunicar o falecimento de seu patrono deve ser interpretado *cum grano salis*, só se mostrando razoável sua exigência na hipótese em que inequívoca a ciência do falecimento do procurador, do que não cabe presunção.

4. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Ministro Antonio Carlos Ferreira, dando provimento ao recurso especial, divergindo do Relator, e os votos da Ministra Maria Isabel Gallotti e dos Ministros Marco Buzzi e Luis Felipe Salomão, acompanhando a divergência, a Quarta Turma, por maioria, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto divergente do Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira, que lavrará o acórdão. Votou vencido o Sr. Ministro Raul Araújo, Relator. Votaram com o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti, Marco Buzzi e Luis Felipe Salomão.

Brasília (DF), 2 de outubro de 2014 (data do julgamento).

Ministro Antonio Carlos Ferreira, Relator

DJe 25.11.2014

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Raul Araújo: Narram os autos que *Banco Fibra S/A*, atualmente substituído por *Brazil Capital Recovery II - Companhia Securitizadora de Créditos Financeiros*, em razão de cessão de crédito noticiada e comprovada nos autos, ajuizou, em março de 1997, ação de busca e apreensão de um caminhão trator em desfavor de *Concrelit Concreto Litoral Ltda.*

Na ação de busca e apreensão, o banco autor tinha como procurador judicial exclusivamente o Dr. João Augusto Bayer Jorge (procuração à fl. 36), porém, também assinava, conjuntamente, as peças processuais o advogado Dr. Alessandro Schenkel Fornari, “como mero auxiliar do procurador João Augusto Bayer Jorge” e “sem saber que não tinha procuração outorgada pelo banco”, segundo alega o promovente (fl. 7).

Em junho de 1997, o banco nomeou, por procuração judicial, dois outros procuradores, o Dr. André Luís Sonntag e a Dra. Eleonora Oquist e Souza, “especialmente para distribuir e acompanhar carta precatória extraída nos autos da busca e apreensão” (v. procuração à fl. 68).

Em maio de 2001, a r. sentença julgou improcedente o pedido (fls. 70-75), decisão devidamente publicada no Diário de Justiça, com intimação em nome do Dr. João Augusto Bayer Jorge, primeiro advogado constituído para a causa (cf. fl. 77).

Tempestivamente, o banco autor apresentou recurso de apelação (fls. 78-86), peça processual que foi subscrita pelo Dr. Alessandro Schenkel Fornari, que não possuía, até então, procuração nos autos.

Em março de 2002, o em. Desembargador relator no eg. Tribunal de Justiça de Santa Catarina, monocraticamente, negou seguimento ao apelo por ausência de instrumento procuratório ao causídico subscritor da peça recursal (fls. 90-91), decisão que tem certidão de trânsito em julgado (fl. 98).

Segundo consta dos autos (v. petição do agravo de instrumento - fl. 8), somente em maio de 2002, após certificado o trânsito em julgado da decisão que negara seguimento à apelação do banco autor, o Dr. Alessandro Schenkel Fornari comunicou ao banco o falecimento do primitivo procurador, sendo-lhe, então, outorgada procuração para atuar na causa (fl. 106).

Em junho de 2002 foi interposta, então, nova apelação contra a mesma sentença, proferida em maio de 2001, que julgara improcedente a ação de busca e apreensão, só então informando-se, no processo, o falecimento do Dr. João Augusto Bayer Jorge, ocorrido em novembro de 1999, data anterior à da prolação da sentença, e alegando que o advogado Dr. Alessandro Schenkel Fornari havia interposto a primitiva apelação “acreditando que representava o autor nesta ação” (fl. 101) e requerendo a restituição do prazo recursal.

O il. Juízo monocrático não recebeu o segundo recurso apelatório, conforme as seguintes razões, *verbis*:

(...) não vejo nos autos a comunicação sobre o falecimento do procurador constituído pela parte durante o lapso temporal destinado ao recurso, ou seja, de 25.7.2001 a 8.8.2001, conforme publicado a fls. 92. Aliás, a interposição do recurso nesse interim, destrói, por si só, a tese do apelante, consubstanciada na suspensão do prazo recursal, prevista no art. 507, do digesto processual, posto que, se assim pretendesse, faria prova do falecimento do advogado constituído pela parte, para, então, alcançar tal suspensão processual. Sua inércia, relativa ao fato, desautoriza a reabertura de prazo para recurso, por não encontrar respaldo no texto da lei.

Ainda para argumentar, observo que, pela certidão de fls. 137, o aventado óbito ocorreu em 2.11.1999, enquanto que a sentença foi prolatada em data de 25.5.2001, portanto um ano e meio após, quando o banco apelante já havia constituído outros dois procuradores, a fls. 45. Tendo apresentado apelação à decisão espancada, evidentemente teve conhecimento dela e estava devidamente representado por advogados habilitados. (fl. 21)

O *Banco Fibra S/A* interpôs, então, agravo de instrumento, tendo o eg. Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por unanimidade de votos, negado provimento ao recurso, em aresto assim ementado:

Agravo de instrumento. Apelação. Falta de instrumento procuratório. Negativa de seguimento. Recurso renovado. Falecimento do procurador do recorrente. Não comunicação ao juízo. Reabertura do prazo recursal. Impossibilidade.

Não há como se deferir a reabertura do prazo interposicional do recurso de apelação quando, interposto anterior apelo, este não é conhecido em face da ausência de pressuposto essencial de recorribilidade: o instrumento procuratório.

Irrelevante, nesse contexto, é o óbito do patrono original da recorrente antes da prolação da sentença alvo do inconformismo, quando a parte, em descumprimento a obrigação sua, não comunica em Juízo essa morte e quando tem ela outros procuradores com poderes para a mesma causa. (fl. 152)

Opostos embargos declaratórios, foram rejeitados (fls. 185-194).

Ainda inconformado, o *Banco Fibra S/A* interpôs o presente recurso especial, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, sustentando ofensa aos arts. 180, 236, § 1º, 242, 265, I, e § 2º, e 507, todos do Código de Processo Civil, bem como dissídio jurisprudencial. Alega em suas razões o seguinte:

“Portanto, os dispositivos de lei federal supra elencados determinam que o prazo para interposição de recurso inicia-se quando o advogado da parte é intimado da decisão, e que é indispensável que da intimação publicada conste o nome das partes e dos advogados.

Ocorre que, conforme também explícito no acórdão guerreado, a única intimação da sentença existente no processo ocorreu em fls. 92, e constou somente o nome de um advogado que já estava falecido, não possuindo o nome de qualquer outro advogado da parte Recorrente.

Não se está a discutir se os demais advogados do Recorrente, constituídos em fls. 45, estavam ou não aptos para interpor recurso de apelação. Se tinham procuração estavam aptos. Porém, não sabiam eles sobre o início do prazo para apelação, pois em momento algum haviam sido intimados da sentença, já que seus nomes não constaram na intimação da sentença.

Note-se, portanto, que o acórdão guerreado entendeu que a intimação ao advogado falecido produziu efeitos aos demais advogados cujo nome não consta na intimação, entendimento tal que contraria os artigos 236 e 242, do CPC, supra transcritos” (fl. 209)

(...)

“Se o único advogado intimado da sentença já estava falecido quando ocorreu a intimação da sentença, o prazo para interposição de apelação tem seu curso suspenso, até que outro advogado seja devidamente constituído, ou até que outro advogado já constituído tome conhecimento da sentença, devendo a parte constituir novo procurador vinte dias após tomar conhecimento do falecimento.

Entretanto, o acórdão guerreado negou a suspensão do prazo, expressando seu entendimento no sentido de que o óbito do advogado não suspende o prazo recursal.

O entendimento expressado no referido acórdão contraria os dispositivos supra elencados, os quais determinam expressamente que o falecimento do procurador suspende o prazo, e importa na restituição do prazo à parte, assim que tome conhecimento do falecimento.

Portanto, o acórdão guerreado contraria os artigos 180, 265, I e 507, do CPC, no sentido de que não suspende o prazo que teria sido iniciado com a intimação de advogado falecido, diante do comprovado óbito do advogado intimado da sentença, e contraria os artigos 236, para. 1º, e art. 242, do CPC, no sentido de que considera válida aos demais advogados a intimação destinada somente ao advogado já falecido.” (fl. 211)

Apresentadas contrarrazões (fls. 249-257), o recurso foi admitido (fls. 261-262) e encaminhado a esta Corte.

É o relatório.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Raul Araújo (Relator): Preliminarmente, ressalte-se que as petições apresentadas pelo ora recorrente, acerca do resultado da ação de revisão contratual ajuizada pela ora recorrido, não têm influência no deslinde deste recurso, que trata de matéria exclusivamente processual.

São dois os pontos trazidos no recurso especial do *Banco Fibra S/A*, atualmente substituído por *Brazil Capital Recovery II – Companhia Securitizadora de Créditos Financeiros*.

O primeiro deles, pelo qual o recorrente sustenta violação dos arts. 236, § 1º, e 242 do Código de Processo Civil, trata da situação referente à existência de outros dois advogados constituídos nos autos (Drs. André Luís Sonntag e Dra. Eleonora Oquist e Souza), além do causídico falecido (Dr. João Augusto Bayer Jorge), de modo que a intimação da sentença de improcedência da ação de busca e apreensão foi feita em nome deste último advogado.

Argumenta o recorrente no ponto:

Não se está a discutir se os demais advogados do Recorrente, constituídos em fls. 45, estavam ou não aptos para interpor recurso de apelação. Se tinham procuração estavam aptos. Porém, não sabiam eles sobre o início do prazo para apelação, pois em momento algum haviam sido intimados da sentença, já que seus nomes não constaram na intimação da sentença. (fl. 209)

Dispõem os mencionados artigos apontados como violados:

Art. 236. No Distrito Federal e nas Capitais dos Estados e dos Territórios, consideram-se feitas as intimações pela só publicação dos atos no órgão oficial.

§ 1. É indispensável, sob pena de nulidade, que da publicação constem os nomes das partes e de seus advogados, suficientes para sua identificação.

§ 2. A intimação do Ministério Público, em qualquer caso será feita pessoalmente.

Art. 242. O prazo para a interposição de recurso conta-se da data, em que os advogados são intimados da decisão, da sentença ou do acórdão.

§ 1. Reputam-se intimados na audiência, quando nesta é publicada a decisão ou a sentença.

§ 2. Havendo antecipação da audiência, o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, mandará intimar pessoalmente os advogados para ciência da nova designação.

A intimação da r. sentença na ação de busca e apreensão foi feita, realmente, em nome do advogado falecido, Dr. João Augusto Bayer Jorge, pois, na época, não havia notícia nos autos acerca do ocorrido. É inconteste que, apenas em junho de 2002, mais de um ano após a publicação da r. sentença, e já com certificação do trânsito em julgado da decisão do relator no eg. Tribunal de Justiça, que negara seguimento ao apelo por ausência de instrumento procuratório, é que houve a notícia nos autos do óbito do Dr. João Augusto Bayer Jorge.

É crucial para o deslinde deste feito a circunstância de que a intimação foi atendida pelo banco, com apresentação tempestiva de apelação, apesar de subscrita a peça recursal por advogado destituído de procuração. Logo, o advogado Dr. Alessandro Schenkel Fornari, mesmo atuando “como mero auxiliar do procurador João Augusto Bayer Jorge” e “sem saber que não tinha procuração outorgada pelo banco” (fl. 7), teve ciência da intimação (percebe-se que o timbre do papel onde foi apresentada a apelação é o do escritório do Dr. Bayer), e afigura-se, no mínimo, estranho, o fato de não ter sido, naquela

oportunidade, informado o falecimento do primitivo causídico e requerida a suspensão do processo.

Diante desta peculiaridade fática, relevantíssima para a justa solução da questão, não há como se afirmar tenha ocorrido irregularidade na intimação.

Confira-se o seguinte precedente desta Corte, proferido em caso análogo ao dos autos:

Processual Civil. Embargos de declaração em agravo interno. Aferimento de tempestividade no protocolo da Secretaria desta Corte. Irregularidade na intimação. Ausência. Falha dos advogados. Embargos de declaração rejeitados.

I- Os recursos internos são aferidos com base na data em que a petição recursal é, efetivamente, protocolada na Secretaria desta Corte.

II- *Não existe irregularidade na intimação de advogado quando não há nos autos notícia de seu falecimento. Há, na verdade, falha das atuais procuradoras que não procuraram informar ao juízo tal fato.*

II- Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no AgRg no Ag n. 461.375-RS, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 21.8.2003, DJ de 29.9.2003, p. 312)

Pontue-se que o banco foi representado por três advogados, desde antes da prolação da r. sentença, não obstante o fato de que a procuração outorgada ao Dr. André Luís Sonntag e à Dra. Eleonora Oquist e Souza era especial para distribuir e acompanhar carta precatória extraída nos autos da busca e apreensão, além de que parece não existir comunicação alguma entre o falecido advogado e os dois outros causídicos mencionados, como, por exemplo, um subestabelecimento ou coincidência de escritórios.

Porém, este Tribunal tem orientação firme de que, havendo mais de um advogado constituído nos autos, como na espécie, é válida a intimação feita em nome de um único causídico, quando não conste pedido expresso para que seja realizada em nome do outro.

Nesse sentido:

Agravo no recurso especial. Civil e Processual Civil. Acidente de trabalho. Sentença anterior à EC/45. Competência da Justiça Comum para conhecimento e julgamento da lide. Omissão inexistente.

Nulidade de julgamento por falta de intimação. Ausente. Havendo mais de um advogado constituído nos autos, é válida a intimação feita em nome de um único causídico. Súmula n. 83-STJ.

Mérito recursal. Preposto da recorrente que foi vítima fatal de descarga elétrica de maquinário de empresa por ela contratada para prestação de serviço. Responsabilidade solidária. Fato de terceiro não exclusivo. Súmulas n. 211 e 7-STJ. Reconhecida negligência da empresa empregadora que permitiu que seu funcionário, sem conhecimento técnico, nem segurança adequada, manipulasse equipamento com defeito visível de instalação elétrica. Responsabilidade pelos danos advindos ao seu preposto. A incolumidade física do empregado é garantida pelo empregador ao atender todas medidas de segurança. Responsabilidade solidária entre a empresa empregadora e a empresa dona da coisa.

Agravo desprovido.

(AgRg no REsp n. 1.121.466-SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 6.8.2013, DJe de 12.8.2013)

Agravo regimental em embargos de declaração no agravo (art. 544 do CPC). Ação declaratória de existência de sociedade de fato c.c. petição de herança. Recurso especial interposto prematuramente. Súmula n. 418 do STJ. Ausência de intimações dos acórdãos que julgaram os aclaratórios. Alegação que não encontra respaldo nos autos. Inexistência de pedido de intimação exclusiva. Validade do ato processual confirmada. Recurso improvido.

1. *omissis*

2. Alegação de ausência de intimação dos acórdãos que julgaram os aclaratórios opostos na origem. Circunstância que não encontra amparo nos autos. Em consulta ao Diário da Justiça do Paraná, nota-se que o causídico do agravante, subscritor desta irrisignação, foi devidamente intimado do julgamento dos embargos de declaração. Desta feita, percebe-se que a parte teve ciência dos julgamentos dos aclaratórios, o que lhe possibilitava a ratificação do recurso especial prematuramente interposto.

3. *Ademais, estando a parte representada por mais de um advogado, é suficiente que a intimação seja realizada em nome de qualquer um deles para a validade dos atos processuais, exceto em havendo pedido expresso de que as publicações sejam efetivadas, exclusivamente, em nome de determinado patrono ou de todos os procuradores, o que não restou evidenciado no caso dos autos.*

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg nos EDcl no AREsp n. 8.478-PR, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 7.2.2013, DJe de 27.2.2013)

Portanto, não há que se falar em violação aos arts. 236, § 1º, e 242 do Código de Processo Civil, não tendo ocorrido nulidade na intimação da r. sentença na ação de busca e apreensão, mesmo porque houve apelação.

O segundo ponto trazido pelas razões recursais, com alegações de violação aos arts. 180, 265, I e § 2º, e 507 do CPC, refere-se a questão relativa à suspensão do processo pela morte do representante legal e à restituição do prazo recursal.

Os referidos artigos apontados assim dispõem:

Art. 180. Suspende-se também o curso do prazo por obstáculo criado pela parte ou ocorrendo qualquer das hipóteses do art. 265, I e III; casos em que o prazo será restituído por tempo igual ao que faltava para a sua complementação.

Art. 265. Suspende-se o processo:

I - pela morte ou perda da capacidade processual de qualquer das partes, de seu representante legal ou de seu procurador;

(...)

§ 1º No caso de morte ou perda da capacidade processual de qualquer das partes, ou de seu representante legal, provado o falecimento ou a incapacidade, o juiz suspenderá o processo, salvo se já tiver iniciado a audiência de instrução e julgamento; caso em que:

a) o advogado continuará no processo até o encerramento da audiência;

b) o processo só se suspenderá a partir da publicação da sentença ou do acórdão.

§ 2º No caso de morte do procurador de qualquer das partes, ainda que iniciada a audiência de instrução e julgamento, o juiz marcará, a fim de que a parte constitua novo mandatário, o prazo de 20 (vinte) dias, findo o qual extinguirá o processo sem julgamento do mérito, se o autor não nomear novo mandatário, ou mandará prosseguir no processo, à revelia do réu, tendo falecido o advogado deste.

(...)

Art. 507. Se, durante o prazo para a interposição do recurso, sobrevier o falecimento da parte ou de seu advogado, ou ocorrer motivo de força maior, que suspenda o curso do processo, será tal prazo restituído em proveito da parte, do herdeiro ou do sucessor, contra quem começará a correr novamente depois da intimação.

Sustenta o recorrente, neste ponto, em suma, o seguinte:

Se o único advogado intimado da sentença já estava falecido quando ocorreu a intimação da sentença, o prazo para interposição de apelação tem seu curso suspenso, até que outro advogado seja devidamente constituído, ou até que outro advogado já constituído tome conhecimento da sentença, devendo a parte

constituir novo procurador vinte dias após tomar conhecimento do falecimento. (fl. 211)

Ocorre que, como acima explicitado, não houve nulidade na intimação da r. sentença monocrática; houve, sim, descuido na condução do processo por parte do causídico que subscreveu o primitivo recurso de apelação, mas atuava sem regular instrumento de mandato.

Com efeito, não houve apresentação de recurso, seja embargos declaratórios ou agravo interno, em relação à decisão monocrática do relator da apelação no col. Tribunal de origem, a fim de que, com respaldo no art. 13 do CPC, fosse permitida a regularização processual, nos termos da remansosa jurisprudência desta Corte.

Confirmam-se:

Administrativo e Processual Civil. Agravo regimental em recurso especial. Responsabilidade civil do Estado. Vício de representação sanado tempestivamente. Denúnciação à lide. Desnecessidade.

1. *É pacífico nesta Corte que a falta de instrumento de mandato constitui defeito sanável nas instâncias ordinárias, aplicando-se, para o fim de regularização da representação postulatória, o disposto no art. 13 do CPC.* No caso dos autos, considerando que o recorrido se antecipou e apresentou o instrumento procuratório, independentemente, inclusive, de determinação judicial, não há violação ao referido dispositivo.

2. Segundo a jurisprudência desta Corte, não é obrigatória a denúnciação da lide do agente público supostamente responsável pelo ato lesivo nas ações de indenização fundadas na responsabilidade civil objetiva do Estado. Precedentes: AgRg no AREsp n. 63.018-RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 3.4.2013; AgRg no REsp n. 1.355.717-CE, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 21.2.2013; REsp n. 1.177.136-RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 27.6.2012.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp n. 1.182.097-PE, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 15.10.2013, DJe de 22.10.2013)

Não se pode olvidar, no caso, a existência de uma decisão judicial transitada em julgado, proferida pelo eg. Tribunal de Justiça local, que deve ser respeitada, sob pena de se criar uma insegurança jurídica com a restituição de prazo recursal, de modo que houve interposição tempestiva de apelação que, repita-se, por falha na condução do processo, não foi conhecida por irregularidade da representação processual.

Destaque-se, por fim, que o art. 507 do CPC permite a restituição do prazo se, *durante o prazo para a interposição do recurso*, sobrevier o falecimento da parte ou de seu advogado, ou ocorrer motivo de força maior, que suspenda o curso do processo. Como se viu, no caso, a decisão judicial já havia transitado em julgado.

Nesse sentido, confira-se precedente da Corte:

Processual Civil. Art. 507 do CPC. Pedido de devolução de prazo. Falecimento do advogado.

1. Hipótese em que a recorrente pleiteia seja devolvido o prazo recursal para oposição destes embargos de declaração, tendo em vista o falecimento do patrono da causa.

2. O art. 507 do CPC disciplina o motivo de força maior a justificar a interrupção do prazo recursal. Ocorre que o falecimento do patrono da causa se deu em 16.11.2009, ou seja, não ocorreu durante o prazo para interposição do presente recurso, razão pela qual não se lhe aplica a restituição temporal.

3. O prazo para interposição dos embargos é peremptório, e, na ausência de causa interruptiva, o recurso apresentado após o término do prazo regular deve ser considerado intempestivo. Na hipótese, o agravo regimental foi publicado em 19.8.2010, e os embargos de declaração em 8.10.2010.

Embargos de declaração não conhecidos.

(EDcl no AgRg no REsp n. 1.123.022-SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 23.11.2010, DJe de 1º.12.2010)

Quanto ao dissídio jurisprudencial, não foi adequadamente comprovado, pois são diversas as bases fáticas dos julgados em confronto.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Trata-se de recurso especial interposto por *Banco Fibra S.A.*, sucedido por *Brazil Capital Recovery II - Companhia Securitizadora de Créditos Financeiros* (e-STJ, fl. 346), na forma prevista pelo art. 105, III, a e c, da Constituição Federal, em face de acórdão prolatado pelo TJSC, assim ementado (e-STJ, fl. 152):

Agravo de instrumento. Apelação. Falta de instrumento procuratório. Negativa de seguimento. Recurso renovado. Falecimento do procurador do recorrente. Não comunicação ao juízo. Reabertura do prazo recursal. Impossibilidade.

Não há como se deferir a reabertura do prazo interposicional do recurso de apelação quando, interposto anterior apelo, este não é conhecido em face da ausência de pressuposto essencial de recorribilidade: o instrumento procuratório.

Irrelevante, nesse contexto, é o óbito do patrono original da recorrente antes da prolação da sentença alvo do inconformismo, quando a parte, em descumprimento a obrigação sua, não comunica em Juízo essa morte e quando tem ela outros procuradores com poderes para a mesma causa.

Na origem, o recorrente promoveu ação de busca e apreensão visando a apreender veículo automotor objeto de garantia em alienação fiduciária. Os pedidos foram julgados improcedentes por meio da sentença copiada às fls. 70-75. Contra a decisão, o recorrente interpôs recurso de apelação (e-STJ, fls. 78-86), inadmitido ante a falta de instrumento procuratório do subscritor da peça recursal (e-STJ, fls. 93-94).

Foi, então, interposto novo recurso de apelação noticiando o falecimento do procurador originário da parte, em nome de quem teria sido realizada a intimação da sentença. Na peça de interposição, a recorrente defendeu a tempestividade do segundo apelo ante a nulidade do ato processual, tendo em vista que o falecimento do advogado da parte apelante ocorreu antes da data em que prolatada a sentença e, conseqüentemente, da respectiva intimação (e-STJ, fls. 100-122).

O segundo recurso não foi admitido, concluindo o magistrado de piso por sua intempestividade (e-STJ, fl. 21). Contra a decisão, o recorrente interpôs agravo, na forma de instrumento, improvido conforme se verifica do acórdão reproduzido às fls. 152-163.

Os embargos de declaração de fls. 167-179 foram rejeitados (e-STJ, fls. 185-194).

Nas razões do recurso especial, a empresa recorrente aduz violação dos arts. 180, 236, § 1º, 242, 265, I e § 2º, e 507, todos do CPC, e traz para os autos julgados proferidos por outros tribunais do País, visando a demonstrar a ocorrência da hipótese prevista na alínea c do permissivo constitucional.

Na sessão do dia 22.4 p.p., o eminente Relator negou provimento ao recurso excepcional, concluindo, em síntese, que (i) havia outros dois advogados representando a recorrente, de modo que regular a intimação da sentença, (ii) não foi comunicado ao Juízo da causa o falecimento do advogado em nome de quem foi realizada a intimação, caracterizando descuido na condução do processo por parte do causídico que subscreveu o primeiro recurso de apelação,

não conhecido pela falta de instrumento de mandato, (iii) a parte não se insurgiu contra a decisão que negou seguimento à primitiva apelação, nem sequer aduziu a incidência da regra do art. 13 da lei processual e (iv) inaplicável a regra do art. 507 do CPC, que pressupõe o falecimento da parte “durante o prazo para a interposição do recurso”. Finalmente, entendeu não comprovado o dissídio jurisprudencial, ante a diversidade da base fática dos julgados confrontados.

Por considerar que o caso poderia comportar solução diversa, pedi vista dos autos.

Efetivamente, com a devida vênia do eminente Ministro Relator, ousou divergir de suas conclusões. Penso que a insurgência recursal deve ser acolhida.

Com efeito, parece-me inafastável o vício na intimação da sentença proferida pelo magistrado de piso, em que se teria feito constar apenas o nome de advogado falecido, fato incontroverso. Em tais circunstâncias, a tese de violação das disposições dos arts. 236, § 1º, e 265, I, do CPC, colhe frutos.

Rezam os referidos dispositivos legais:

Art. 236. No Distrito Federal e nas Capitais dos Estados e dos Territórios, consideram-se feitas as intimações pela só publicação dos atos no órgão oficial.

§ 1º. É **indispensável**, sob pena de **nulidade**, que da publicação **constem os nomes das partes e de seus advogados**, suficientes para sua identificação.

Art. 265. Suspende-se o processo:

I - pela morte ou perda da capacidade processual de qualquer das partes, de seu representante legal ou de seu procurador;

(...)

A intimação feita em nome de advogado falecido é absolutamente ineficaz porque, como determina o art. 682, inc. II, do CC/2002, o mandato encerrou-se imediatamente com a morte do procurador (CC/1916, art. 1.316, II), ocorrida em 1999.

Por seu turno, a inobservância do comando do art. 265, I, da lei processual, que ordena a suspensão do processo em razão da morte do procurador da parte, induz à nulidade dos atos processuais subsequentes, porque desatendido o art. 266 do diploma adjetivo. No caso sob exame, indubitável o prejuízo suportado pelo recorrente.

Cito precedentes:

Suspensão do processo. Morte do advogado da parte. Precedentes da Corte. 1. A suspensão do processo em decorrência da morte do advogado da parte opera imediatamente, desde a ocorrência do fato, *sendo nulos os atos praticados no período*, ressalvados aqueles previstos no art. 266 do Código de Processo Civil. 2. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp n. 135.649-RJ, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 16.6.1998, DJ 24.8.1998, p. 74)

Processual Civil. Ação rescisória. Art. 485, V. do CPC. Ofensa a literal disposição de lei. Ocorrência. Morte do único advogado da parte. Suspensão do processo.

1. A morte do advogado da parte suspende o curso do processo, desde a sua ocorrência, *sendo considerados nulos os atos posteriormente praticados*. Precedentes.

2. Demonstrado nos autos que a morte do patrono da autora se deu antes do julgamento de recurso ordinário em mandado de segurança, é forçoso reconhecer que no momento da manifestação desta Corte o processo estava suspenso.

3. A autora sofreu efetivo prejuízo, tendo em vista a impossibilidade de realização de sustentação oral no julgamento do recurso ordinário, processo em que quedou vencida, como também o cerceamento para interposição de eventuais recursos.

4. Ação rescisória julgada procedente.

(AR n. 2.995-RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Terceira Seção, julgado em 12.3.2014, DJe 25.3.2014)

Processual Civil. Servidor público municipal. Falecimento da parte autora. Suspensão do processo. Art. 265, I, do CPC.

1. Segundo entendimento desta Corte, ocorrendo a morte de qualquer das partes envolvidas no processo, ocorre a suspensão do feito, nos termos do art. 265, I, do CPC, a fim de que haja a devida regularização processual, *restando viciados de nulidade os atos posteriormente praticados*. Precedentes: REsp n. 1.170.258-RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 17.6.2010; REsp n. 216.714-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 15.12.2008; EREsp n. 270.191-SP, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, Corte Especial, DJ de 20.9.2004.

2. Na espécie, houve o falecimento da parte autora, pelo que cabível a suspensão do processo para habilitação dos seus sucessores.

3. Recurso especial provido.

(REsp n. 1.234.015-RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 26.4.2011, DJe 5.5.2011)

Em suma, declarada a nulidade da intimação da sentença, há que se reputar nulos os atos dependentes subsequentes (CPC, art. 248), dentre os quais

a consecutiva decisão que não recebeu a apelação da parte autora-recorrente (e-STJ, fls. 75-76), bem assim a certidão que atesta o decurso do prazo recursal (e-STJ, fl. 98). Não há falar, portanto, em trânsito em julgado.

Por sua vez, não milita em socorro da tese contrária a afirmação de que a recorrente estava representada por outros dois profissionais pois, para admitir esse fato em prejuízo da parte, seria necessário reconhecer que na intimação referida teriam constado os seus nomes, informação que não se colhe do acórdão impugnado, tampouco foi alegada pela parte recorrida. No ponto, válida a menção a importante precedente desta Corte:

Processual Civil. Recurso especial. Ação declaratória de relação avoenga. Intimação de acórdão. Publicação em nome de advogado falecido. Nulidade.

I. Recurso especial que discute a validade da intimação feita a advogado falecido, quando haja outros advogados representando a mesma parte.

II. O art. 295, I, do CPC, tem peremptória determinação para que se suspenda o processo quando sobrevier a morte do procurador de qualquer uma das partes, porém há necessidade de comunicação do óbito pelas partes, porquanto é impossível ao Estado fiscalizar ou ter ciência, por meio próprio, dessas intercorrências durante o curso da relação processual.

III. Mesmo existindo mais três procuradores, a tão só publicação no nome do advogado falecido fragiliza a presunção de conhecimento do ato judicial, porquanto não se pode impor àqueles que, mesmo sendo procuradores, não tiveram seu nome relacionado na publicação, que dela tenham ciência e interponham o devido recurso ou reclamem a adoção de uma determinada medida, dentro dos restritos prazos legais.

IV. A interposição de embargos de declaração contra o acórdão proferido em apelação, só pode ser utilizada como convalidação da equivocada publicação do acórdão de apelação realizada em nome do advogado falecido e nenhum outro posterior, pois para os demais, houve o ressurgimento da nulidade.

V. A ausência de posição jurídica em contradição, ou ainda, a inexistência da reiterada prática da interposição de recursos contra julgados em que a publicação foi feito em nome do patrono falecido, descaracterizam a ocorrência de má-fé, não dando ensejo, portanto, ao afastamento da nulidade incidente à espécie.

VI. Recurso provido.

(REsp n. 1.226.574-RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 26.6.2012, DJe 18.12.2012)

Não se desconhece o entendimento segundo o qual é dever da parte a comunicação do falecimento de seu advogado. Esse ônus, todavia, deve ser

interpretado *cum grano salis*, só se mostrando razoável exigí-lo na hipótese em que inequívoca a ciência do falecimento do procurador, do que não cabe presumir. Em suma, se a parte conhece o fato jurídico e não o comunica ao juízo, deve arcar com as consequências de sua omissão. No caso sob exame, não há nenhum elemento nos autos do qual se possa extrair conclusão nesse sentido, ou seja, de que a instituição financeira teve conhecimento da morte do Dr. João Augusto Bayer, seu patrono originário.

Na espécie, a suspensão do feito deu-se, incondicional e imediatamente, após o falecimento do advogado. A necessidade de comunicação ao Juízo não obsta esse fenômeno processual. No ponto:

Processo Civil. Agravo no recurso especial. Morte do procurador. Suspensão. Necessidade de comunicação ao juízo. Ausência.

- A morte do advogado da parte suspende o processo a partir do instante mesmo da ocorrência geradora da suspensão, comunicado, ou não, o fato ao juiz.

Agravo não provido.

(AgRg no REsp n. 893.741-SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 23.4.2009, DJe 15.5.2009)

Por sua vez, a atuação do profissional que não detinha instrumento de mandato - e que, exatamente por esse motivo, teve negado seguimento ao recurso que interpôs - não permite presumir a desídia *da parte* em comunicar o falecimento de seu antigo patrono.

O Dr. Alessandro Schenkel Fornari somente passou a representar regularmente a instituição financeira a partir do momento em que lhe fora outorgada a procuração juntada à fl. 24. Os atos que praticou até então não podem prejudicar a parte que só agora representa, retroagindo-se os efeitos do mandato. Nesse sentido, inequívoca a disposição do art. 662 da lei material civil, que exige a ratificação expressa de atos praticados anteriormente à constituição do mandatário:

Art. 662. Os atos praticados por quem não tenha mandato, ou o tenha sem poderes suficientes, são ineficazes em relação àquele em cujo nome foram praticados, salvo se este os ratificar.

Parágrafo único. A ratificação há de ser expressa, ou resultar de ato inequívoco, e retroagirá à data do ato.

Finalmente, não me parece coerente, *data venia*, admitir que o advogado representava a parte para receber a intimação da sentença e, ao mesmo tempo,

negar seguimento ao recurso de apelação por ele subscrito ao argumento de que não havia recebido o mandato necessário à atuação judicial.

Ante o exposto, mais uma vez rogando vênia ao em. Ministro Relator, *dou provimento* ao recurso especial para reconhecer a nulidade do ato por meio do qual se realizou a intimação da sentença proferida no feito originário (cf. certidão à fl. 77), declarando, em decorrência, a nulidade de todos os atos processuais subsequentes, inclusive e em especial, a certidão de decurso de prazo reproduzida à fl. 98, afastando a conclusão pelo trânsito em julgado da sentença de fls. 70-75.

Como consequência, reputo tempestivo o recurso de apelação interposto pela aqui recorrente (e-STJ, fls. 100-104), que deverá ser processado e julgado, na forma da lei, afigurando-se desnecessária a nova intimação, ante a inequívoca manifestação de ciência do interessado.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 812.283-SC (2006/0016285-7)

Relator: Ministro Raul Araújo

Recorrente: Banco ABN AMRO Real S/A

Advogado: Osmar Mendes Paixão Côrtes e outro(s)

Recorrido: Márcia Pimentel

EMENTA

Recurso especial. Civil. Processual Civil. Mandato *ad negocia* por prazo determinado. Término do prazo. Repercussão nos mandatos *ad judicia* outorgados por prazo indeterminado. Inexistência. Recurso parcialmente provido.

1. O posterior término do prazo do mandato *ad negocia* (CC/2002, art. 682, IV) não afeta a continuidade do mandato *ad judicia* antes validamente outorgado por prazo indeterminado.

2. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 18 de setembro de 2014 (data do julgamento).

Ministro Raul Araújo, Relator

DJe 26.11.2014

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Raul Araújo: Cuida-se de recurso especial interposto por *Banco ABN AMRO Real S/A*, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, em face de acórdão do eg. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, assim ementado:

Agravo em agravo de instrumento. Decisão que nega seguimento ao recurso de agravo de instrumento por ausência de regularidade formal. Instrumento de mandato com prazo vencido.

O término do prazo faz cessar o mandato e subseqüentes substabelecimentos. E sem mandato o advogado não poderá interpor recurso, sendo vedada a concessão de prazo para regularização em sede de agravo de instrumento. (fl. 117)

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados com aplicação de multa de 1% sobre o valor da causa, conforme acórdão de fls. 134-141.

Aponta o recorrente violação: ao artigo 535 do Código de Processo Civil; à Súmula n. 98-STJ; ao art. 5º, XXXV, da Constituição Federal e ao art. 682, IV, do Código Civil/2002; bem como dissídio jurisprudencial em relação a acórdãos do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, do Tribunal Regional Federal da 5ª Região e desta Corte.

Sustenta terem sido os embargos de declaração opostos com o propósito de prequestionamento, sem intenção protelatória, devendo ser afastada a multa aplicada, nos termos da Súmula n. 98-STJ.

Afirma, de outro lado, que, diversamente do entendimento manifestado pela Corte de origem, o instrumento de procuração juntado à fl. 28 dos autos de agravo de instrumento não tem prazo de validade, o que somente ocorre com as procurações subsequentes, de fls. 29-30, cuja expiração é irrelevante, pois não afeta os atos praticados durante sua vigência.

Ressalta que o fato de extinguir-se o mandato *ad negocia* não afeta os poderes *ad judicia* conferidos enquanto aquele estava vigente, assim como não são afetados os contratos firmados, os cheques emitidos e as garantias oferecidas. Saliencia, desse modo, que, “se um diretor de uma empresa, ainda que com mandato certo, outorga uma procuração sem limitação de tempo, essa procuração continua válida; é o caso que se dá se esse diretor contrata um trabalhador ou efetua uma compra e venda” (fl. 154).

Aduz que os poderes conferidos pela pessoa jurídica aos seus mandatários os autorizava a constituir advogados com poderes *ad judicia* para a defender em juízo até o término do processo, e não por prazo determinado. Cita em abono a sua tese julgado do Tribunal Superior do Trabalho.

Assevera que, encerrado o mandato *ad negocia*, não perde o procurador o mandato *ad judicia*, pois, não tendo prazo a procuração *ad judicia*, terá validade até posterior revogação pelo mandante, ou renúncia por parte do mandatário, conforme REsp n. 662.225-CE.

Requer seja reformado o acórdão para que o agravo de instrumento interposto perante o Tribunal de origem seja regularmente processado.

O recurso ascendeu a esta Corte por força de juízo positivo de admissibilidade.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Raul Araújo (Relator): Tem-se, na origem, ação de busca e apreensão promovida pelo Banco *ABN AMRO Real S/A* em face de Márcia Pimentel.

A ré, citada, não apresentou contestação (fl. 63). No saneador, a d. Juíza de primeiro grau reconheceu, de ofício, abuso nos encargos estipulados no contrato de financiamento com cláusula de alienação fiduciária, afastando a configuração da mora (fls. 64-69). Contra essa decisão, o banco recorrente interpôs agravo

de instrumento, que teve seu seguimento negado por decisão monocrática do Relator, da qual se transcreve o seguinte trecho:

Os ilustres advogados subscritores das razões do recurso - Neide Ribeiro Santos Inácio e Cleverson Aramis Inácio - receberam poderes por intermédio dos instrumentos de fls. 27-28. Ocorre que esses instrumentos não podem ser considerados porque perderam sua validade, visto que a procuração que os originou tem prazo de validade 20.10.2004 (fls. 29-30). E, expirado o prazo estipulado no mandato, cessados ficam os poderes nele instituídos, de acordo com o art. 682, inciso IV, do Código Civil. (fl. 97)

Em sede de agravo regimental, a decisão singular foi confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, conforme ementa acima transcrita.

Delineados os contornos da lide, passa-se ao exame dos dispositivos legais apontados como violados.

I - Da violação ao art. 535 do Código de Processo Civil; ao art. 5º, XXXV, da Constituição Federal e à Súmula n. 98-STJ - Descabimento da multa aplicada.

Sustenta o recorrente não ter o Tribunal de origem se manifestado sobre todas as questões que lhe foram submetidas, razão pela qual interpôs embargos de declaração, os quais não tinham caráter protelatório. Entende, assim, impertinente a imposição de multa, nos termos da Súmula n. 98-STJ.

Não aponta o recorrente em que consistiriam as omissões alegadas, o que inviabiliza o conhecimento do recurso especial no que respeita à violação ao art. 535 do CPC. Incide, na espécie, por analogia, a Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal.

Registre-se, por outro lado, não ser cabível a interposição de recurso especial com fundamento em violação de súmula, por se tratar de enunciado que não se enquadra no conceito de lei federal a sofrer o controle de legalidade do Superior Tribunal de Justiça.

Quanto à alegada ofensa a dispositivo constitucional, observa-se que, por se tratar de matéria a ser apreciada na Suprema Instância, não é viável sua análise nesta via recursal, o que implicaria usurpação de competência constitucionalmente atribuída ao eg. Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102).

Nesse contexto, não apresentou o recorrente fundamento apto a afastar a multa aplicada.

II - Da violação ao art. 682, IV, do Código Civil - A validade do mandato.

Diz o recorrente, em apertada síntese, que o término do prazo do mandato *ad negocia* conferido a seus executivos não implica a expiração do prazo de validade das procurações outorgadas por aqueles aos advogados, enquanto vigentes os mandatos dos outorgantes, como entendeu a Corte local.

Colhe-se dos autos que, por meio da procuração de fls. 31-32, instrumento com validade até 20 de outubro de 2004, o Banco *ABN AMRO Real S/A* conferiu a Fernando Aparecido Bonazzi e Maria Aparecida Smidt de Oliveira, entre outros, poderes “*ad negocia*”, entre os quais o de constituir procuradores “*ad judicia*”, com poderes específicos para tal.

Os mandatários, Fernando Aparecido Bonazzi e Maria Aparecida Smidt de Oliveira, substabeleceram os poderes outorgados para Luciano Martini de Souza, Mirian Aimeir Vieira de Oliveira e Cristiane Liermann, conforme substabelecimento de procuração juntado à fl. 33, também com prazo de validade até 20 de outubro de 2004.

Os substabelecidos, Mirian Aimeir Vieira de Oliveira e Cristiane Liermann, por seu turno, pelo instrumento de procuração de fl. 30, outorgaram poderes *ad judicia* aos advogados subscritores do agravo de instrumento, em 29 de junho de 2004, procuração sem prazo determinado.

A Corte local entendeu, porém, que, expirado o prazo dos mandatos *ad negocia*, o mandato *ad judicia* perderia automaticamente sua validade, com fundamento no art. 682, IV, do Código Civil/2002, que tem a seguinte redação:

Art. 682. Cessa o mandato:

- I - pela revogação ou pela renúncia;
- II - pela morte ou interdição de uma das partes;
- III - pela mudança de estado que inabilite o mandante a conferir os poderes, ou o mandatário para os exercer;
- IV - pelo término do prazo ou pela conclusão do negócio.

É equivocado, *data venia*, o entendimento do Tribunal de Justiça.

O mandato *ad negocia* proporciona aos mandatários plena atuação em nome do mandante dentro dos limites dos poderes conferidos, enquanto vigente

o prazo estabelecido no instrumento. Após o término do prazo é que cessa o mandato, mas apenas dali pra frente, impossibilitando a prática de novos atos. O mandato cessa, portanto, sem prejuízo dos atos validamente praticados pelos mandatários, ou seja, as compras, as vendas, os pagamentos, as contratações efetuadas durante o período de duração do mandato *ad negocia* permanecerão válidos e hígidos.

Assim, na hipótese, embora o mandato *ad negocia* realmente já estivesse extinto na data em que interposto o agravo de instrumento, em 15.4.2005, certo é que no momento em que constituídos os causídicos subscritores do mencionado recurso, em 29 de junho de 2004, os administradores estavam munidos de poderes bastantes para referidas outorgas, que permanecem válidas, pois estabelecidas por prazo indeterminado.

O mandato *ad negocia* conferiu aos administradores o poder de “constituir procuradores ‘ad judícia’, com poderes específicos para tal” (fl. 32), sem, no entanto, colocar limite temporal para a atuação dos advogados a serem constituídos. Em vista disso, os mandatos advocatícios outorgados durante a vigência do mandato *ad negocia* devem ser considerados válidos e não são extintos automaticamente, evitando-se prejuízos ao próprio mandante.

No julgamento dos EDcl nos EDcl nos EDcl no REsp n. 757.760-GO, esta egrégia Quarta Turma entendeu que, em caso de liquidação extrajudicial, a perda do mandato por parte dos administradores da pessoa jurídica não acarreta a extinção automática dos mandatos *ad judícia* conferidos durante sua vigência. Confira-se:

Embargos de declaração nos embargos de declaração nos embargos de declaração no recurso especial. Liquidação extrajudicial de instituição financeira. Vício de representação do procurador judicial. Não ocorrência. Omissão e erro de fato. Inexistência. Embargos rejeitados.

1. A decretação de intervenção ou liquidação extrajudicial não acarreta a automática cessação dos mandatos judiciais outorgados aos advogados da instituição financeira. Buscando a intervenção e a liquidação extrajudicial a preservação do patrimônio da instituição financeira no interesse dos credores, da economia popular e do próprio sistema financeiro, não faria sentido que a lei erguesse formalismos inúteis, que certamente apenas trariam transtornos e prejuízos para os objetivos a serem alcançados.

2. Assim como sucede na falência de sociedade empresária (Lei n. 11.101/2005, art. 120, § 1º; antes DL n. 7.661/1945, art. 49), com a liquidação extrajudicial de instituição financeira, o mandato para representação judicial continua em vigor até que seja expressamente revogado pelo liquidante, por razões a serem motivadas, quanto às vantagens da medida.

3. Sendo a decretação da liquidação extrajudicial de instituição financeira fenômeno de maior repercussão econômica que a falência de sociedade empresária, o art. 18, **a**, da Lei n. 6.024/1974 impõe a suspensão das ações e execuções em curso contra a instituição financeira, além de proibir o aforamento de novas demandas.

4. Por outro lado, também semelhante ao que sucede com os mandatos ad negocia na falência (Lei n. 11.101/2005, art. 120, caput), dispõe o art. 50 da Lei n. 6.024/1974 que a decretação da liquidação extrajudicial implica a perda do mandato, respectivamente, dos administradores e membros do Conselho Fiscal. *Decretada a liquidação, cessa, de forma prospectiva, o mandato "ad negocia" dos administradores e membros de órgãos sociais, substituídos pelo liquidante, mas não há razão para a automática extinção dos negócios antes contratados ou dos mandatos "ad judicia" outorgados, pois, no momento de sua formalização, seus subscritores estavam munidos de poderes bastantes para referidos atos, inclusive para a constituição de advogados para atuar em juízo.*

5. Prevalecendo as regras especiais, é inaplicável, então, para os efeitos pretendidos pela parte ora embargante, a regra geral do art. 682 do Código Civil atual.

6. Entender de forma diversa implicaria inversão da lógica legal, com manifesto prejuízo aos interesses dos credores da instituição financeira, justamente aqueles a quem o decreto de liquidação pretende preservar.

7. Ficou assentado no aresto embargado que o reconhecimento da aptidão do título para aparelhar a execução era suficiente para o provimento do recurso especial, porquanto essa matéria constitui o mérito do recurso, sendo o cabimento ou não da exceção de pré-executividade questão meramente instrumental, daí por que superada.

8. Não há omissão a macular o julgado, porquanto no v. acórdão entendeu-se que a questão da comprovação do depósito do valor mutuado está acobertada por coisa julgada.

9. A pretensão de demonstrar a existência de compensação de valores não se coaduna com a alegação de que não houve o depósito do valor mutuado.

10. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl nos EDcl nos EDcl no REsp n. 757.760-GO, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 16.10.2012, DJe de 13.6.2013 - grifou-se)

Ante o exposto, conheço em parte do recurso e, nessa parte, dou-lhe provimento para afastar o óbice apontado, possibilitando o prosseguimento do julgamento do agravo de instrumento perante o eg. Tribunal de origem.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.102.850-PE (2008/0274300-0)

Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti

Recorrente: Banco Banorte S/A - em liquidação extrajudicial

Advogados: Nilton da Silva Correia

Eduardo Lacerda Siqueira Campos Araújo e outro(s)

Recorrido: Usíbrita Usina de Britagem Ltda

Advogado: José Carlos de Lira Albuquerque e outro(s)

EMENTA

Civil. Processual Civil. Liquidação extrajudicial. Ação de prestação de contas em segunda fase. Juros moratórios. Suspensão da fluência. Lei n. 6.024/1974. Provimento.

1. Na liquidação extrajudicial, a exemplo do que ocorre durante o processamento da falência (Lei n. 11.101/2005, art. 124), os juros, sejam eles legais ou contratuais, têm sua fluência suspensa por força do art. 18, **d**, da Lei n. 6.024/1974.

2. O motivo da suspensão da fluência dos juros é uma presunção legal, de caráter relativo, de que o ativo não é suficiente para o pagamento de todos os credores. Assim, após a satisfação do passivo aos credores habilitados, e havendo ativo que os suporte, serão pagos os juros contratuais e os legais vencidos durante o período do processamento da falência ou liquidação extrajudicial.

3. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 4 de novembro de 2014 (data do julgamento).

Ministra Maria Isabel Gallotti, Relatora

DJe 13.11.2014

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Trata-se de recurso especial, interposto por Banco Banorte S/A - em liquidação extrajudicial, com fundamento no art. 105, III, **a**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça de Pernambuco, nos autos de ação de prestação de contas - em segunda fase - movida pela Usibrita Usina de Britagem Ltda., julgada parcialmente procedente, em que apurado crédito em favor da recorrida.

O acórdão recorrido ficou assim ementado (fl. 1.317):

Civil e Processo Civil. Ação de prestação de contas. Intervenção e liquidação extrajudicial de instituições financeiras. Art. 18, alíneas **a** e **d**, da Lei n. 6.024/1974. Suspensão de ações. Juros moratórios. Precedentes do STJ. Incidência a partir da citação. Juros remuneratórios indevidos.

I. A norma que determina a suspensão das ações contra a entidade que se encontra sob liquidação extrajudicial não deve ser interpretada na sua literalidade, mormente quando se verifica que a continuidade do processo não redundará em redução patrimonial da massa objeto de liquidação. Precedentes do STJ.

II. A liquidação extrajudicial de empresa não acarreta a suspensão da contagem dos juros moratórios. Precedentes do STJ.

III. Juros moratórios serão calculados a partir da efetiva citação do banco apelado.

IV. Não tem embasamento jurídico algum a aspiração da empresa apelante de que os juros remuneratórios devam incidir sobre montante de dinheiro cujo objeto do ajuste não foi o mútuo, pois tais juros são devidos somente àqueles que financiam crédito, pela razão evidente de que merecem seja seu capital remunerado pela disposição de pô-los a serviços de outrem.

No presente recurso, aponta-se contrariedade ao artigo 18, alínea **d**, da Lei n. 6.024/1974. Busca o recorrente afastar a incidência dos juros moratórios determinados, enquanto não for pago o passivo aos credores da massa.

Contrarrazões, às fls. 1.355-1.359, pela manutenção do acórdão estadual.

Juízo prévio negativo de admissibilidade na origem, às fls. 1.362-1.363.

O eminente Ministro *Carlos Fernando Mathias* (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região), deu provimento ao Ag 1066460-PE, para melhor exame do especial.

O Ministério Público Federal, por meio de parecer do Subprocurador-Geral da República *Pedro Henrique Távora Niess*, opinou pelo não provimento do recurso especial (fls. 1.443-1.448).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti (Relatora): Atendidos os requisitos de admissibilidade do recurso, passo à análise do mérito.

Trata-se de recurso especial, interposto por Banco Banorte S/A - em liquidação extrajudicial, com fundamento no art. 105, III, **a**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça de Pernambuco, nos autos de ação de prestação de contas - em segunda fase - movida pela Usibrita Usina de Britagem Ltda., julgada parcialmente procedente, em que apurado crédito em favor da recorrida.

No que diz respeito à discussão sobre a incidência dos juros moratórios, transcreve-se o tópico específico constante do acórdão recorrido (fls. 1.318-1.319 e-STJ):

(...)

Em relação à pretensão do banco apelante de ver aplicado o disposto na alínea **a**, do art. 18, da Lei n. 6.024, de 13 de março de 1974, o Superior Tribunal de Justiça de há muito tempo vem decidindo pela interpretação temperada de tal dispositivo.

(...)

Daí que, em relação à pretensa suspensão da fluência dos juros moratórios (letra **d**, do art. 18, da Lei n. 6.024/1974), outro não poderia ser o entendimento do citado tribunal, senão o de que “a liquidação extrajudicial de empresa não acarreta a suspensão da contagem dos juros moratórios (REsp n. 137.317-MG, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 4.12.2001, DJ 22.4.2002 p. 208).”

(...)

Os juros moratórios, embora não se confundam com os juros remuneratórios, também devem ter sua fluência ou contagem suspensa por força do art. 18, **d**, da Lei n. 6.024/1974:

Art. 18. A decretação da liquidação extrajudicial produzirá, de imediato, os seguintes efeitos:

(...)

d) não fluência de juros, mesmo que estipulados, contra a massa, enquanto não integralmente pago o passivo;

(...)

A regra legal não discrimina a natureza dos juros, se remuneratórios, moratórios ou legais. A tipificação é abrangente, e visa, como cediço, à preservação do ativo para pagamento da massa.

A não fluência dos juros na liquidação extrajudicial de instituição financeira, enquanto não integralmente pago o passivo, segue idêntico preceito do art. 124 da Lei de Falências (Lei n. 11.101/2005), o qual prevê a falta de exigibilidade dos juros vencidos após a decretação da falência, sejam legais ou contratuais, condicionada à ausência de ativo para pagamento dos credores. Confira-se a prescrição:

Art. 124. Contra a massa falida não são exigíveis juros vencidos após a decretação da falência, previstos em lei ou em contrato, se o ativo apurado não bastar para o pagamento dos credores subordinados.

Parágrafo único. Excetuam-se desta disposição os juros das debêntures e dos créditos com garantia real, mas por eles responde, exclusivamente, o produto dos bens que constituem a garantia.

O motivo da suspensão da fluência dos juros é uma presunção legal, de caráter relativo, de que o ativo não é suficiente para o pagamento de todos os credores. Assim, se o produto da venda dos bens da massa permitir, após a satisfação dos créditos quirografários e subordinados, serão pagos os juros contratuais e os legais relativos ao período do processo de falência ou liquidação.

Nesse sentido, a doutrina de Sérgio Campinho:

Contra a massa falida, estabelece o artigo 124, não são exigíveis os juros vencidos após a decretação da quebra, tanto os convencionais, como os legais, se o ativo apurado não bastar para a satisfação dos credores subordinados, isto é, dos que recebem em último lugar na ordem de classificação dos créditos.

A enunciação do preceito parte do princípio de ser usual a verificação do déficit patrimonial da massa falida, não sendo justo, assim, o pagamento de juros posterior à decretação da falência a um credor em detrimento dos pagamentos regulares devidos aos outros. A suspensão da fluência dos juros no curso do processo falimentar tem justamente por escopo a preservação da possibilidade

de se pagar a todos os credores o valor do principal de seus créditos, devidamente corrigido e com juros computados até a data da quebra, para, somente após, pagar o acessório vencido no curso da falência, uma vez, constatada força no ativo para a sua realização.

Desse modo, a cessação dos juros no trâmite do processo pressupõe a insuficiência do ativo falimentar para o seu pagamento. Pagos a todos os credores concorrentes o principal corrigido e com os juros legais ou convencionais incidentes até a data da decretação da falência, se a massa comportar, serão os juros havidos durante o estado de falência devidamente satisfeitos, na ordem da classificação dos créditos. Em outros termos, deverá o administrador judicial pagar a cada credor, por ocasião em que estiver sendo atendida a classe que pertencer, o valor principal corrigido, acrescido dos juros até a data da decretação da quebra. Após o pagamento dos credores subordinados é que, na medida das forças da massa ativa, serão pagos, na ordem da classificação legal dos créditos, os juros vencidos durante o processamento da falência.

São, entretanto, excepcionados desse regramento os juros das debêntures e dos créditos com garantia real, mas por estes últimos responde, exclusivamente, o produto dos bens que constituem a garantia. Se, contudo, o produto dos bens garantidos não for suficiente à satisfação integral dos juros, a parcela faltante somente será atendida se houver recursos na massa, após o pagamento dos créditos subordinados, respeitada a ordem de classificação dos créditos; ou seja, a esse saldo será dado tratamento igual ao dos demais credores.

(CAMPINHO, Sergio. Falência e Recuperação de Empresa: O novo regime da insolvência empresarial. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.)

Com isso, entendo que a fluência dos juros moratórios encontra-se suspensa após o decreto de liquidação extrajudicial da instituição financeira, devendo ser computados e pagos somente após a satisfação do passivo aos credores habilitados, e havendo ativo que os suporte, observada a ordem do quadro geral dos credores do art. 26, § 4º, da Lei n. 6.024/1974.

Nesse sentido:

Processual Civil e Comercial. Corretora de valores. Regime de liquidação extrajudicial. Embargos de declaração. Omissão. Súmula n. 211-STJ. DL n. 7.661/1945. Art. 44, VI. Aplicação. Correção monetária. Cabimento. Súmula n. 43-STJ. Ato ilícito absoluto e ato ilícito relativo. Juros de mora. Citação.

1. Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo* (Súmula n. 211-STJ).

2. Decretado o regime de liquidação extrajudicial de corretora de valores, aplicável o disposto no art. 44, V, da antiga Lei de Falências (DL n. 7.661/1945) às

vendas a termo de títulos e valores mobiliários, se tanto a comitente vendedora, atuando como intermediária, quanto a compradora deixam de efetuar o pagamento respectivo no tempo e na forma pactuados.

3. “É entendimento consolidado da Corte que a evolução dos fatos econômicos tornou insustentável a não-incidência da correção monetária, sob pena de prestigiar-se o enriquecimento sem causa do devedor, constituindo-se ela imperativo econômico, jurídico e ético indispensável à plena realização dos danos e ao fiel e completo adimplemento das obrigações” (REsp n. 247.685-AC, relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 5.6.2000).

4. O enunciado da Súmula n. 43-STJ refere-se tanto ao ato ilícito absoluto (extracontratual) quanto ao ato ilícito relativo (contratual). Precedentes.

5. Conforme disposto no art. 18, alínea **d**, da Lei n. 6.024/1974, decretada a liquidação extrajudicial da empresa, não há fluência de juros enquanto não integralmente pago o passivo. No caso, porém, não tendo havido recurso da parte interessada quanto ao ponto, deve ser mantido o entendimento adotado no acórdão recorrido, que determinou a incidência da norma contida no art. 219 do CPC e, como consequência, fixou a fluência dos juros moratórios desde a citação válida.

6. Recurso da primeira recorrente conhecido e parcialmente provido. Recurso da segunda recorrente parcialmente conhecido e desprovido.

(REsp n. 887.131-RJ, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, DJe de 14.10.2013)

Em face do exposto, conheço e dou provimento ao recurso especial, para declarar a suspensão da fluência dos juros moratórios a partir do decreto de liquidação extrajudicial da instituição recorrente, nos termos acima, ficando ressalvado o direito aos juros moratórios do período de liquidação caso sobejem recursos após a satisfação dos credores habilitados, observada a ordem do quadro geral dos credores do art. 26, § 4º, da Lei n. 6.024/1974.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.139.285-DF (2009/0172089-3)

Relator: Ministro Marco Buzzi

Recorrente: Paulo Octávio Investimentos Imobiliários Ltda

Advogado: Roberto de Barros Barreto e outro(s)
Recorrido: Jorival Antônio de Oliveira e cônjuge
Advogado: Sílvio de Araújo Nunes e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Ação de indenização para ressarcimento de valores referentes a compra e venda de imóvel. Alegação de diferença entre a área prometida e a área entregue. Procedência do pedido nas instâncias ordinárias. Entendimento de que a vaga de garagem é área de uso comum e, pois, não deve ser considerada no cômputo da área total do bem.

Insurgência da empresa ré.

Hipótese em que se discute se a vaga de garagem do condômino deve ser compreendida como área privativa dele e se pode, conseqüentemente, ser considerada no cômputo da área total do imóvel vendido.

Decidido pelas instâncias ordinárias que a vaga de garagem “compreende área real de uso comum”, que não pode ser inclusa no cômputo da área total do apartamento, o qual, por conseguinte, teria sido entregue com área inferior à prometida.

1. A vaga de garagem só deve ser considerada área comum de condomínio edilício quando não se vincular a uma unidade residencial específica e, conseqüentemente, não se destinar ao uso exclusivo do proprietário dessa unidade, podendo ser usada, assim, por todos os condôminos. Quando, porém, a vaga de garagem for individualizada e de uso exclusivo do proprietário de uma unidade residencial específica, ela não será considerada como área comum, podendo, nesse caso, (i) constituir apenas um direito acessório ou (ii) configurar-se como unidade autônoma, caso em que terá registro próprio em cartório.

2. No caso em questão, a vaga de garagem pertence exclusivamente ao proprietário do apartamento respectivo, pois tem menção expressa no contrato, numeração própria e delimitação específica no terreno. Sendo assim, as instâncias ordinárias se equivocaram ao considerá-la como bem de uso comum.

3. No entanto, os compradores não foram devidamente informados de que a área total do imóvel correspondia à soma das áreas da unidade habitacional e da vaga de garagem, uma vez que a redação do contrato objeto da lide cria a expectativa, em qualquer pessoa que o lê, de que a área privativa prometida ao comprador se refere unicamente à área do apartamento, isto é, da unidade habitacional, e não da soma desta com a área da vaga de garagem.

4. A praxe no mercado imobiliário é o anúncio da área do apartamento, apenas, constituindo eventual vaga de garagem um *plus*.

5. Embora seja possível, em tese, que se veicule anúncio publicitário informando como área total do imóvel à venda a soma das áreas do apartamento e da(s) vaga(s) de garagem, é absolutamente imprescindível que, nesse caso, a publicidade seja clara e inequívoca, de modo que os consumidores destinatários não tenham nenhuma dúvida quanto ao fato de que o apartamento, em si, possui área menor do que aquela área total anunciada. Aplicação pura e simples do princípio da transparência, previsto no CDC.

6. Recurso especial desprovido.

ACÓRDÃO

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

Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Raul Araújo (Presidente), Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de novembro de 2014 (data do julgamento).

Ministro Raul Araújo, Presidente

Ministro Marco Buzzi, Relator

DJe 27.11.2014

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Trata-se de recurso especial interposto por *Paulo Octávio Investimentos Imobiliários Ltda* em face de acórdão proferido pelo TJDFT.

Na origem, cuida-se de ação ordinária ajuizada por *Jorival Antônio de Oliveira e cônjuge* contra *Paulo Octávio Investimentos Imobiliários Ltda*, na qual se pleiteia a restituição de quantia paga pela compra de imóvel, sob a alegação de que houve entrega de área privativa menor do que a prometida.

A ré, ora recorrente, contestou o pedido alegando que a área total prometida no contrato - 87,8 metros quadrados - se refere à soma das áreas da unidade habitacional e da vaga de garagem.

O Juízo de primeiro grau julgou parcialmente procedente o pedido (e-STJ fls. 324-330), entendendo que a vaga de garagem não deve ser considerada no cômputo da área privativa do imóvel vendido, pois ela “compreende área real de uso comum”. Em consequência, condenou a ré a pagar aos autores o valor equivalente à área não entregue, “convertido ao padrão monetário atual e corrigido monetariamente” pelos índices do INCC e pela TR.

Interpostas apelações por ambas as partes, o TJDFT deu provimento ao recurso dos autores, majorando a verba honorária de R\$ 900,00 para 15% sobre o valor da condenação, e parcial provimento ao recurso da ré, apenas para determinar que a correção monetária seja feita com base no INPC. Eis a ementa do acórdão (e-STJ fls. 419-433):

Civil e Processual Civil. Promessa de compra e venda. Vaga de garagem vinculada. Não abrangência da área de garagem no montante da área privativa de divisão não proporcional prometida. Abatimento da diferença a menor (art. 1.136 do CCB). Procedência. Correção do débito pelo INPC. Possibilidade. Honorários. Aplicação do art. 20 § 3º, c.c. art. 21 § único do CPC, quando se tratar de sentença condenatória com decaimento mínimo do pedido.

1. A vaga de garagem vinculada ao apartamento, não está abarcada na área privativa do imóvel prometida à venda. Apurado diferença a menor, procede o pedido de abatimento no preço do bem, na forma do art. 1.136 do CCB.

2. Na esteira do melhor entendimento jurisprudencial dominante o INPC é o índice que melhor representa a recomposição do poder de compra da moeda e, deste modo, deve ser ele o aplicado ao caso.

3. Tratando-se de sentença condenatória a verba da sucumbência deverá ser fixada sobre o valor da condenação. Desta sorte, considerados o grau de zelo dos

autores, a natureza e relevância da causa e, ainda, o tempo decorrido no trâmite do processo, e, ainda, que a autora, em razão das modificações inseridas no julgado, sucumbiu em parte mínima do pedido, bastante apropriado o importe de 15% do calor da condenação, devidamente corrigido a partir da prolação da sentença, nos termos do art. 21, parágrafo único do CPC.

4. Recursos conhecidos. Improvido o agravo retido. Providos os recursos dos autores apelantes e parcialmente provido o recurso da ré apelante. Unânime.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (e-STJ fls. 447-450).

Inconformada, a recorrente interpôs o presente recurso especial (e-STJ fls. 467-480), com fundamento no art. 105, III, **a** e **c**, da CF, alegando violação do art. 2º da Lei n. 4.591/1964. Sustenta, em síntese, que “a área da vaga de garagem contratualmente prometida e entregue ao recorrido é área privativa de sua propriedade e uso exclusivo”, devendo, portanto, ser inclusa no cômputo da área total do imóvel vendido.

Contrarrrazões apresentadas (e-STJ fls. 511-523).

Não admitido na origem (e-STJ fls. 525-528), o recurso subiu a esta Corte por decisão do Ministro *João Otávio de Noronha* no Ag n. 1.101.170 (e-STJ fl. 556).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Buzzi (Relator): O recurso não merece prosperar.

Cinge-se a controvérsia em saber se a vaga de garagem do condômino deve ser compreendida como área privativa dele e se pode, conseqüentemente, ser considerada no cômputo da área total do imóvel vendido.

A recorrente alega que a área total prometida no contrato - 87,8 metros quadrados - se refere à soma das áreas da unidade habitacional e da garagem. Nas suas palavras:

A unidade imobiliária negociada entre as partes foi prometida à venda com vinculação a uma vaga de garagem, área esta que corresponde a uma fração ideal do terreno da edificação, estando demarcado seu espaço com vistas à perfeita identificação, possuindo designação numérica junto ao cartório de registro imobiliário, havendo descrição do seu espaço na especificação do condomínio.

Assim, a vaga de garagem constitui unidade autônoma, pois deve ser tratada como objeto de propriedade exclusiva, nos termos do art. 2º da Lei n. 4.591/1964,

razão pela qual sua área não poderia deixar de ser computada no cálculo da área privativa do imóvel objeto da ação.

No entanto, as instâncias ordinárias entenderam que a vaga de garagem “compreende área real de uso comum”. Assim, não a incluíram no cômputo da área total do apartamento e, por conseguinte, concluíram que o imóvel foi entregue aos recorridos com área inferior à prometida.

Na verdade, as instâncias ordinárias se equivocaram ao afirmar que a vaga de garagem, no presente caso, deve ser considerada como área de uso comum.

Com efeito, a vaga de garagem só deve ser considerada área comum de condomínio edilício quando não se vincular a uma unidade residencial específica e, conseqüentemente, não se destinar ao uso exclusivo do proprietário dessa unidade, podendo ser usada, assim, por todos os condôminos. Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado desta Quarta Turma:

Processo Civil. Direitos reais. Recurso especial. Ação reivindicatória. Condomínio edilício. Vaga na garagem. Coisa reivindicanda não individualizada. Impossibilidade.

(...)

2. Em condomínio edilício, a vaga de garagem pode ser enquadrada como: (i) unidade autônoma (art. 1.331, § 1º, do CC), desde que lhe caiba matrícula independente no Registro de Imóveis, sendo, então, de uso exclusivo do titular; (ii) direito acessório, quando vinculado a um apartamento, sendo, assim, de uso particular; ou (iii) **área comum, quando sua fruição couber a todos os condôminos indistintamente.**

(...)

5. Recurso especial provido.

(REsp n. 1.152.148-SE, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 13.8.2013, DJe 2.9.2013)

Em suma: a vaga de garagem pode ser (i) de uso comum ou (ii) de uso particular. E, quando for de uso particular, a vaga de garagem pode (ii.a) constituir apenas um direito acessório ou (ii.b) configurar-se como unidade autônoma, caso em que terá registro próprio em cartório.

Vale ressaltar, porém, que, segundo a doutrina especializada, a tendência atual é de que as vagas de garagem não sejam mais caracterizadas como área de uso comum, mas sim como unidades autônomas. Nesse sentido, confirmam-se as lições de Elvino Silva Filho:

(...) em princípio, à falta de qualquer estipulação em contrário, na convenção de condomínio, as garagens dos edifícios de apartamentos eram consideradas entre as coisas de uso comum.

Sendo consideradas entre as coisas de uso comum todo co-proprietário tinha direito de usá-la, estacionando o seu carro no primeiro espaço vago que encontrasse.

(...)

A garagem deixou de ser incluída nas coisas comuns dos edifícios em propriedade horizontal, e, passou a ser atribuída, nas divisões e especificações de condomínio, apenas a alguns dos condôminos, aos quais, então lhes era destinada uma fração ideal maior no terreno do edifício, e, conseqüentemente, uma maior participação percentual ou em metros quadrados nas áreas comuns do edifício, do que as atribuídas aos demais condôminos.

A garagem restrita a um determinado número de condôminos ou proprietários de unidades autônomas (apartamentos ou conjuntos comerciais), passou a ser considerada um acessório da unidade autônoma.

(...)

Aí estava, então, delineado o direito de alguns co-proprietários na garagem. Poderia esse direito consistir em: a) uma vaga de ocupação no espaço da garagem, demarcada ou dividida, e, às vezes, numerada, sendo portanto uma vaga determinada; b) uma vaga sem delimitação ou sem demarcação, constituindo-se apenas no direito de ocupar o espaço do carro, na garagem, sendo portanto uma vaga indeterminada.

(...)

Entretanto, em face do direito atual (...), a lei possibilitou que o direito à vaga de garagem dos edifícios submetidos ao regime condominial da propriedade horizontal fosse tratado como um direito sobre uma unidade autônoma, e não apenas como um direito acessório.

(...)

Diante do crescente aumento do número de automóveis e da sua integração da vida das pessoas de uma comunidade, as posturas urbanas de muitas administrações municipais passaram a tornar obrigatória a existência de garagens em todos os edifícios a serem construídos ou que tenham passado por grandes remodelações, variando a percentagem de espaço destinada à acomodação de veículos, conforme a finalidade de cada edifício.

(...)

Essas vagas podem (...) constituir uma unidade autônoma sobre a qual venha a incidir o direito de propriedade do co-proprietário ou condômino no edifício de apartamentos ou em propriedade horizontal. (SILVA FILHO, Elvino. **As vagas de garagem nos edifícios de apartamentos**. São Paulo: RT, 1977, pp. 12-24)

Outra prova cabal de que a vaga de garagem, quando for individualizada e de uso exclusivo do proprietário da unidade residencial respectiva, não configura área comum é o fato de que esta Corte reconhece a possibilidade do seu registro autônomo em cartório e admite até mesmo sua penhora. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

Processual Civil. Agravo regimental em agravo de instrumento. Art. 544 e 545 do CPC. Recurso especial. Tributário. Execução fiscal. Sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Dissolução irregular. Redirecionamento da execução para sócio-gerente. Possibilidade. Súmula n. 7-STJ. Penhora. Vaga de garagem em imóvel residencial. Penhorabilidade.

(...)

4. As vagas de garagem de apartamento residencial, individualizadas como unidades autônomas, com registros individuais e matrículas próprias, podem ser penhoradas, não se enquadrando na hipótese prevista no art. 1º da Lei n. 8.009/1990. Precedentes do STJ: REsp n. 1.057.511-SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 23.6.2009, DJe 4.8.2009; AgRg no Ag n. 1.058.070-RS, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 16.12.2008, DJe 2.2.2009; REsp n. 869.497-RS, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 18.9.2007, DJ 18.10.2007 p. 294; REsp n. 400.371-SP, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, DJ de 22.11.2002; REsp n. 182.451-SP, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ de 14.12.1998; REsp n. 205.898-SP, Rel. Min. Félix Fischer, DJ de 1º.7.1999.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag n. 1.229.438-RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 23.3.2010, DJe 20.4.2010)

Agravo regimental no agravo de instrumento. Locação. Vaga de estacionamento com matrícula própria. Penhora de bem imóvel. Possibilidade.

1. É possível a penhora de vaga autônoma de garagem, com registro e matrícula próprios, mesmo quando relacionada a bem de família. Precedentes.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no Ag n. 1.152.760-RS, Rel. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE), Sexta Turma, julgado em 5.11.2009, DJe 8.3.2010)

Recurso especial. Direito Civil e Direito Processual Civil. Penhora de bem imóvel. Vaga de estacionamento com matrícula própria. Súmula STJ/83. Aplicabilidade. Agravo desprovido.

1. Possível a penhora de vaga autônoma de garagem, com registro e matrícula próprios, mesmo quando relacionada a bem de família.

2. Precedentes específicos desta Corte.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 931.424-SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 24.5.2011, DJe 3.6.2011)

Agravo regimental. Bem de família. Vaga autônoma de garagem. Penhorabilidade.

1. Está consolidado nesta Corte o entendimento de que a vaga de garagem, desde que com matrícula e registro próprios, pode ser objeto de construção, não se lhe aplicando a impenhorabilidade da Lei n. 8.009/1990.

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag n. 1.058.070-RS, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 16.12.2008, DJe 2.2.2009)

Aliás, mesmo quando a vaga de garagem é apenas um direito acessório, porque não registrada em cartório como unidade autônoma, ela também será de uso privativo do seu proprietário se for individualizada, e nesse caso pode até ser objeto de cessão, como já decidiu a Terceira Turma deste Superior Tribunal:

Direito Civil. Vaga de garagem. Cessão para condômino.

Possibilidade. Direito real sobre bens imóveis. Transcrição no registro de imóveis. Necessidade. Princípio da prioridade. Prevalência do primeiro registro.

- Como direito acessório, a vaga de garagem adere à unidade, sendo, contudo, desta destacável para efeito de sua cessão a outro condômino.

(...)

Recurso especial conhecido e provido.

(REsp n. 954.861-RJ, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 6.11.2008, DJe 26.11.2008)

Pois bem. No caso em questão, a vaga de garagem dos recorridos pertence-lhes exclusivamente, pois tem menção expressa no contrato, numeração própria e delimitação específica no terreno. Sendo assim, as instâncias ordinárias se equivocaram ao considerá-la como bem de uso comum.

No entanto, isso não é suficiente para que se dê provimento ao recurso da recorrente, uma vez que o Juízo de primeiro grau, analisando o conjunto fático-probatório dos autos, destacou que *os recorridos não foram devidamente informados de que a área privativa total do imóvel correspondia à soma das áreas da unidade habitacional e da vaga de garagem*. Confira-se, a propósito, o seguinte excerto da sentença (e-STJ fl. 328):

(...) no instrumento particular de promessa de compra e venda celebrado entre as partes o imóvel foi identificado nos seguintes termos: “apartamento de número 113, do *Residencial Renato de Sá Jr.*, 3 quartos sendo 1 reversível, banh. social, cozinha, área de serviço, banh. serviço, varanda, com área privativa de 87,80 m², área comum de 32,96m² e área de total de 120,76m² com vaga de garagem número 18”, conforme cláusula 1.6 de fl. 16.

É indubitoso que esse ajuste criou uma expectativa legítima nos Litisconsortes Passivos no sentido de que estavam adquirindo um apartamento com área privativa de 87,80m².

Ocorre que, essa legítima expectativa foi lesada pela Ré, na medida em que o Dr. Perito Oficial, após realizar vistoria no imóvel, afirmou que:

de acordo com a medição interna da unidade, a área real privativa é de 70,86m², ao passo que a área privativa discriminada no instrumento particular de compra e venda especifica uma área de 87,80m², representando, assim, uma diferença de 16,94m² ou mesmo, de 19,29% a menor sobre a área especificada no contrato.

Decidiu acertadamente o Juízo sentenciante: ***a redação da referida cláusula contratual cria a expectativa, em qualquer pessoa que a lê, de que a área privativa prometida ao comprador se refere unicamente à área do apartamento, isto é, da unidade habitacional, e não da soma desta com a área da vaga de garagem.***

Aliás, essa parece ser claramente a praxe no mercado imobiliário. Com efeito, quando as construtoras e incorporadoras de imóveis oferecem seus apartamentos para venda aos consumidores em geral, a área do imóvel mencionada nos panfletos, encartes e demais instrumentos publicitários é sempre a área do apartamento em si, e não a soma de tal área com a da(s) vaga(s) de garagem, ainda que se saiba que esta(s) é(são) privativa(s) e caracterizada(s) como unidade(s) autônoma(s).

Em última análise, pode-se até cogitar a possibilidade de uma determinada construtora ou incorporadora veicular anúncio publicitário informando como área total do imóvel à venda a soma das áreas do apartamento e da(s) vaga(s) de garagem. Isso pode ocorrer, por exemplo, em situações em que o imóvel possui várias vagas, o que as torna um atrativo específico para o negócio. Mas nesses casos será sempre absolutamente imprescindível que a publicidade seja clara e inequívoca, de modo que os consumidores destinatários não tenham nenhuma dúvida quanto ao fato de que o apartamento, em si, possui área menor do que aquela área total anunciada. Trata-se de aplicação pura e simples do princípio da informação ou transparência, de especial importância no âmbito das relações consumeristas. Nesse sentido:

Processo Civil e Consumidor. Recurso especial. Portarias, regulamentos e decretos. Controle. Não cabimento. Curso superior não. Reconhecido pelo MEC. Circunstância não informada aos alunos. Impossibilidade de exercer a profissão. Responsabilidade objetiva da instituição de ensino. Dano moral. Valor. Revisão pelo STJ. Montante exorbitante ou irrisório. Cabimento.

(...)

3. O art. 6º, III, do CDC institui o dever de informação e consagra o princípio da transparência, que alcança o negócio em sua essência, porquanto a informação repassada ao consumidor integra o próprio conteúdo do contrato.

Trata-se de dever intrínseco ao negócio e que deve estar presente não apenas na formação do contrato, mas também durante toda a sua execução.

4. O direito à informação visa a assegurar ao consumidor uma escolha consciente, permitindo que suas expectativas em relação ao produto ou serviço sejam de fato atingidas, manifestando o que vem sendo denominado de consentimento informado ou vontade qualificada.

(...)

8. Recurso especial não provido.

(REsp n. 1.121.275-SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 27.3.2012, DJe 17.4.2012)

No mesmo sentido, merece transcrição o seguinte ensinamento doutrinário de Cláudia Lima Marques:

Transparência significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo.

(...)

Como nem todos os contatos entre o consumidor e o fornecedor levam ao estabelecimento de relações contratuais, a transparência deve ser uma nova e necessária característica de toda manifestação pré-contratual do fornecedor no mercado, desde a sua publicidade, vitrines, o seu *marketing* em geral, suas práticas comerciais, aos contratos ou às condições gerais contratuais que pré-redige, às informações que seus prepostos e representantes prestam etc., o que bem demonstra a abrangência do novo mandamento.

O princípio da transparência rege o momento pré-contratual, rege a eventual conclusão do contrato. É mais do que um simples elemento formal, afeta a essência do negócio, pois a informação repassada ou requerida integra o conteúdo do contrato ou, se falha, representa a falha na qualidade do produto ou serviço oferecido. Tal princípio concretiza a ideia de reequilíbrio de forças nas relações de consumo, em especial na conclusão de contratos de consumo,

imposto pelo CDC como forma de alcançar a almejada justiça contratual. (MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 6ª ed. São Paulo: RT, 2011, pp. 745-751)

Portanto, não há como acolher a argumentação da recorrente de que a área total do imóvel vendido, quando informada aos consumidores recorridos na fase pré-negocial, se referia à soma das áreas do apartamento e da vaga de garagem. Em primeiro lugar, porque o contrato firmado não menciona tal fato de forma clara e inequívoca, o que, como bem destacou o Juízo de primeiro grau, configura evidente violação do princípio da transparência, que preside toda e qualquer relação de consumo. Em segundo lugar, porque essa não é, definitivamente, a praxe do mercado imobiliário brasileiro.

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

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.185.567-RS (2010/0046214-9)

Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti

Relator para o acórdão: Ministro Antonio Carlos Ferreira

Recorrente: Engemold Estruturas Pré Moldadas Ltda

Advogado: Wilson Alexandre des Essarts Barufaldi e outro(s)

Recorrido: Coopersinos Cooperativa Vale dos Sinos de Produção de Calçados Ltda - Massa Falida

Advogado: Ernesto Walter Flocke Hack - Administrador Judicial

Recorrido: A F Industrial Comercial Importação e Exportação Ltda

Advogado: Rui Carlos de Freitas Guerreiro e outro(s)

Interessado: Coopersinos Cooperativa Vale dos Sinos de Produção de Calçados Ltda

EMENTA

Direito Falimentar e recuperação judicial. Recurso especial. Créditos relativos a negócios jurídicos formalizados após o momento em que deferido o processamento da recuperação (LF, art. 52).

Natureza extraconcursal (LF, art. 67, *caput* e 84, V). Princípio da preservação da empresa (LF, art. 47). Prevalência. Recurso improvido.

1. Inexiste afronta ao art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido analisou todas as questões pertinentes para a solução da lide, pronunciando-se, de forma clara e suficiente, sobre a controvérsia estabelecida nos autos.

2. A expressão “durante a recuperação judicial”, gravada nos arts. 67, *caput*, e 84, V, da Lei de Falências e de Recuperação de Empresas, abrange o período compreendido entre a data em que se defere o processamento da recuperação judicial e a decretação da falência, interpretação que melhor harmoniza a norma legal com as demais disposições da lei de regência e, em especial, o princípio da preservação da empresa (LF, art. 47).

3. Recurso especial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Ministro Antonio Carlos Ferreira, negando provimento ao recurso especial, divergindo da Relatora, e os votos dos Ministros Marco Buzzi, Luis Felipe Salomão e Raul Araújo, com ressalvas, no sentido da divergência, a Quarta Turma, por maioria, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto divergente do Ministro Antonio Carlos Ferreira, que lavrará o acórdão. Vencida a Relatora, que dava provimento ao recurso especial e, em parte, o Ministro Raul Araújo que estabelecia o marco temporal para a classificação do crédito. Votaram com o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira os Srs. Ministros Marco Buzzi, Luis Felipe Salomão e Raul Araújo (Presidente).

Brasília (DF), 5 de junho de 2014 (data do julgamento).

Ministro Antonio Carlos Ferreira, Relator

DJe 10.10.2014

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Engemold Estruturas Pré-Moldadas LTDA interpõe recurso especial em face de acórdão com a seguinte ementa:

Recuperação de empresa. Privilégio estatuído pela Lei n. 11.101/2005, art. 67. Proteção legal em prol da recuperação judicial favorecendo credores que negociam com a empresa após o processamento do benefício.

Os créditos de fornecedores que realizam operações comerciais com a empresa em recuperação – classificados como extraconcursais – preferem aos demais, inclusive aos de natureza trabalhista. O benefício deve alcançar os débitos contraídos pela empresa após o processamento do pedido de recuperação judicial, sob pena de inviabilizar a proteção legal, pois este o momento em que a situação de crise da empresa vem ao conhecimento público.

Agravo de instrumento não provido. (e-STJ fl. 1.769)

Embargos de declaração opostos, onde se pretende o prequestionamento dos arts. 6º, 45, 47, 50, § 1º, 51, 52, I, II, III, IV, V, 55, 56, 57, 58, §1º, I, II, III, 59, § 2º, 61, 63 e 66, todos da Lei n. 11.101/2005 e 5º, XXII, XXXV, XXXVI, LIV, LV, 170, II, III e IV, da Constituição Federal, além de omissão quanto aos seguintes pontos:

- “se existe recuperação judicial sem que a decisão judicial prevista no artigo 58 da Lei n. 11.101/2005 seja proferida e se a concordância dos credores, nos termos legais, é pressuposto para a existência da recuperação. Caso positivo, relevante esclarecer como podem estes sofrer restrições unilaterais aos seus direitos de propriedade, se a vontade destes é pressuposto para o nascimento da recuperação judicial” (e-STJ fl. 1.787);

- “se, e com base em que disposição legal, é legal e constitucional atingir direito material de terceiros, no caso os credores da devedora requerente, sem que estes tenham qualquer possibilidade de proteger os seus direitos.” (e-STJ fl. 1.787);

- a natureza do instituto da recuperação judicial; e
- a distinção entre as fases procedimentais.

Os embargos de declaração foram rejeitados.

Narra a recorrente, dizendo-se empresa familiar, que foi contratada pela recorrida para construir a sua sede, um grande pavilhão, ao custo de aproximados R\$ 1.500.000,00, tendo para tanto consumido todas as suas reservas para financiar a obra. O terreno e a própria construção foram dados, em 29.6.2004, em hipoteca em favor da recorrente. Esta, todavia, ao invés de pagar o preço, ingressou com pedido de recuperação judicial, indicando que o crédito da recorrente, com garantia real, era de R\$ 895.303,87, em 12.7.2005.

O processamento da recuperação foi deferido em 29.7.2005 e o plano de recuperação apresentado foi rejeitado pelos credores em assembléia realizada em 24.5.2006, tendo a falência sido decretada em 1º.6.2006.

A despeito do indeferimento do pedido de recuperação, o Administrador Judicial apresentou quadro-geral de credores em que arrolados como extraconcursais todos os valores relacionados aos negócios que teriam sido realizados entre a data do despacho que determinou o processamento do pedido e a data da decisão que decretou a falência.

A recorrente aponta ofensa aos arts. 535, I e II, do Código de Processo Civil, face à ausência de manifestação no acórdão recorrido acerca dos dispositivos tidos como ofendidos, 6º, 45, 47, 50, *caput*, § 1º, 51, 52, I, II, III, IV, V, §§ 1º, 2º, 3º e 4º, 55, 56 57, 58, § 1º, I, II, III, 59, § 2º, 61, 66, 67 e 84, V, e 180, da Lei n. 11.101/2005, associada a divergência jurisprudencial.

Alega, caso a Turma entenda que não há necessidade de se suprimir as omissões apontadas e que os artigos de lei tidos como violados foram prequestionados, que:

- a expressão “durante a recuperação judicial” contida no *caput* do artigo 67 e no art. 84, V, da Lei n. 11.101/95, refere-se ao período posterior à decisão que efetivamente concede a recuperação, assim prevista no art. 58 da citada lei, de tal sorte que os créditos constituídos antes da concessão da recuperação judicial não são extraconcursais e devem concorrer com os demais créditos.

Sustenta, ainda, que:

- “o acórdão ignora que os efeitos pertinentes ao despacho (artigo 52) e à decisão (artigo 58) estão previstos expressamente na lei, - e isto é relevante - e só podem ser alterados por meio do processo legislativo. A inovação, rotulada de “interpretação sistemática”, nega vigência a ambos os artigos, porque extrapola completamente os seus conteúdos.” (e- STJ fl. 1.821); e

- o despacho que determina o prosseguimento do pedido é meramente administrativo, nada julga, não está sequer sujeito a recurso; assim conferir a ele efeito exclusivo de decisão judicial que concede recuperação judicial, em nome do princípio da preservação da empresa, mesmo quando patente a inviabilidade da permanência do devedor no sistema sócio-econômico, importa em grave violência ao próprio instituto e, de modo frontal, aos artigos 52 e 58 da Lei n. 11.101/2005.

A recorrida, massa falida de Coopersinos - Cooperativa do Vale dos Sinos de Produção de Calçados LTDA, não apresentou contrarrazões, conforme certidão à e-stj fl. 1.942.

A interessada A/F Industrial, Comercial, Importação e Exportação LTDA apresentou impugnação ao recurso alegando que o provimento jurisdicional que determina o processamento da recuperação judicial não é “meramente administrativo” (e-stj fl. 1.939), estando correta a classificação dos créditos que considerou extraconcursais aqueles constituídos a partir do processamento da recuperação judicial e não somente após a sua concessão.

Parecer do Ministério Público pelo conhecimento parcial e desprovemento do recurso especial.

Deferi liminarmente o pedido formulado nos autos da Medida Cautelar n. 16.612-RS para atribuir efeitos suspensivo ao recurso especial.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti (Relatora): Trata-se de recurso especial interposto por *Engemold Estruturas Pré-Moldadas Ltda* em face do acórdão que negou provimento ao agravo de instrumento por ela interposto, mantendo a decisão do juízo falimentar da Comarca de Novo Hamburgo, que rejeitara a Impugnação de Créditos formulada em face da *Massa Falida de Coopersinos - Cooperativa Vale dos Sinos de Produção de Calçados Ltda*.

Discute-se, no presente recurso, se o benefício instituído no art. 67 da Lei n. 11.101/2005 alcança apenas os débitos contraídos durante o cumprimento da recuperação judicial concedida (art. 58), ou se também abarca as transações havidas pela empresa autora após o deferimento do processamento do pedido de recuperação (art. 52).

Primeiramente, em relação à suposta violação ao art. 535, II, do CPC, não assiste razão à recorrente, pois não verifico, no caso dos autos, omissão ou ausência de fundamentação na apreciação das questões suscitadas.

Com efeito, não está o órgão julgador obrigado a se pronunciar sobre todos os argumentos apontados pelas partes, a fim de expressar o seu convencimento.

O pronunciamento acerca dos fatos controvertidos, a que está o magistrado obrigado, encontra-se objetivamente fixado nas razões do acórdão recorrido.

A matéria principal a embasar os embargos de declaração foi tratada em ambos os acórdãos, ainda que de forma contrária ao interesse da empresa recorrente.

Passo ao mérito, uma vez que prequestionada a questão federal e devidamente demonstrado o dissídio alegado no recurso especial.

A Nova Lei de Falências visa a alcançar equilíbrio entre os objetivos dos empresários ou da sociedade empresarial e de seus credores, buscando preservar a função social da empresa.

Entre os mecanismos por ela utilizados para alcançar tal fim, a recuperação judicial é primordial para salvaguardar a empresa passível de recuperação, com o saneamento da crise que a envolve, permitindo o prosseguimento da atividade empresarial, com a manutenção do emprego dos trabalhadores, satisfação dos credores, atendendo aos anseios da sociedade de um modo geral.

Extrai-se do art. 47 da Lei 11.101/95 que “a recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.”

O processo de recuperação judicial se divide em três fases:

- fase postulatória, onde o empresário individual ou a sociedade empresária apresentam seu requerimento ao benefício;

- fase deliberativa, na qual, após a verificação do crédito (arts. 7º a 20 da Lei n. 11.101/95, discute-se e aprova-se um plano de reorganização (art. 53). Tal fase terá início com o despacho que manda processar o pedido de recuperação judicial, concluindo-se com a decisão de concessão do benefício (art. 58); e

- fase de execução, que começa com a decisão concessiva da recuperação judicial e termina com a sentença de encerramento do processo (art. 63).

A teor do artigo 48 da citada Lei, poderá requerer a recuperação judicial:

Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente:

I – não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes;

II – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial;

III – não ter, há menos de 8 (oito) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo;

IV – não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei.

Parágrafo único. A recuperação judicial também poderá ser requerida pelo cônjuge sobrevivente, herdeiros do devedor, inventariante ou sócio remanescente.

Havendo a instrução adequada do pedido de recuperação judicial sido feita, a fase postulatória se encerrará com dois atos judiciais: a petição inicial e o despacho do juiz competente mandando processar a recuperação.

Na forma do disposto no art. 51, a petição inicial será instruída com os seguintes documentos:

I – a exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira;

II – as demonstrações contábeis relativas aos 3 (três) últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável e compostas obrigatoriamente de:

- a) balanço patrimonial;
- b) demonstração de resultados acumulados;
- c) demonstração do resultado desde o último exercício social;
- d) relatório gerencial de fluxo de caixa e de sua projeção;

III – a relação nominal completa dos credores, inclusive aqueles por obrigação de fazer ou de dar, com a indicação do endereço de cada um, a natureza, a classificação e o valor atualizado do crédito, discriminando sua origem, o regime dos respectivos vencimentos e a indicação dos registros contábeis de cada transação pendente;

IV – a relação integral dos empregados, em que constem as respectivas funções, salários, indenizações e outras parcelas a que têm direito, com o correspondente mês de competência, e a discriminação dos valores pendentes de pagamento;

V – certidão de regularidade do devedor no Registro Público de Empresas, o ato constitutivo atualizado e as atas de nomeação dos atuais administradores;

VI – a relação dos bens particulares dos sócios controladores e dos administradores do devedor;

VII – os extratos atualizados das contas bancárias do devedor e de suas eventuais aplicações financeiras de qualquer modalidade, inclusive em fundos de investimento ou em bolsas de valores, emitidos pelas respectivas instituições financeiras;

VIII – certidões dos cartórios de protestos situados na comarca do domicílio ou sede do devedor e naquelas onde possui filial;

IX – a relação, subscrita pelo devedor, de todas as ações judiciais em que este figure como parte, inclusive as de natureza trabalhista, com a estimativa dos respectivos valores demandados.

§ 1º Os documentos de escrituração contábil e demais relatórios auxiliares, na forma e no suporte previstos em lei, permanecerão à disposição do juízo, do administrador judicial e, mediante autorização judicial, de qualquer interessado.

§ 2º Com relação à exigência prevista no inciso II do *caput* deste artigo, as microempresas e empresas de pequeno porte poderão apresentar livros e escrituração contábil simplificados nos termos da legislação específica.

§ 3º O juiz poderá determinar o depósito em cartório dos documentos a que se referem os §§ 1º e 2º deste artigo ou de cópia destes.

Preenchidos os requisitos acima previstos, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial, nos termos do art. 52, *verbis*:

Art. 52. Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato:

I – nomeará o administrador judicial, observado o disposto no art. 21 desta Lei;

II – determinará a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, exceto para contratação com o Poder Público ou para recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, observando o disposto no art. 69 desta Lei;

III – ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o devedor, na forma do art. 6º desta Lei, permanecendo os respectivos autos no juízo onde se processam, ressalvadas as ações previstas nos §§ 1º, 2º e 7º do art. 6º desta Lei e as relativas a créditos excetuados na forma dos §§ 3º e 4º do art. 49 desta Lei;

IV – determinará ao devedor a apresentação de contas demonstrativas mensais enquanto perdurar a recuperação judicial, sob pena de destituição de seus administradores;

V – ordenará a intimação do Ministério Público e a comunicação por carta às Fazendas Públicas Federal e de todos os Estados e Municípios em que o devedor tiver estabelecimento.

§ 1º O juiz ordenará a expedição de edital, para publicação no órgão oficial, que conterà:

I – o resumo do pedido do devedor e da decisão que defere o processamento da recuperação judicial;

II – a relação nominal de credores, em que se discrimine o valor atualizado e a classificação de cada crédito;

III – a advertência acerca dos prazos para habilitação dos créditos, na forma do art. 7º, § 1º, desta Lei, e para que os credores apresentem objeção ao plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor nos termos do art. 55 desta Lei.

§ 2º Deferido o processamento da recuperação judicial, os credores poderão, a qualquer tempo, requerer a convocação de assembléia-geral para a constituição do Comitê de Credores ou substituição de seus membros, observado o disposto no § 2º do art. 36 desta Lei.

§ 3º No caso do inciso III do *caput* deste artigo, caberá ao devedor comunicar a suspensão aos juízos competentes.

§ 4º O devedor não poderá desistir do pedido de recuperação judicial após o deferimento de seu processamento, salvo se obtiver aprovação da desistência na assembléia-geral de credores.

Observa-se, pois, que o pedido de tramitação para ser acolhido deverá observar apenas a legitimidade ativa da parte requerente e a instrução nos termos lei.

Não há, nesse momento, juízo de valor relativo ao postulado deferimento do benefício da recuperação judicial. Somente com a tramitação correta do processo durante a fase deliberativa é que se possibilitará ao juiz analisar a existência dos elementos para a concessão da recuperação judicial.

Fábio Ulhoa, ao discorrer acerca do ato judicial deferitório do processamento da recuperação judicial, chama a atenção para o fato de que “*no momento em que o juiz, à vista da petição inicial do devedor defere o processamento da recuperação judicial não cabe avaliar se a requerente está envolvida em crise de superação viável. A viabilidade da recuperação judicial será objeto de decisão pelos credores em outra oportunidade (na assembléia de credores) e não pelo juiz, ao despachar a petição inicial.*” (Coelho, Fábio Ulhõa, Comentários à Lei de Falência e de recuperação da empresa, 8. ed, São Paulo, Saraiva, p. 231)

A publicação da decisão que defere o processamento do pedido de recuperação marca o início do prazo de sessenta dias que a lei qualificou como improrrogável para a apresentação do plano de recuperação. Eis o teor do art. 53 da Lei n. 11.101:

“Art. 53. O plano de recuperação será apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir

o processamento da recuperação judicial, sob pena de convalidação em falência, e deverá conter:

I – discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados, conforme o art. 50 desta Lei, e seu resumo;

II – demonstração de sua viabilidade econômica; e

III – laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada.

Parágrafo único. O juiz ordenará a publicação de edital contendo aviso aos credores sobre o recebimento do plano de recuperação e fixando o prazo para a manifestação de eventuais objeções, observado o art. 55 desta Lei.

A lei faculta aos credores manifestar objeção ao plano de recuperação (art. 55), hipótese em que o juiz convocará a assembléia geral de credores para deliberar sobre o plano (art. 56). Cumpridas as exigências da lei, o juiz concederá a recuperação judicial ao devedor cujo plano não tenha sofrido objeção ou tenha sido aprovado pela assembléia geral de credores (art. 58). Poderá ainda ser concedida a recuperação se o plano, embora não aprovado nos termos do art. 45, atingir o número de votos favoráveis dos credores, nas classes respectivas, nos termos previstos no § 1º do art. 58.

Segundo o disposto no art. 59, o plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos, sem prejuízo das garantias, observado o disposto no § 1º do art. 50. Este estabelece que “na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante a aprovação expressa do titular da respectiva garantia.”

Ressalte-se, pois, que não há recuperação judicial sem o concurso da vontade dos credores a ela submetidos. A recuperação judicial somente será concedida se houver concordância dos credores, nos termos do disposto no art. 58 da Lei 11.101/95.

Da decisão que concede a recuperação judicial cabe agravo, que pode ser interposto por qualquer credor e pelo Ministério Público (art. 59, § 2º).

A propósito da fase de execução da recuperação, estabelece o art. 61:

“Art. 61. Proferida a decisão prevista no art. 58 desta Lei, o devedor permanecerá em recuperação judicial até que se cumpram todas as obrigações previstas no plano que se vencerem até 2 (dois) anos depois da concessão da recuperação judicial.

§ 1º Durante o período estabelecido no *caput* deste artigo, o descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano acarretará a convalidação da recuperação em falência, nos termos do art. 73 desta Lei.

§ 2º Decretada a falência, os credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas, deduzidos os valores eventualmente pagos e ressalvados os atos validamente praticados no âmbito da recuperação judicial.

Tendo presente o sistema estabelecido nos dispositivos legais acima referidos, cumpre interpretar a regra do art. 67 da mesma Lei n. 11.101/2005, alvo da controvérsia nos presentes autos:

Art. 67. Os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial, inclusive aqueles relativos a despesas com fornecedores de bens ou serviços e contratos de mútuo, serão considerados extraconcursais, em caso de decretação de falência, respeitada, no que couber, a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei.

Parágrafo único. Os créditos quirografários sujeitos à recuperação judicial pertencentes a fornecedores de bens ou serviços que continuarem a provê-los normalmente após o pedido de recuperação judicial terão privilégio geral de recebimento em caso de decretação de falência, no limite do valor dos bens ou serviços fornecidos durante o período da recuperação.

O motivo da regra é óbvio: estimular os fornecedores de bens e serviços a negociar com a empresa em recuperação, a despeito da fragilidade de sua situação financeira, confessada e divulgada publicamente quando do requerimento de recuperação.

Atendo-se apenas à esta consideração (facilitar a obtenção de crédito pela empresa que se confessa em crise ao requerer a recuperação), significativa parte da doutrina entende que a expressão “durante a recuperação judicial” contida no *caput* do dispositivo abrange todos os créditos decorrentes de obrigações posteriores à distribuição do pedido (cf. COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à Lei de Falências e Recuperação de Empresas. 7ª ed. Saraiva, São Paulo, 2010, p. 215; BEZERRA Filho, Manoel Justino. Lei de Recuperação de Empresas e Falência. 5ª ed. RT, São Paulo, 2008, p. 181; PACHECO, José da Silva. Processo de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência. 3ª ed. Forense, Rio de Janeiro, 2009, p. 218; ARAÚJO, José Francelino. Comentários à Lei de Falências e Recuperação de Empresas. Saraiva, São Paulo, 2009, p. 151) ou posteriores ao despacho que defere o processamento do pedido (cf. CORREA-LIMA, Osmar

Brina; LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. Forense, Rio de Janeiro, 2009. P. 454).

Não é esta, todavia, a interpretação que se extrai da literalidade da regra do *caput* do dispositivo, que se confere natureza extraconcursal às obrigações contraídas “*durante a recuperação*” e não “após o pedido” ou “durante o processamento do pedido de recuperação”, pedido este que poderá ser concedido ou não por decisão judicial (art. 58), a depender do cumprimento dos requisitos previstos em lei, notadamente a posterior apresentação de plano de recuperação viável e a concordância dos credores.

Veja-se que o parágrafo único do art. 67, diversamente do *caput*, concede o direito de reclassificação da categoria de quirografário para a de privilégio geral, em caso de falência, aos credores sujeitos à recuperação que continuarem a fornecer bens ou serviços normalmente “*após o pedido de recuperação*”, no limite do valor dos bens e serviços fornecidos durante o período da recuperação.

O privilégio geral em caso de falência, se, por um lado, serve de algum estímulo à continuidade de fornecimento de bens e serviços após o protocolo do pedido de recuperação, por outro, não compromete os direitos dos credores anteriores ao pedido titulares de créditos trabalhistas até 150 salários-mínimos, acidentes de trabalho; créditos com garantia real; créditos tributários e créditos com privilégio especial, antes que tenham a possibilidade conhecer o plano de recuperação e a ele fazer objeções.

O sistema legal visa a ensejar a recuperação de empresas viáveis em benefício de toda a cadeia produtiva: a empresa devedora, seus trabalhadores e credores, com proveito para a economia nacional.

A decisão de deferimento do pedido de processamento da recuperação (art. 52), proferida à vista apenas da legitimidade ativa do requerente e da correta instrução da inicial, sem juízo algum respeito da viabilidade de superação da crise da empresa, tem a consequência expressa em lei de suspender por 180 dias as ações ou execuções contra o devedor.

Fábio Ulhoa alerta que se há de ter cautela ao tratar do tema, pois, conforme exemplificado por ele, “*a mera distribuição do pedido de recuperação judicial produz o efeito de sustar a tramitação dos pedidos de falência aforados contra a devedora requerente. Verifica-se a suspensão destes, se a petição inicial de recuperação estiver instruída na forma da lei. Para mim, esse efeito do simples protocolamento do pedido de recuperação judicial é altamente criticável, por propiciar o uso indevido do instituto. Graças à sistemática engendrada pelo legislador, qualquer devedor, mesmo*

que não tenha ainda obtido o benefício da recuperação, consegue obstruir a regular tramitação dos pedidos de falência ajuizados por seus credores. Quando a intenção é unicamente retardar o cumprimento das obrigações passivas, a previsão legal da suspensão do pedido de falência pelo simples ajuizamento da recuperação judicial presta-se à concretização da fraude” (apud, fl. 225).

Não é demais lembrar que a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é remansosa no sentido de que o prazo de 180 dias, previsto no artigo 6º, § 4º, da Lei n. 11.101/2005, no qual ficam suspensas as execuções individuais, embora dito improrrogável pela referida norma, foi mitigado na hipótese de não ficar comprovado que a demora na aprovação do plano de recuperação judicial se deu por culpa do devedor (entre vários: REsp n. 1.193.480-SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 5.10.2010, DJe 18.10.2010).

Dessa forma, atribuir à mera distribuição de pedido de recuperação, ou ao sumário ato judicial que defere o seu processamento, proferido sem análise alguma sobre a viabilidade da recuperação postulada, e sem a prévia manifestação dos credores interessados, a consequência de reabrir a capacidade de endividamento da empresa, por período indefinido, para contrair obrigações extraconcursais de montante ilimitado, sem a concordância de seus credores anteriores, pode, em tese, ensejar o completo esvaziamento do patrimônio da empresa, a ponto de tornar irreversível a satisfação dos direitos dos credores anteriores ao pedido, inclusive os trabalhistas e os titulares de garantia real, o que não se coaduna com os demais dispositivos da lei.

Note-se que a lei determina a suspensão das ações e execuções contra o devedor a partir do deferimento do processamento do pedido de recuperação (art. 6º), ato judicial este praticado sem a audiência dos credores, em face de requerimento unilateral do devedor. Tal providência dá fôlego à empresa para organizar o plano de recuperação a ser apresentado no “prazo improrrogável de sessenta dias” (art. 53), mas, por outro lado, não causa, em princípio, prejuízo irreparável e definitivo aos credores, porque o curso da prescrição é suspenso e as garantias respectivas são preservadas. A suspensão, portanto, apenas retarda o adimplemento da obrigação; em nada altera o valor do crédito e nem suas garantias.

Com efeito, a lei determina expressamente que a supressão de garantia real, mesmo no caso de obrigações novadas quando da aprovação do plano de recuperação, somente pode ocorrer mediante aprovação expressa de seu titular (art. 50, § 1º e art. 59).

Incoerente com o sistema legal seria dele inferir que o mero deferimento de processamento do pedido de recuperação autorizasse o devedor a contrair novas dívidas, comprometendo pela segunda vez o patrimônio da empresa, a serem pagas com preferência sobre todas as obrigações anteriores, por mais privilegiadas que fossem, como os credores trabalhistas, titulares de garantia real e tributários; tudo isso sem a manifestação dos credores anteriores ao pedido, cujas garantias e privilégios seriam comprometidos.

Temerário seria, portanto, alargar as consequências do ato judicial que defere o processamento do pedido de recuperação judicial, para abarcar todas as dívidas a partir de então contraídas como sendo extraconcursais, sob pena de prejudicar os credores já existentes, uma vez que a sociedade devedora, postulante da recuperação, ao menos em tese, poderia comprometer novamente todo seu patrimônio na assunção de novas dívidas sem que os credores anteriores ao deferimento do processamento da recuperação concordassem com a gestão social posterior ao requerimento de recuperação, haja vista que o respectivo plano só será apresentado e objeto de deliberação pela assembléia dos credores futuramente, como ditam os artigos 53, 56, § 2º, e 58, § 1º, da citada Lei.

A doutrina já advertiu sobre o indigitado risco ao asseverar que, *verbis*:

Se tal estímulo é fundamento para o êxito da recuperação, por outro lado, é preciso cuidar para que não se torne veículo para fraudes ou abusos por parte do devedor que, por meio da assunção de novas obrigações, pode modificar a ordem de preferência dos créditos. Veja-se que os créditos extraconcursais precedem a todos os demais créditos, inclusive os trabalhistas e os com garantia real (art. 84), o que torna imprescindível a rigorosa fiscalização dos atos assim praticados pelo devedor, especialmente por parte do administrador judicial e do comitê de credores, órgão a quem incumbe esse papel (SOUZA Júnior, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências. RT. 2005, São Paulo, p. 311)

De fato, até mesmo os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 salários mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho, e também os com garantia real, perdem essa prerrogativa para os créditos extraconcursais, caso sobrevenha a falência da sociedade, como dizem os artigos 83 e 84, da Lei n. 11.101/2005.

Matéria publicada no jornal “O Estado de São Paulo” em 14.10.2013 (<http://www.estadao.com.br/noticia/impreso,so-1-das-empresas-sai-da-recuperacao-judicial-no-brasil,1085558,0.htm>) e em outros canais de notícias

(<http://www.conjur.com.br/2013-out-14/apenas-empresas-sair-recuperacao-judicial-brasil>);(<http://exame.abril.com.br/revista-exame/edicoes/1056/noticias/a-intencao-era-boa>);(<http://direito.folha.uol.com.br/1/post/2013/10/recuperao-judicial-demanda-boa-vontade.html>) dá conta de que, no período de fevereiro de 2005 a outubro de 2013, “cerca de 4.000 companhias pediram recuperação judicial, mas só 45 voltaram a operar como empresas regulares. No decorrer desses oito anos e meio, só 23% delas tiveram seus planos de recuperação aprovados pelos credores, 398 faliram e a maioria dos processos se arrasta no Judiciário sem definição final.” Esclarece a matéria que os dados são de um levantamento da consultoria Corporate Consulting e do escritório de advocacia Moraes Salles feito a pedido do Jornal e a pesquisa não considera empresas que estavam em concordata e migraram para a recuperação judicial quando a lei foi criada.

Como se vê, o mero deferimento do processamento do pedido recuperação, prolatado sem qualquer juízo acerca da viabilidade da empresa, inicia procedimento - o qual, por força da jurisprudência do STJ mitigadora do prazo do art. 6º, § 4, passou a ser de duração indefinida - cujas consequências podem ser irreversíveis para os trabalhadores e empresas credoras, atraindo a elas também o estado de crise, se se estabelecer a possibilidade de formação, por ato do devedor, de quantidade ilimitada de novos créditos extraconcursais.

Se o intuito da lei é procurar sanear a empresa em dificuldade financeira sem, contudo, deixar de lado os interesses dos credores e, principalmente, a proteção do mercado nacional, a participação dos agentes da recuperação judicial (devedor, credores e o Estado-Juiz, por meio do administrador judicial) é indispensável para esse desiderato.

Em artigo publicado na Revista do Advogado, da Associação dos Advogados de São Paulo, a questão foi resolvida nesse sentido pelo professor Paulo Fernando Campos Salles de Toledo. Leia-se o excerto (ano XXV, Setembro de 2005, n. 83, p. 119):

4.1. Atenção especial, ainda que neste curto trabalho, merece o inciso V [do artigo 83, da Lei n. 11.101/2005], que trata da classificação como extraconcursal, de atos de endividamento praticados durante a recuperação judicial. Ou seja, o legislador procurou incentivar aqueles que se disponham a vender a prazo ou conceder crédito a empresas em recuperação judicial, concedendo-lhes, em caso de quebra, uma classificação especial e, em consequência, uma maior possibilidade de recebimento. Necessária a transcrição do artigo 67 da Lei, que cria essa categoria de credor, para exame de questões decorrentes de sua redação:

Artigo 67 - Os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedora durante a recuperação judicial, inclusive aqueles relativos a despesas com fornecedores de bens ou serviços e contratos de mútuos, serão considerados extraconcursais, em caso de decretação de falência, respeitada, no que couber, a ordem estabelecida no artigo 83 desta Lei.

Parágrafo único - Os créditos quirografários sujeitos à recuperação pertencentes a fornecedores de bens ou serviços que continuarem a provê-los normalmente após o pedido de recuperação judicial terão privilégio geral de recebimento em caso de decretação de falência, no limite dos bens ou serviços fornecidos durante o período da recuperação.

4.1.1 As questões que suscitamos são as seguintes: a) *o que se deve entender por durante o período de recuperação?* e b) *a alteração da classificação do crédito anterior (de quirografário para crédito com privilégio especial) não se aplica aos contratos de mútuos pois a eles não faz referência o parágrafo único? Com relação à primeira questão, quer nos parecer que esse período deve ser aquele de 2 (dois) anos previsto no artigo 61, durante os quais, para que se cumpram as obrigações previstas no Plano de Recuperação, a empresa devedora permanecerá sob fiscalização judicial. Outra interpretação que se poderá ter, e talvez a mais sensata, é que para que seja válida essa classificação essas operações devam estar previstas no Plano de Recuperação, ou, pelo menos, autorização para determinadas espécies de operação [por exemplo, fixando-se prazo - compras a prazo até 90 (noventa) dias, contratos de mútuo com garantia de duplicatas de até 180 (cento e oitenta) dias]. Parece-nos que seria conveniente e transparente para os demais credores saber quais os créditos que teriam essa classificação mais benéfica em caso de falência, e, ainda, dariam segurança a esses credores.*

Assim, sem que os credores que já o eram à época do pedido de recuperação judicial concordem, mediante a aprovação do plano de recuperação, com a assunção de novos créditos que serão considerados extraconcursais, haja vista que seriam os primeiros e diretamente prejudicados pela eventual convolação da recuperação em falência, os pilares da nova Lei seriam enfraquecidos e, ao invés de proteger os atores envolvidos no cenário econômico (credores, trabalhadores, devedor, consumidores) e o próprio mercado nacional, findaria por prejudicá-los.

Desse modo, somente após o cumprimento das exigências legais e desde que plano de recuperação judicial não tenha sofrido objeções nos termos do artigo 55, da Lei n. 11.101/2005, ou que tenha sido aprovado pela assembleia-geral de credores (ou, ainda, se não aprovado, tiver suprida a aprovação por decisão judicial) é que se concederá a recuperação judicial.

Concedida a recuperação judicial pela decisão a que se refere o art. 58 dá-se o início da execução do plano aprovado pelos credores, cumprindo-se as obrigações ali ajustadas e sempre sob os olhos atentos dos credores e do administrador judicial, que poderão requerer a falência do credor na hipótese de seu descumprimento (artigo 22, II, **b**, 61, § 1º, 62 e 73, IV, da Lei n. 11.101/2005).

Apenas nessa fase é que existe a recuperação judicial em sentido material, quando os atos tendentes a superar a situação de crise são efetivamente praticados.

Conforme já decidiu a 2ª Seção “a recuperação judicial tem como finalidade precípua o soerguimento da empresa mediante o cumprimento do plano de recuperação, salvaguardando a atividade econômica e os empregos que ela gera, além de garantir, em última *ratio*, a satisfação dos credores (AgRg no CC n. 86.594-SP, Rel. Ministro *Fernando Gonçalves*, *Segunda Seção*, julgado em 25.6.2008, DJe 1º.7.2008)

Em síntese: a recuperação judicial faz-se mediante união de esforços de empresa devedora e credores. Somente com a integração da vontade dos credores existentes quando do pedido de recuperação, a qual se manifesta por meio da aprovação do plano de recuperação, podem ser parcialmente sacrificados os direitos dos credores, com a mitigação de suas garantias, ensejando novação precária, resolúvel em caso de decretação de falência.

Sem o concurso da vontade dos credores não se pode falar em recuperação judicial, mas em mera vontade unilateral do devedor, sem aptidão para prejudicar direitos regularmente constituídos.

A tentativa de preservação da empresa a qualquer custo não é valor absoluto em uma economia de mercado e nem como tal foi erigida pela Lei n. 11.101/2005. Ela somente se justifica se viável a superação da crise, a fim de preservar a função social da empresa, seus empregos, e estimular a atividade econômica. Em determinadas situações, a serem avaliadas pela assembléia de credores, a falência prontamente decretada melhor assegura o restabelecimento do sistema econômico e social, com o pagamento dos credores, observada a ordem legal, evitando-se a dilapidação do que resta do patrimônio de empresa inviável.

Assim, antes da aprovação do plano pelos credores e da decisão judicial concessiva da recuperação, não há a formação dos créditos extraconcursais a que alude o art. 67, *caput*, da Lei n. 11.101/2005.

Em face do exposto, dou provimento ao recurso especial para afastar a classificação como extraconcursais dos créditos relativos a obrigações contraídas no período entre o pedido de recuperação e a decretação da falência.

É como voto.

RATIFICAÇÃO DE VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Sr. Presidente, o argumento nuclear da doutrina favorável à classificação como extraconcursal das dívidas contraídas após o pedido de processamento da recuperação (antes da concessão da recuperação) é o de que, com o pedido de processamento da recuperação judicial, torna-se crítica e pública a situação da empresa e, por isso, ela não conseguiria mais recursos, salvo se os novos credores forem tidos como extraconcursais.

Em um primeiro momento, esse argumento impressiona, mas devo observar que, normalmente, a situação de crise da empresa já se evidencia em razão de protestos, registros de inadimplência. Assim, independentemente do pedido de recuperação, já tem o mercado a noção das empresas que estão em dificuldade.

Penso, também, com a máxima vênia, que não me baseio em interpretação meramente literal do dispositivo, que admite várias interpretações, como bem posto pelo Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira.

Ao Lei de Recuperação tem o escopo de preservação da empresa, sem dúvida alguma, mas não é o único e nem diria que, necessariamente, seja o principal objetivo da lei. É a preservação da empresa sob a ótica daquele que pede a recuperação, mas penso que o escopo principal é a preservação de um mercado saudável; diminuição de taxas de juros e, para tanto, a manutenção, no mercado, de empresas que têm alguma viabilidade de recuperação.

O pedido de recuperação judicial, quando é protocolado, depende para seu processamento só da legitimidade ativa da empresa e da juntada dos documentos que a lei discrimina. O juiz não pode exercer o menor juízo de verossimilhança da situação da empresa. O juiz tem que deferir o processamento se a empresa juntar os documentos, mesmo que seja uma empresa notoriamente inviável. O juiz não tem margem para indeferir o processamento se forem juntados os documentos necessários.

Quanto aos documentos necessários, registro - e aí vem a minha preocupação com a jurisprudência do STJ, sistematicamente considerada,

sobre a recuperação judicial - que a jurisprudência do STJ já mitigou um documento, que a meu ver é importantíssimo, *data maxima venia*. Com o objetivo de preservar ao máximo a possibilidade de recuperação da empresa, a jurisprudência do STJ não exige documento que a lei diz que é imprescindível, as certidões negativas fiscais. Há também dispositivo na lei que estabelece que as execuções fiscais não ficam sobrestadas, mas a jurisprudência do STJ, na prática, também, *data maxima venia*, mitiga o texto desse artigo, porque entende que o fato de não ficar sobrestada a execução fiscal não significa que ela possa ter andamento, porque não se admite constrição de bens e tudo fica sob o controle do juízo da recuperação. Na prática, não é necessário, portanto, juntar sequer os documentos enumerados na lei como necessários para o processamento do pedido, porque a parte fiscal não é mais exigida pela jurisprudência.

A lei também estabelece que, durante o prazo improrrogável de 180 dias, que não pode ser prorrogado por motivo algum, ficarão suspensas as ações de execução contra a empresa que pediu a recuperação. Mas a jurisprudência do STJ consolidou-se no sentido de que, desde que não seja por culpa exclusiva da empresa, esse prazo pode ser flexibilizado indefinidamente, sem nenhum parâmetro da jurisprudência sobre qual seja o número de meses ou anos em que a empresa fica nessa fase de processamento do pedido, sem a concessão ou negativa do benefício. Em muitos casos não é sequer apresentado o plano e, em outros casos, é apresentado o plano, mas há objeção dos credores, que termina por se revelar intransponível.

Durante esse prazo de 180 dias - que seria, em tese, improrrogável - a lei protege o credor de alguma maneira, porque dispõe que o credor detentor de garantia real não pode ser privado dessa garantia, salvo se ele concordar expressamente.

Depois que for aprovado o plano pela unanimidade da assembléia de credores, ou por suprimento judicial, em alguns casos, em que não há unanimidade, mas a maior parte dos membros de cada classe de credores consente, diz a lei que há uma novação precária, porque a despeito dessa novação, se houver falência, os credores retornam todas as garantias originais. Então, voltam as hipotecas e outras garantias de que eram titulares os credores.

Mas se entendermos que, durante o período de processamento do pedido - que não mais é improrrogável de 180 dias, e que não se sabe por quantos meses ou anos se estenderá, e que não depende de regularidade fiscal - podem ser constituídos créditos extraconcursais em número e valor indefinido, e

que esses créditos têm preferência sobre os créditos trabalhistas (mesmo os inferiores a 150 salários mínimos), e têm preferência também sobre as garantias hipotecárias, pode, em tese, haver o esvaziamento, o fim, de todo o patrimônio da empresa. Então, não adianta a garantia hipotecária e nem sequer o privilégio de crédito trabalhista no limite legal de 150 salários mínimos. O credor não perde a garantia formalmente. Mas, na prática, não sobra nada a ser executado em favor do credor hipotecário ou do credor trabalhista.

Penso que o objetivo da lei foi dar chance a empresas viáveis e, sobretudo, penso que, dentro da perspectiva que inspirou a Lei de Recuperação, é imprescindível a conjugação de vontades do devedor, que precisa querer, de fato, se recuperar, mas também dos credores, os quais têm que decidir dar essa chance ao devedor comum, a partir da avaliação de que seja viável a empresa.

Considero que há dois pilares imprescindíveis na Lei de Recuperação: o devedor e os credores, e que, sem a concordância dos credores, que se manifesta na assembléia de credores, e pode ser suprida em situações excepcionais pelo juiz, desde que haja um número significativo de credores de todas as classes favoráveis, não há recuperação.

O espírito da lei pressupõe credores e devedores em união de esforços. Quanto maior a percepção da viabilidade da empresa pelos credores, mais rápida será a aprovação do plano. Esses processos, em que o pedido de recuperação é formulado e demora-se anos sem aprovação do plano, em geral resultam em falência, como demonstrado em trabalho publicado no Estado de São Paulo, que cito em no meu voto. A demora decorre, exatamente, da falta de concordância dos credores com o plano. Enquanto isso, a empresa estará constituindo créditos que se pretende extraconcursais, a revelia dos credores anteriores e em sacrifício das garantias de que eram titulares.

No caso de concordância dos credores com o plano, haverá constituição de créditos extraconcursais porque o devedor e os credores submetidos à recuperação assim concordaram, no interesse comum, cientes das consequências no tocante a suas garantias, mas confiantes na possibilidade de recuperação da empresa. Mas quando não há aprovação do plano, os credores não podem ficar a mercê do completo esvaziamento das garantias.

No caso ora em exame, a recorrente é uma empresa que se diz familiar e foi contratada para construir a própria sede da devedora, que deu o terreno e a construção em hipoteca, isso em junho de 2004, e, ao invés de pagar o valor contratado, ela entrou um ano depois com o pedido de recuperação. Então,

aquele crédito, que seria um crédito hipotecário, vai ser preterido por todos os créditos que foram constituídos ao longo deste ano em que ela teve o pedido de recuperação processado e rejeitado pela assembléia de credores.

Dou, portanto, provimento ao recurso, por considerar que não houve uma recuperação propriamente dita, porque não houve a necessária conjugação da vontade dos credores com a intenção do devedor de obter a recuperação. Houve a manifestação unilateral de vontade do devedor de se recuperar, mas os credores não acharam que fosse viável.

Entende o voto divergente do Ministro Antonio Carlos Ferreira, na linha de precedente da 3ª Turma, que basta a vontade unilateral, incontestável, do devedor de pedir e o juiz deferir o processamento do pedido. Considera que o fato de haver a tutela do administrador judicial e uma possibilidade de fiscalização dos credores seria suficiente para evitar a fraude. Acontece que não há necessidade de concordância dos credores em cada negócio jurídico realizado. Quer dizer, há a possibilidade de eles fiscalizarem, porém, o fato de eles fiscalizarem não tira a validade de cada negócio jurídico que foi celebrado nesse período.

Ademais, mesmo que haja boa intenção, que não haja fraude, não penso que o administrador possa autorizar a prática de atos que diminuam - ou mesmo terminem por acabar - com as garantias dos credores - sem que os prejudicados tenham concordado com o plano de recuperação.

Nesse caso da empresa de construção, eu me pergunto: o que merece mais peso no sistema, uma construtora que, com recursos próprios, financiou a construção da sede da empresa mediante garantia hipotecária ou as pessoas fornecedoras que continuaram fornecendo depois para uma empresa cuja sede não teria sido construída se não fosse a iniciativa do credor hipotecário?

Se a jurisprudência passar a entender que deve ser prevalente, de forma incontestável, a proclamada intenção do devedor de recuperar a empresa, nesse caso, a consequência macroeconômica no sistema é tornar ainda mais enfraquecidas as garantias hipotecárias. Isso porque ficaria ao alvedrio do devedor requer recuperação judicial e constituir, durante um tempo que não será mais limitado a 180 (cento e oitenta) dias, créditos extraconcursais.

Em síntese, reitero que minha preocupação não é meramente com a interpretação desse artigo, mas com um sistema em que se favoreça a recuperação de empresas viáveis, sem permissão em branco para que as empresas formulem um pedido de recuperação, eventualmente não apresentem sequer o plano de

recuperação, e isso permita esvaziar o direito dos pequenos credores trabalhistas, hipotecários e demais privilégios legais.

Peço vênia para ratificar o meu voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: No presente recurso especial, a controvérsia gira em torno da interpretação que se deve atribuir à expressão “durante a recuperação judicial” do art. 67, *caput*, da Lei Federal n. 11.101/2005, reproduzida no art. 84, V, do mesmo diploma legal, que assim dispõem:

Art. 67. Os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor *durante a recuperação judicial*, inclusive aqueles relativos a despesas com fornecedores de bens ou serviços e contratos de mútuo, serão considerados extraconcursais, em caso de decretação de falência, respeitada, no que couber, a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei.

(...)

Art. 84. Serão considerados créditos extraconcursais e serão pagos com precedência sobre os mencionados no art. 83 desta Lei, na ordem a seguir, os relativos a:

(...)

V – obrigações resultantes de atos jurídicos válidos praticados *durante a recuperação judicial*, nos termos do art. 67 desta Lei, ou após a decretação da falência, e tributos relativos a fatos geradores ocorridos após a decretação da falência, respeitada a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei.

De modo ainda mais específico, questiona-se se o termo inicial do benefício de que tratam os referidos dispositivos legais dá-se com o ajuizamento do pedido de recuperação (LF, art. 51), a partir da decisão que defere o seu processamento (LF, art. 52) ou da decisão que a concede (LF, art. 58).

A eminente Ministra Relatora, no bem elaborado voto que apresentou na sessão de julgamento do dia 18.3 p.p., concluiu pela aplicação do benefício legal somente a partir do momento em que concedida a recuperação judicial, quando então prolatada a decisão de que trata o art. 58 da lei de regência. Tal conclusão apoia-se na interpretação literal dos dispositivos sob exame e no entendimento de que, até a decisão concessiva da recuperação judicial, não faz o magistrado juízo de valor acerca da viabilidade da empresa recuperanda, sendo certo que o

pedido poderá ou não ser deferido, a depender do cumprimento dos requisitos previstos em lei.

Nada obstante, fez a ressalva de que parte substancial da doutrina especializada milita em sentido diverso, manifestando-se alguns pela aplicação da preferência legal desde o ajuizamento do pedido (citou Fábio Ulhôa Coelho, Manoel Justino Bezerra Fiho, José da Silva Pacheco e José Francelino Araújo) e outros pela sua incidência tão logo seja deferido o processamento da recuperação, na forma do art. 52 da lei de regência (Osmar Brina Correa-Lima e Sérgio Mourão Corrêa Lima).

O Ministério Público Federal opinou pelo conhecimento parcial do recurso e seu improvemento, ratificando a conclusão do acórdão recorrido no sentido de que *“é a partir do processamento da recuperação judicial que incide a norma prevista em seu art. 67”*, pois, *“apesar de o despacho de processamento da recuperação judicial não deliberar definitivamente acerca das condições da empresa de alcançar a regularidade financeira, nem aprovar qualquer plano de recuperação, é por intermédio dessa decisão que se dá início à recuperação judicial, pois torna-se pública a dificuldade econômica enfrentada pela empresa, e avalia-se a necessidade de intervenção para viabilizar sua reestruturação”* (e-STJ, fls. 1.972-1.977).

Reavivados os fatos processuais, passo ao exame do recurso. E, preenchidos os requisitos de admissibilidade, conheço do mérito da discussão.

De início, adiro à conclusão da eminente Relatora, que bem afastou a alegada violação ao art. 535 do CPC. De fato, o tribunal local enfrentou de modo completo a discussão jurídica que lhe fora posta para julgamento, sendo certo que *“o juiz não está obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas, ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão”* (EDcl nos EDcl no AgRg no REsp n. 1.298.728-RJ, Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 28.8.2012, DJe 3.9.2012),

Quanto à matéria de fundo, todavia, e com a vênua da douta Relatora, entendo que a insurgência não merece acolhida.

É bem verdade que a redação do *caput* do art. 67 e do inciso V do art. 84 da LF não se reveste de clareza e precisão. Seria de todo recomendado que o dispositivo contivesse expressões como “após a decisão concessiva da recuperação (art. 58)”, “após o pedido” ou, como reputo ser a melhor opção, “após a decisão que defere o processamento do pedido (art. 52)”.

Nesse contexto, é dever constitucional desta Corte Superior atribuir à lei federal sua mais adequada interpretação, para tanto se valendo dos recursos que orientam o processo hermenêutico, destacando-se, no caso presente, os métodos lógico e sistemático, não se olvidando que “*na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*”, como determina o art. 5º da LINDB, que indica a fórmula teleológica.

A preponderância da interpretação gramatical, no caso sob exame, *data maxima venia*, não me parece conveniente para o caso, porque obscura a expressão “durante a recuperação judicial”.

No campo da teleologia, há de se ter por indubitável que o intento da lei é conferir primazia à recuperação da empresa, como orienta seu art. 47, segundo o qual “*a recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica*”. Em razão dessa proposição, a determinação do significado de eventuais ambiguidades do texto legal não pode perder de vista que o procedimento deve visar, em primeiro plano, ao restabelecimento da força econômica e produtiva da pessoa jurídica em convalescença.

Nesse sentido, o Em. Ministro *Luis Felipe Salomão*, relator do Recurso Especial n. 1.173.735-RN, muito bem delineou naquele julgado as premissas a partir das quais devem ser decididas as questões envolvendo a recuperação judicial, tecendo lapidares considerações sobre a importância da preservação da empresa em situações da espécie. Confira-se:

(...) a hermenêutica conferida à Lei n. 11.101/2005, no particular relativo à recuperação judicial, deve sempre se manter fiel aos propósitos do diploma, isto é, ***nenhuma interpretação pode ser aceita se dela resultar circunstância que - além de não formentar -, inviabilize a superação da crise empresarial, com consequências perniciosas ao objetivo de preservação da empresa economicamente viável, à manutenção da fonte produtora e dos postos de trabalho***, além de não atender a nenhum interesse legítimo dos credores, sob pena de tornar inviável toda e qualquer recuperação judicial, sepultando o instituto.

(...)

Ao revés, pelos primados da lei, deve-se possibilitar meios e condições econômicas para que a empresa supere a situação de crise.

É certo que a adoção do entendimento contido no primoroso voto da nobre Ministra Relatora reduziria as vulnerabilidades de outros credores nas hipóteses de ocorrência de fraudes. Merecem atenção as ponderações que teceu a propósito do superprivilégio do crédito extraconcursal e da probabilidade de prejuízo aos credores trabalhistas, sabidamente hipossuficientes no procedimento falimentar. É autêntica, pois, a preocupação com o risco de, por força de uma interpretação mais abrangente da expressão utilizada no texto legal, o instituto poder servir, eventualmente, à prática de ardis ou procedimento inspirados por motivações menos nobres.

Sem embargo, o direito positivo e, sobretudo, a própria Lei de Recuperação e Falências cuidam de proteger os credores das ilegalidades que venham a ser praticadas pela empresa recuperanda se no intento de lhes causar prejuízo. Não há dúvidas que, comprovado o escopo fraudulento, deverá o magistrado declarar a ineficácia do privilégio legal, sem prejuízo das demais sanções previstas na lei. Tanto é assim que, para os fins do art. 84, V, da LF, só serão qualificadas como extraconcursais as “obrigações resultantes de *atos jurídicos válidos*”.

Para tanto, na decisão que defere o processamento do pedido de recuperação, de pronto o magistrado designa um administrador judicial, cujas funções no âmbito da recuperação, delineadas no art. 22 da lei de regência, são as seguintes:

Art. 22. Ao administrador judicial compete, sob a fiscalização do juiz e do Comitê, além de outros deveres que esta Lei lhe impõe:

I – na recuperação judicial e na falência:

- a) enviar correspondência aos credores constantes na relação de que trata o inciso III do *caput* do art. 51, o inciso III do *caput* do art. 99 ou o inciso II do *caput* do art. 105 desta Lei, comunicando a data do pedido de recuperação judicial ou da decretação da falência, a natureza, o valor e a classificação dada ao crédito;
- b) fornecer, com presteza, todas as informações pedidas pelos credores interessados;
- c) dar extratos dos livros do devedor, que merecerão fé de ofício, a fim de servirem de fundamento nas habilitações e impugnações de créditos;
- d) *exigir dos credores, do devedor ou seus administradores quaisquer informações;*
- e) elaborar a relação de credores de que trata o § 2º do art. 7º desta Lei;
- f) consolidar o quadro-geral de credores nos termos do art. 18 desta Lei;
- g) requerer ao juiz convocação da assembléia-geral de credores nos casos previstos nesta Lei ou quando entender necessária sua ouvida para a tomada de decisões;

h) contratar, mediante autorização judicial, profissionais ou empresas especializadas para, quando necessário, auxiliá-lo no exercício de suas funções;

i) manifestar-se nos casos previstos nesta Lei;

II – na recuperação judicial:

a) fiscalizar as atividades do devedor e o cumprimento do plano de recuperação judicial;

b) requerer a falência no caso de descumprimento de obrigação assumida no plano de recuperação;

c) apresentar ao juiz, para juntada aos autos, relatório mensal das atividades do devedor;

d) apresentar o relatório sobre a execução do plano de recuperação, de que trata o inciso III do *caput* do art. 63 desta Lei;

(...)

Desde quando deferido o processamento da recuperação (LF, art. 52), portanto, cuidou o legislador de pôr a empresa recuperanda sob fiscalização, evidenciando a preocupação com sua manutenção e visando a evitar a utilização do instituto para a prática de ilegalidades. A disposição é sintomática e denota que o momento processual guarda relevância, não se traduzindo mero despacho protocolar, senão efetiva avaliação, ainda que superficial, acerca das atuais condições da empresa e dos requisitos para o deferimento da recuperação. O administrador judicial não é um adorno ou mero coadjuvante no processo, cabendo-lhe até mesmo requerer a falência do devedor no caso de descumprimento das obrigações assumidas no plano de recuperação (art. 22, II, **b**, da LF).

O citado art. 52 apresenta ainda outras disposições que bem demonstram a profundidade da decisão que defere seu processamento e a preocupação do legislador com o risco de fraude, merecendo destaque os incisos IV e V, que determinam, respectivamente, a obrigação de o devedor apresentar contas *mensais* enquanto perdurar a recuperação judicial, sob pena de destituição de seus administradores, bem assim a intimação do Ministério Público, da Fazenda Pública Federal e de todos os estados e municípios em que tiver estabelecimento, para que possam resguardar seus interesses e exercer fiscalização sobre os atos do recuperando.

Ainda no campo da interpretação lógica, é válido considerar o que dispõe o parágrafo único do art. 67 da LF. Eis a sua redação:

Art. 67. (...)

Parágrafo único. Os créditos quirografários sujeitos à recuperação judicial pertencentes a fornecedores de bens ou serviços que continuarem a provê-los normalmente após o *pedido de recuperação judicial* terão privilégio geral de recebimento em caso de decretação de falência, no limite do valor dos bens ou serviços fornecidos durante o período da recuperação.

Como bem apontou a Em. Ministra Relatora, a leitura do dispositivo em comento induz-nos concluir que a expressão utilizada no *caput* fixa o termo inicial do benefício em momento posterior ao do *pedido da recuperação* (protocolo inicial). Essa ilação, contudo, não infirma quaisquer das interpretações que neste julgamento cogitamos. De fato o benefício não valerá tão logo seja apresentado o pedido de recuperação, senão em momento posterior, que tanto poderá ser o da decisão inicial (art. 52) quanto da concessão da recuperação (art. 58).

A norma legal em comento, todavia, contém uma sutil indicação de que a classificação dos créditos dos fornecedores como extraconcursais não poderia ser remetida somente para quando concedida a recuperação.

Com efeito, reza o referido dispositivo que o credor-fornecedor, titular de créditos quirografários vinculados à recuperação judicial (segundo o art. 49, sujeitam-se à recuperação os créditos existentes *na data do pedido*, ainda que não vencidos), que continuar a prover o devedor de bens e serviços após o pedido de recuperação judicial, terá seus créditos (os anteriores ao pedido, reitere-se) alçados à categoria dos que têm privilégio geral (LF, art. 83, V), até o limite dos bens ou serviços fornecidos durante o período da recuperação.

Ou seja, em prevalecendo a interpretação de que a regra do *caput* do art. 67 só tem incidência para créditos constituídos após a decisão do art. 58 da LF, o resultado prático seria de que os valores decorrentes de operações praticadas no lapso temporal que vai do pedido até a decisão concessória não gozariam do mesmo privilégio que aqueles relativos a operações anteriores, o que se mostra, dada a vênua, discrepante do objetivo da lei.

Os momentos que sucedem o requerimento de recuperação são os mais delicados para a empresa. Registro que, quando deferido o processamento, há a obrigação de se publicar edital noticiando o pedido (LF, art. 52, § 1º), o que torna oficialmente públicas as dificuldades pelas quais passa a devedora, induzindo os credores à natural postura da autodefesa. Decerto que optarão pela solução de continuidade do fornecimento de bens e serviços, ante a relevante incerteza quanto à viabilidade da pessoa jurídica requerente. Nessas condições,

devem ser recompensados aqueles que acreditaram e contribuíram para a reabilitação, embora o resultado infrutífero do esforço com a decretação da falência.

É o que se extrai da lição de Fábio Ulhôa Coelho:

A reclassificação dos créditos constituídos após a distribuição do pedido de recuperação judicial deve-se à importância deles para os objetivos desta. Mesmo frustrados esses - com a falta ou o insucesso do plano e a consequente decretação da falência -, há que se reconhecer que esses credores, ao abrirem crédito a empresário declaradamente em crise, deram decisiva colaboração para a tentativa de superação desta, assumindo riscos consideráveis. Sua atitude, em essência, iria favorecer todos os credores, caso vingasse a recuperação judicial.

De outro lado, se não fossem reclassificáveis os créditos concedidos à devedora em recuperação, possivelmente teriam faltado a ela os recursos mínimos para reerguer-se. Por tais motivos, nada mais justo do que destacar esses credores do concurso falimentar e assegurar-lhes o privilégio geral (para os quirografários) ou a extraconcursalidade (para os demais).

(COELHO, Fábio Ulhôa. *Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*: 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005. P. 178-179).

Por outro lado, quando já deferida a recuperação, os credores têm mais transparentes as condições da empresa, conhecendo de modo exato qual é o plano que visa a reerguê-la. Pode-se fiscalizá-lo com mais rigor. Antes disso, porém (e em especial desde o deferimento até a concessão), verifica-se o momento de maior risco. Se não houver estímulo aos fornecedores, nada mais será provido à empresa, exacerbando o risco da falência.

Humberto Lucena Pereira da Fonseca, na obra coletiva “*Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*” (Rio de Janeiro: Forense, 2009), a respeito do dispositivo legal objeto da discussão presente, roborava tal entendimento:

A distribuição do pedido de recuperação judicial, por si só, é suficiente para macular a reputação do devedor. Por sua própria natureza e tendo em vista as possíveis repercussões no direito dos credores, o pedido de recuperação indica no mínimo que o devedor atravessa uma crise financeira, uma vez que recorreu a expediente desenhado pela Lei para servir como último recurso do empresário em dificuldades, como expusemos em nosso comentário ao art. 64. Ao devedor em recuperação judicial, com um plano de recuperação pendente, a ser negociado ou mesmo já aprovado por uma maioria de credores, é associado o fracasso empresarial e - não sem alguma razão - a iminência da falência.

Tais circunstâncias aumentam o risco relacionado a esse devedor, o que afasta fornecedores, financiadores e clientes, prejudicando sua já frágil situação. Considerando que um dos princípios norteadores da Lei é a eficiência da recuperação de devedores recuperáveis, o art. 67 propõe-se a compensar a perda competitiva relacionada ao risco aumentado, conferindo maiores garantias às pessoas que continuarem negociando com a empresa após o pedido de recuperação judicial.

Em tais circunstâncias, forçoso concluir que os efeitos da recuperação judicial não se efetivam somente após o momento em que formalmente concedida pelo juiz, na forma do art. 58. Efetivamente, a par das consequências que são expressamente atribuídas à decisão que defere o processamento (art. 52), outros dispositivos da lei indicam que a expressão “durante a recuperação judicial” não se limita aos momentos que sucedem a decisão concessiva. Cito, a propósito, relevantes ponderações lançadas no acórdão recorrido:

Por fim, e ainda no enfoque da interpretação sistemática dos dispositivos da Lei n. 11.101/2005, impõe-se ressaltar que o art. 73 da Lei, ao tratar das hipóteses de convalidação da recuperação judicial em falência, refere, que o juiz decretará a falência durante o processo de recuperação judicial pela não apresentação, pelo devedor, do plano de recuperação, no prazo do art. 53 da Lei (inciso 11), ou quando houver sido rejeitado o plano de recuperação, nos termos do § 4º do art. 56 do mesmo diploma legal (inciso 111), hipóteses anteriores ao deferimento da recuperação. Ora, a toda evidência, portanto, que quando referiu o legislador a expressão “durante a recuperação judicial”, nos arts. 67 e 84, V, da lei n2 11.101/95, quis abarcar o período em que estabelecida a relação processual da ação de recuperação, com o deferimento do processamento do pedido recuperatório.

De igual modo, o art. 49 da LF dispõe que “*estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos*”, inspirando-nos à conclusão de que os créditos posteriores a esse momento devem, efetivamente, receber tratamento diferenciado.

No mesmo sentido, outrossim, é o art. 64 da LF, segundo o qual o devedor é mantido sob fiscalização do comitê de credores e do administrador judicial “durante o procedimento de recuperação judicial”, fiscalização essa que se pode e deve exercer tão logo deferido o processamento da recuperação (LF, art. 52, I e § 2º).

Finalmente, cabe-me trazer à colação a ementa de recente julgado da Terceira Turma deste Tribunal Superior, da relatoria da Eminente Ministra Nancy Andrighi, cuja conclusão é consonante com meu entendimento:

“Direito Falimentar. Recurso especial. Fundamento do acórdão não impugnado. Súmula n. 283-STF. Classificação de créditos. Atos jurídicos praticados depois de deferido o processamento da recuperação judicial. Pedido de autofalência formulado em momento anterior à apresentação do plano de reerguimento da empresa. Reconhecimento da natureza extraconcursal dos créditos. Artigos analisados: 47, 52, 67 e 84 da Lei n. 11.101/2005.

1- Agravo de instrumento distribuído em 7.10.2011. Recurso especial concluso ao Gabinete em 17.9.2013.

2- Controvérsia que se cinge em definir se podem ser classificados como extraconcursais créditos originários de negócios jurídicos realizados no período compreendido entre a data da protocolização do pedido de processamento da recuperação judicial e a data do pedido de falência.

3- A existência de fundamento do acórdão recorrido não impugnado - quando suficiente para a manutenção de suas conclusões - impede a apreciação do recurso especial.

4- O ato que deflagra a propagação dos principais efeitos da recuperação judicial é a decisão que defere o pedido de seu processamento. É ele que confere, também, publicidade à situação de crise econômico-financeira da sociedade.

5- Ainda que a recuperação judicial se mostre inviável e, por qualquer motivo, seja convalidada em falência, como no particular, é salutar reconhecer que quem negociou com o devedor a partir do momento em que se evidenciou a situação de crise - data do deferimento do pedido de processamento da recuperação judicial - colaborou sobremaneira com a tentativa de reerguimento da sociedade e, portanto, deve ocupar uma posição privilegiada na fila de credores.

6- Atribuir precedência na ordem de pagamento àqueles que participarem ativamente do processo de soerguimento da empresa, na hipótese de quebra do devedor, foi a maneira encontrada pelo legislador para compensar o incremento do risco experimentado.

7- Recurso especial parcialmente provido.

(REsp n. 1.398.092-SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 6.5.2014, DJe 19.5.2014)

Em suma, penso que a melhor interpretação a ser conferida à expressão “durante a recuperação judicial”, gravada nos arts. 67 e 84 da Lei Federal n. 11.101/2005, é aquela segundo a qual o momento em que se instaura o procedimento coincide com a decisão prolatada nos termos do art. 52 da lei de regência, ou seja, a que defere o processamento da recuperação.

Ante o exposto, mais uma vez com a devida vênia da eminente Ministra Relatora, *conheço e nego provimento* ao recurso especial.

É como voto.

VOTO VENCIDO (EM PARTE)

O Sr. Ministro Raul Araújo (Presidente): Srs. Ministros, com a devida vênia, acompanho a divergência com o estabelecimento do marco temporal a que me referi, de 180 (cento e oitenta) dias, considerando extraconcursal apenas os negócios travados dentro desse período, entre a data do deferimento do pedido e os 180 (cento e oitenta) dias previstos no § 4º do art. 6º da Lei de Regência.

RECURSO ESPECIAL N. 1.279.241-SP (2011/0161099-4)

Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti

Relator para o acórdão: Ministro Raul Araújo

Recorrente: João Humberto Zago

Advogado: Renata Vilhena Silva e outro(s)

Recorrido: Unimed Belo Horizonte Cooperativa de Trabalho Médico Ltda

Advogada: Maria Ines Caldeira Pereira da Silva Murgel e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Securitário. Plano de saúde. Inteligência dos arts. 10, I, e 12 da Lei n. 9.656/1998. Tratamento experimental. Exclusão de cobertura. Descabimento. Inexistência de tratamento convencional. Indicação médica. Instituição de saúde reconhecida. Recurso provido.

1. A Lei n. 9.656/1998 garante aos segurados e beneficiários de seguros e planos de saúde a fruição, no mínimo, de exames, medicamentos, anestésicos, gases medicinais, transfusões e sessões de quimioterapia e radioterapia, conforme prescrição médica. Com isso, as seguradoras e operadoras são obrigadas a cobrir os referidos meios, tratamentos e serviços necessários à busca da cura ou controle de doença apresentada pelo paciente e listada na Classificação Estatística

Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde.

2. A interpretação conjunta dos arts. 10 e 12 da Lei n. 9.656/1998 conduz à compreensão de que, na hipótese de existir tratamento convencional, com perspectiva de resposta satisfatória, não pode o paciente, às custas da seguradora ou operadora de plano de saúde, optar por tratamento experimental. Por outro lado, nas situações em que os tratamentos convencionais não forem suficientes ou eficientes, fato atestado pelos médicos que acompanham o caso, existindo, no País, tratamento experimental, em instituição de reputação científica reconhecida, com indicação para a doença, a seguradora ou operadora deve arcar com os custos do tratamento, na medida em que este passa a ser o único de real interesse para o contratante, configurando o tratamento mínimo garantido pelo art. 12 da Lei.

3. Assim, a restrição contida no art. 10, I, da Lei n. 9.656/1998 somente deve ter aplicação quando houver tratamento convencional eficaz para o segurado.

4. Divergência de fundamentação na formação da maioria.

5. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Ministro Marco Buzzi dando provimento ao recurso especial, acompanhando a divergência instaurada pelo Ministro Raul Araújo, por fundamentos diversos, e o voto do Ministro Luis Felipe Salomão no mesmo sentido, a Quarta Turma, por maioria, decide dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto divergente do Ministro Raul Araújo, que lavrará o acórdão. Vencidos a Ministra Maria Isabel Gallotti, Relatora, e o Ministro Antonio Carlos Ferreira, que lhe negavam provimento. Votaram com o Sr. Ministro Raul Araújo (Presidente) os Srs. Ministros Marco Buzzi e Luis Felipe Salomão.

Brasília (DF), 2 de outubro de 2014 (data do julgamento).

Ministro Raul Araújo, Relator

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Trata-se de recurso especial interposto por João Humberto Zago, com base nas alíneas **a** e **c** do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, contra acórdão proferido pela 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que, reformando a sentença, considerou válida a exclusão da cobertura do plano de saúde administrado por Unimed BH Cooperativa de Trabalho Médico Ltda. do tratamento para tumor maligno na língua, consistente na associação de quimioterapia e radioterapia, utilizadas na primeira três drogas (carboplatina, docetaxel e capecitabina), ao entendimento de que se trata de procedimento experimental, conforme o Termo de Consentimento juntado aos autos.

Alega o recorrente violação ao arts. 535, I e II do CPC, 10, I, e 12, II, **d**, da Lei n. 9.656/1998, bem assim que o entendimento do acórdão recorrido encontra-se em divergência com a orientação deste Tribunal no REsp n. 668.216-SP e de diversos outros tribunais.

Contrarrazões às fls. 778-786/e-stj.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti (Relatora): Anoto, de início, que o acórdão impugnado no recurso especial manifestou-se de forma suficiente e motivada sobre o tema em discussão nos autos, motivo pelo qual rejeito a alegação de ofensa ao art. 535 do CPC.

Depois, verifico que o conteúdo normativo do art. 12 da Lei n. 9.656/1998 não foi debatido no acórdão recorrido, não servindo de fundamento à conclusão adotada pelo Tribunal de origem, o que atrai a incidência da Súmula n. 282-STF.

Passo a analisar a apontada violação ao art. 10, I, da Lei n. 9.656/1998 e a ocorrência de dissídio jurisprudencial.

Depreende-se dos autos que, em 2003, o recorrente teve detectado um tumor maligno na língua, motivo pelo qual sofreu duas intervenções cirúrgicas, em junho e setembro do mesmo ano, em Belo Horizonte.

Ainda no ano de 2003, o recorrente foi tratar-se na cidade de São Paulo-SP, integrando grupo de pacientes voluntários submetidos a estudo de pesquisa

do Centro de Oncologia do Hospital Sírio-Libanês. Diante da recusa da ora recorrida à cobertura ao referido tratamento, ao argumento de ser experimental, foi proposta a ação no curso da qual interposto o presente recurso especial.

A sentença julgou procedente o pedido, condenando a Unimed de Belo Horizonte - Cooperativa de Trabalho Médico ao pagamento das despesas até então efetuadas por João Humberto Zago, bem como às despesas relativas ao completo tratamento no Hospital Sírio-Libanês, até a alta definitiva.

A ora recorrida Unimed interpôs recurso de apelação, provido por acórdão assim ementado:

Plano de saúde. Contrato de Seguro. Ação cominatória. Pedido de custeio de despesas médico-hospitalares. Recusa fundamentada na natureza do tratamento experimental. Admissibilidade. Exclusão prevista contratualmente, independentemente de ser ou não dada cobertura à doença do consumidor. Ação improcedente. Apelação provida.

De acordo com o Tribunal paulista, é incontroverso o caráter experimental do tratamento no caso em discussão, donde é lícita a cláusula de exclusão da cobertura, nos termos do disposto no art. 10, I, da Lei n. 9.656/1998 e na Cláusula 9ª, item c, do contrato celebrado entre as partes.

Isso porque, consignou a Corte de origem, o ora recorrente assinou o “termo de consentimento livre e esclarecido” de fls. 152-162/e-stj, do qual “consta que estava sendo feita uma pesquisa na fase II de aplicação combinada de quimioterapia e radioterapia, utilizadas na primeira três drogas e que o termo foi lavrado, porque obrigatório para pesquisa científica em seres humanos”. (e-STJ fl. 706).

Esclareceu o acórdão recorrido, ainda, que a Resolução Normativa RN n. 167, de 9 de janeiro de 2007, da ANS, conceitua tratamento experimental, nos seguintes termos:

Art. 13. A cobertura assistencial de que trata o plano-referência compreende todos os procedimentos clínicos, cirúrgicos, obstétricos e os atendimentos de urgência e emergência, na forma estabelecida no artigo 10 da Lei n. 9.656, de 1998.

Parágrafo único. São permitidas as exclusões assistenciais previstas no artigo 10 da Lei n. 9.656, de 1998, observando-se as seguintes definições:

I - tratamento clínico ou cirúrgico experimental: é aquele que emprega fármacos, vacinas, testes diagnósticos, aparelhos ou técnicas cuja segurança,

eficácia e esquema de utilização ainda sejam objeto de pesquisas em fase I, II ou III, ou que utilizem medicamentos ou produtos para a saúde não registrados no país, bem como, aqueles considerados experimentais pelo Conselho Federal de Medicina - CFM, ou o tratamento a base de medicamentos com indicações que não constem da bula registrada na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA (uso *off-label*).

Ora, se há definição da Agência Nacional de Saúde quanto ao trâmite da pesquisa em seres humanos até a comprovação médico-científica da segurança e eficácia do tratamento e a comercialização do medicamento e/ou especialidade medicinal, e consignando o acórdão recorrido que o procedimento a que submetido o paciente - consistente em tratamento radioquimioterápico com uso combinado de carboplatina, docetaxel e capecitabina -, ainda estava em fase de pesquisa clínica, está correta a conclusão do Tribunal de Justiça de São Paulo quanto à licitude da Cláusula Nona do Contrato de Prestação de Serviços Médicos, Hospitalares, de Diagnóstico e Terapia celebrado entre as partes, segundo a qual está excluído de cobertura o tratamento clínico ou cirúrgico experimental (item c, fls. 175-176/e-stj).

Com efeito, nestes casos, a responsabilidade pelo custeio do tratamento deverá recair sobre o hospital que está investigando a técnica, para aplicá-la em seu negócio empresarial, e sobre os laboratórios que vão lucrar com a comercialização do medicamento desenvolvido para as finalidades terapêuticas testadas na pesquisa, não se podendo transferir ao plano de saúde este ônus, expressamente afastado no contrato, em conformidade com a Lei n. 9.656/1998 e a regulamentação da ANVISA.

Ressalto que, ainda que pudesse ser comprovado que as três substâncias utilizadas na terapêutica encontram-se registradas na ANVISA, fato afirmado pelo recorrente a partir de suas alegações finais e sobre o qual não se manifestou o Tribunal de origem, o certo é que o termo de consentimento incontroversamente assinado pelo recorrente demonstra ser o tratamento oferecido pelo Hospital Sírio-Libanês tão-somente pesquisa, sem nenhuma garantia de resultado, cujo objetivo era exatamente avaliar a efetividade do emprego dos fármacos em combinação.

Observo que, de acordo com a disciplina legal, o registro de cada medicamento é vinculado às indicações terapêuticas para as quais foi testado e aprovado, constantes em sua bula registrada. O uso para indicações que não constem da bula registrada na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, sem

a segurança e eficácia oficialmente comprovadas (uso *off-label*), é considerado como experimental e, portanto, passível de exclusão de cobertura, nos termos do art. 10, I, da Lei n. 9.656/1998.

Anoto que a cláusula contratual excludente de tratamento experimental não pode ser considerada abusiva com base no Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990), porque se trata de hipótese de exclusão expressamente facultada pelo art. 10, inciso I, da Lei n. 9.656/1998, lei posterior à entrada em vigor do referido Código. Assim, tal entendimento teria o efeito prático de afastar a incidência do referido dispositivo legal, embora sem o declarar expressamente inconstitucional, o que não pode ser feito por órgão fracionário do Tribunal (CF, art. 97 e Súmula Vinculante n. 10 do STF).

Por fim, anoto que a demonstração do dissídio jurisprudencial não obedeceu ao disposto nos arts. 541 do Código de Processo Civil e 255 do RISTJ, uma vez que não há identidade entre os fatos considerados pelo acórdão recorrido, que reconheceu expressamente o caráter experimental do tratamento a que submetido o recorrente, e o panorama de fato do paradigma invocado, que, em linha oposta, o afastou.

Ausente, pois, a demonstração de que os casos confrontados tenham se assentado em bases de fato similares e adotado conclusões opostas sobre idêntica questão jurídica, requisitos fundamentais para o conhecimento do recurso fundado na alínea c do art. 105, III, da Constituição.

Em face do exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Trata-se, na origem, de “ação cominatória com pedido de tutela antecipada” proposta por *João Humberto Zago* contra *Unimed de Belo Horizonte – Cooperativa de Trabalho Médico*, pleiteando que a ré seja obrigada a “dar cumprimento efetivo ao contrato firmado entre as partes, condenando a requerida ao pagamento de todas as despesas efetuadas junto ao Hospital Sírio Libanês até a alta médica definitiva” (e-STJ fl. 20) do autor, diagnosticado em junho de 2003 com “carcinoma escamocelular bem diferenciado invasivo, retirado com margens livres” e em setembro do mesmo ano com “carcinoma escamocelular moderadamente diferenciado metastático”.

O autor, para tanto, afirmou que era “associado à requerida [...] em decorrência de contrato coletivo firmado em 02 de agosto de 2001” (e-STJ fl. 3) e que “deu entrada no Hospital Sírio Libanês, na qualidade de cliente Unimed, sendo certo que o setor de guias daquela entidade hospitalar solicitou senha para tratamento junto à Unimed Paulistana” (e-STJ fl. 7). Entretanto, a ré recusou-se a cobrir os gastos médico-hospitalares argumentando que se cuidaria de tratamento experimental, vindo o autor a esclarecer o seguinte:

Parte das despesas hospitalares foram pagas pela família no valor de R\$ 8.375,86 (oito mil, trezentos e setenta e cinco reais e oitenta e seis centavos) (doc. 14/17), afim de não impedir a continuidade do tratamento, acrescidos os honorários médicos no valor de R\$ 17.520,00 (dezesete mil, quinhentos e vinte reais) (doc. 18/24). No entanto, neste momento o Hospital Sírio Libanês pretende receber R\$ 52.560,42 (cinquenta e dois mil, quinhentos e sessenta reais e quarenta e dois centavos), *sendo certo que parte das despesas já vencerão dia 15 de janeiro de 2004* (doc. 25/37).

[...]

Considerando-se a necessidade urgente do tratamento e a inércia da requerida em autorizar o procedimento no Hospital Sírio Libanês, o requerente resolveu por bem ingressar com a presente demanda, no intuito de obrigar a requerida a assumir todas as despesas médico-hospitalares em aberto junto ao Hospital Sírio Libanês, no valor de R\$ 52.560,42 (cinquenta e dois mil, quinhentos e sessenta reais e quarenta e dois centavos), com início de vencimento para *dia 15 de janeiro de 2004*, bem como garantir a continuidade do tratamento oncológico naquela entidade hospitalar, até a alta médica definitiva (e-STJ fls. 8-9).

Em primeiro grau, a ação foi julgada procedente, com a condenação da “ré ao pagamento das despesas efetuadas pelo requerente no valor de R\$ 25.895,86 e de todas as despesas relativas ao tratamento junto ao Hospital Sírio Libanês até alta definitiva” (e-STJ fl. 589), estando a sentença assim fundamentada:

A ação é procedente.

Não há dúvida a respeito da relação contratual mantida pelas partes, ou mesmo da doença que acomete o autor.

A cobertura contratual para o tratamento do requerente nesta Cidade foi negada pela ré, sob o argumento duplo da existência de rede credenciada em Belo Horizonte para pleno atendimento do requerente, e, ainda, pelo caráter experimental do tratamento.

Pelo Juízo foi determinada a produção de provas, e a ré não produziu uma única sequer.

Com efeito, e como se observa no termo respectivo, não foi produzida qualquer prova em audiência.

A necessidade de tratamento específico do autor a ser realizado no Hospital Sírio Libanês nesta Cidade foi afirmada pelo médico que o atendia na cidade de Belo Horizonte, como se observa às fls. 40.

O relatório médico de fls. 41 não indica seja experimental o tratamento imposto ao autor experimental. Relembre-se que a ré não produziu prova alguma em sentido diverso, oral ou documental.

E mais, o documento de fls. 41 comprova, também, que as radioterapias prescritas para tratamento do autor são realizadas exclusivamente no Hospital Sírio Libanês.

Vale dizer: A exclusão contratual para tratamento experimental é inaplicável e a escusa pela existência de tratamento similar na cidade de Belo Horizonte não pode ser aceita.

Destarte, a procedência da ação é medida de rigor (e-STJ fls. 588-589).

A ré interpôs apelação, alegando, no que interessa ao presente recurso, que “o contrato ao qual aderiu o Apelado está sob a égide da Lei n. 9.656/1998 e a exclusão contratual para tratamento experimental consta no art. 10, inc. I, que ao definir as coberturas, *excetua alguns procedimentos*, dentre eles, o *tratamento clínico ou cirúrgico experimental*” (e-STJ fl. 618). Invocou a “cláusula 9º, ‘C’”, que excluiria a cobertura de “tratamento clínico ou cirúrgico experimental”.

O TJSP, por unanimidade, deu provimento ao apelo para julgar improcedente a ação, observando que se cuidava de tratamento experimental, vedado contratualmente o respectivo custeio. Eis a motivação contida no voto condutor do acórdão:

Em casos semelhantes, tem-se entendido existir a justa expectativa do consumidor de que será atendido pela rede Unimed em todo o país. O contrato prevê apenas o atendimento fora da área da apelante nos casos de urgência e emergência, mas a restrição não está anotada com destaque. Por isso, ela não pode ser aceita. Vale anotar ainda que na carta de fls. 44 a recusa da ré foi fundamentada apenas na natureza do tratamento, não o sendo quanto à área de atendimento.

Segundo o disposto no inciso I, do par. único, do art. 13, da Resolução RN n. 167, de 9 de janeiro de 2007, da ANS:

I – tratamento clínico ou cirúrgico experimental: é aquele que emprega fármacos, vacinas, testes diagnósticos, aparelhos ou técnicas cuja segurança, eficácia e esquema de utilização ainda sejam objeto de pesquisa

em fase I, II ou III, ou que utilizem medicamentos ou produtos para a saúde não registrados no país, bem como, aqueles considerados experimentais pelo Conselho Federal de Medicina - CFM, ou o tratamento a base de medicamentos com indicações que não constem da bula registrada na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA.

A apelante afirma que o tratamento do autor é experimental, em virtude do exposto no Termo de Consentimento de fls. 132-136. Realmente, nesse termo consta que estava sendo feita uma pesquisa na fase II de aplicação combinada de quimioterapia e radioterapia, utilizadas na primeira três drogas e que o termo foi lavrado, porque obrigatório para pesquisa científica em seres humanos. Não há, pois, como negar o caráter experimental do tratamento.

A exclusão de tratamento experimental é lícita, desde que prevista contratualmente, porque a Lei n. 9.656/1998 a admite expressamente, independentemente de a circunstância de ser ou não dada cobertura à doença do consumidor. Não se aplica, nessa hipótese, o entendimento anterior desta Câmara de que previsto o tratamento da doença não se permite a exclusão de determinada espécie dele, porque há a previsão legal da possibilidade de alta de cobertura.

Não se caracterizou litigância de má-fé do apelado, porque ele não teve a intenção de iludir o juízo, já que desde o início ele relatou que a recusa estava amparada no caráter do tratamento (e-STJ fls. 705-706).

O voto do em. Revisor foi bastante direto sobre o tema, nos seguintes termos:

O tratamento a que foi submetido o apelado somente poderia ser realizado no Hospital Sírio Libanez em São Paulo, como assegurado por seu médico assistente em Belo Horizonte (fl. 40) e pelo próprio Hospital (fls. 41). Na verdade, assim ocorria porque experimental o tratamento. O “termo de consentimento livre e esclarecido” de fls. 132-136, por ele firmado para o Hospital é “obrigatório para Pesquisa Científica em Seres Humanos” (Resolução n. 01, de 13.6.1988 – ANS) e claro no Título: Estudo da Fase II de Preservação de Órgãos, etc. Esclarece o paciente sobre a natureza do estudo e do tratamento que combina quimioterapia e radioterapia, seus objetivos, os procedimentos antes, durante e após o tratamento, os possíveis efeitos colaterais, e adverte o paciente de que sua adesão é livre e não prejudica o eventual retorno ao tratamento tradicional ministrado pelo médico assistente.

É claro, portanto, cuidar-se de tratamento experimental, excluído pelo contrato, com amparo na lei.

A consequência é, portanto, que o pedido não pode ser atendido.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para julgar improcedente a ação (e-STJ fl. 708).

Os aclaratórios opostos pelo autor foram rejeitados por ausência de defeitos materiais (e-STJ fls. 738-739).

O autor interpôs, então, o presente recurso especial com base no art. 105, III, alíneas **a** e **c**, da CF, alegando violação do “artigo 12, inc. II, alínea **d**, da Lei n. 9.656/1998, o qual determina que os planos de saúde, quando ‘*incluir internação hospitalar*’, devem conter, como cobertura mínima obrigatória, ‘*sessões de quimioterapia e radioterapia*’” (e-STJ fls. 751-752). Entende que “a exclusão prevista no artigo 10, inc. I, da Lei n. 9.656/1998 é *inaplicável* ao caso em tela, já que todos os medicamentos utilizados na terapêutica do paciente *possuem registro na ANVISA (fato este que é incontroverso e não demanda reexame de prova)*” (e-STJ fl. 752).

Argumenta que se deve “levar em consideração que não se pode engessar os tratamentos com fundamento em resoluções, listas, ou qualquer outro tipo de artifício legal, uma vez que os avanços obtidos pela ciência são muito maiores do que qualquer tipo de burocracia, seja ela jurídica ou administrativa” (e-STJ 753). Cita julgado desta Corte Superior (REsp n. 668.216-SP, Rel. Ministro *Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma*, DJ de 2.4.2007) e faz um paralelo com julgados do Supremo Tribunal Federal relativamente ao SUS (STA n. 174, 211 e 278, SS n. 3.724, 2.949, 2.361 e 3.355 e SL n. 47), aduzindo que “o Ministro Gilmar Mendes corroborou o posicionamento” adotado no precedente do STJ, “afirmando que cada caso deve ser avaliado sob critérios de necessidade, diferenciando, por exemplo, tratamentos puramente experimentais daqueles já reconhecidos, mas não testados pelo sistema de saúde brasileiro, defendendo que somente no caso dos primeiros o Estado não deveria ser condenado a fornecê-los” (e-STJ fls. 754-755). Menciona precedente, também, do TJRJ (Apelação Cível n. 0006448-88.2008.8.19.0006) (e-STJ fls. 756-757).

Alternativamente, sustenta afronta ao art. 535, I e II, do CPC, asseverando que “foram opostos Embargos de Declaração para que fosse extirpada contradição encontrada na decisão recorrida, no que tange ao reconhecimento da experimentalidade do tratamento a que foi submetido o autor, bem como para prequestionar os artigos 6º, inciso III, 39, inciso V e 51 do Código de Defesa do Consumidor, artigos 421 e 422 do Código Civil, e artigo 10, inciso I, da Lei n. 9.656/1998” (e-STJ fl. 765).

A recorrida, *Unimed de Belo Horizonte – Cooperativa de Trabalho Médico*, apresentou contrarrazões (e-STJ fls. 778-786), e o recurso especial foi admitido na origem (e-STJ fl. 788).

A em. Ministra *Maria Isabel Gallotti*, Relatora, negou provimento ao recurso especial. Para tanto, (i) repeliu a violação do art. 535 do CPC, (ii) afirmou que o conteúdo normativo do art. 12 da Lei n. 9.656/1998 não foi debatido no acórdão recorrido, atraindo a incidência do Enunciado n. 282 da Súmula do STF (falta de prequestionamento), (iii) acolheu a tese de que a cláusula contratual que prevê a exclusão de cobertura de tratamento clínico ou cirúrgico experimental encontra apoio expresso no art. 10, I, da Lei n. 9.656/1998 e no art. 13, I, da Resolução ANS RN n. 167/2007 e (iv) concluiu que não seria abusiva a negativa de cobertura da operadora do plano de saúde, tendo em vista que, na hipótese dos autos, ficou delineado na instância ordinária o caráter experimental do tratamento a que se submeteu o paciente, com sua concordância expressa ao assinar o “termo de consentimento livre e esclarecido” para participar da pesquisa.

Pedi vista na sessão de 21.8.2014, para melhor examinar o tema, adiantando-me a dizer que irei acompanhar a em. Relatora para negar provimento ao recurso especial.

Preliminarmente, a ofensa ao art. 535 do CPC não está caracterizada, visto que o Tribunal de origem aplicou e interpretou, fundamentadamente, a legislação específica para o presente caso, ressaltando, inclusive, os aspectos fáticos relevantes para a solução do litígio.

Quanto ao mérito, a pretensão recursal diz respeito à possibilidade de excluir no contrato a cobertura de tratamento médico experimental e à verificação, no caso concreto, de efetiva experiência excluída contratualmente.

Acerca do aspecto meramente jurídico, divirjo da em. Relatora apenas por considerar suficientemente prequestionado, implicitamente, o art. 12 da Lei n. 9.656/1998. Isso porque o Tribunal de origem, de forma genérica, concluiu que “a exclusão de tratamento experimental é lícita, desde que prevista contratualmente, porque a Lei n. 9.656/1998 a admite expressamente” (e-STJ fl. 706) e, ainda, porque o art. 10 do referido diploma, que cuida também do tratamento experimental, faz menção expressa ao art. 12, e este, remissão àquele.

No mais, a Lei n. 9.656/1998 permite, de fato, que o contrato exclua a cobertura de tratamentos experimentais, assim dispondo os arts. 10 e 12:

Art. 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta lei, **exceto**:

I – tratamento clínico ou cirúrgico experimental; (grifei)

Art. 12. São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, **respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10**, segundo as seguintes exigências mínimas:

[...]

II – quando incluir internação hospitalar:

[...]

d) cobertura de exames complementares indispensáveis para o controle da evolução da doença e elucidação diagnóstica, fornecimento de medicamentos, anestésicos, gases medicinais, transfusões e *sessões de quimioterapia e radioterapia*, conforme prescrição do médico assistente, realizados ou ministrados durante o período de internação hospitalar; (grifei)

A norma do art. 12, II, **d**, da Lei n. 9.656/1998, como se pode verificar, impõe a cobertura de sessões de quimioterapia e radioterapia para a hipótese de inclusão contratual de internação hospitalar. O *caput* do art. 12, entretanto, deixa claro que deverão ser respeitadas as amplitudes – no presente caso, exclusão – definidas no art. 10, o qual, de forma clara e objetiva, permite que o contrato exclua da cobertura “tratamento clínico ou cirúrgico experimental”.

Tal diploma, específico para os planos de saúde e posterior ao CDC, portanto, permite a exclusão, em cláusula contratual, da cobertura de tratamentos experimentais, os quais, de fato, põem em risco o próprio sistema dos planos de saúde, pois a todo momento, pelo mundo afora, iniciam-se pesquisas e tratamentos experimentais, com custos imprevisíveis, ilimitados, sem um mínimo de garantia de sucesso e que podem, inclusive, em tese, agravar mais ainda a situação do paciente. A vedação contratual ora discutida, portanto, não se confunde com as hipóteses em que o contrato busca simplesmente limitar o custeio do tratamento pactuado, cobrindo apenas parte do tratamento convencional ou da internação, nem com aquelas em que o plano de saúde

quer escolher a linha de tratamento convencional com o propósito de impor ao paciente o de menor custo. A propósito, no paradigma colacionado pelo recorrente (REsp n. 668.216-SP), que não serve para comprovar a divergência por não se referir a tratamento experimental, o saudoso Ministro *Carlos Alberto Menezes Direito* afirma expressamente que a Lei n. 9.656/1998 procurou “estabelecer critério para proteger o consumidor e *ao mesmo tempo assegurar a viabilidade empresarial dos planos privados de saúde*” (grifei). Assim, a proibição legal de cobertura de tratamentos reconhecidamente experimentais, desde que prevista no contrato, deve ser respeitada.

Por outro lado, considerando a letra clara da norma, entendo que o afastamento do art. 10, I, da Lei n. 9.656/1998 nas hipóteses de tratamento experimental demandaria sua prévia declaração de inconstitucionalidade, na forma do art. 97 da Constituição Federal e da Súmula Vinculante n. 10 do STF, o que nem seria possível neste feito, tendo em vista que o Tribunal de origem aplicou o mencionado diploma legal. Com isso, a eventual arguição de inconstitucionalidade, nesta Corte, não poderia substituir o recurso extraordinário não interposto. Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado da *Corte Especial*:

Constitucional. Direito de Família e Sucessões. Incidente de inconstitucionalidade dos incisos III e IV do art. 1.790 do CC/2002. Não conhecimento.

1. O manifesto descabimento do recurso especial - que busca afastar a aplicação de lei federal sob o argumento de sua incompatibilidade com a Constituição -, contamina também o correspondente incidente de inconstitucionalidade, que não pode ser conhecido.

2. Incidente de inconstitucionalidade não conhecido (AI no REsp n. 1.135.354-PB, Rel. originário Ministro Luis Felipe Salomão, Rel. p/ acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, DJe de 28.2.2013).

Passando ao caso concreto, observo que a sentença concluiu não se estar diante de um tratamento experimental, tendo em vista que (i) “a necessidade de um tratamento específico do autor a ser realizado no Hospital Sírio Libanês [...] foi afirmada pelo médico que o atendia na cidade de Belo Horizonte, como se observa às fls. 40” (e-STJ fl. 588), (ii) “o relatório médico de fls. 41 não indica seja experimental o tratamento imposto ao autor”, (iii) “a ré não produziu prova alguma em sentido diverso, oral ou documental” (e-STJ fl. 588) e (iv) “o documento de fls. 41 comprova, também, que as radioterapias prescritas para

tratamento do autor são realizadas exclusivamente no Hospital Sírio Libanês” (e-STJ fl. 589).

O TJSP, por sua vez, reconheceu que o tratamento seria experimental com base no “Termo de Consentimento Livre e Esclarecido” juntado às fls. 152-156 (e-STJ) – fls. 132-136 no processo original –, afirmando que, “realmente, nesse termo consta que estava sendo feita uma pesquisa na fase II de aplicação combinada de quimioterapia e radioterapia, utilizadas na primeira três drogas e que o termo foi lavrado, porque obrigatório para pesquisa científica em seres humanos” (e-STJ fl. 706). Invocou, igualmente, o art. 13, parágrafo único, I, da Resolução RN n. 167/2007, da ANS, segundo o qual “tratamento clínico ou cirúrgico experimental: é aquele que emprega fármacos, vacinas, testes diagnósticos, aparelhos ou *técnicas cuja segurança, eficácia e esquema de utilização ainda sejam objeto de pesquisas em fase I, II ou III*, ou que utilizem medicamentos ou produtos para a saúde não registrados no país, bem como, aqueles considerados experimentais pelo Conselho Federal de Medicina - CFM, ou o tratamento a base de medicamentos com indicações que não constem da bula registrada na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA”.

Sob esse enfoque, inclusive diante o óbice contido no Enunciado n. 7 da Súmula desta Corte, não há como reconhecer que o tratamento não seria experimental.

Ademais, a indicação do médico de Belo Horizonte – MG para que o autor procurasse o Hospital Sírio-Libanês, por si, não retira a natureza experimental do tratamento, reconhecida pelo Tribunal de origem e no “Termo de Consentimento Livre e Esclarecido”, assinado pelo autor e por representante da Sociedade Beneficente de Senhoras Hospital Sírio Libanês. Apesar de a sentença dizer que a indicação e o relatório médicos não mencionariam que o tratamento seria experimental, igualmente não está claro que eles afirmariam o contrário, isto é, que não se cuidaria de experiência.

É importante destacar, também, que, intuitivamente, experimental é aquilo que não é comum, não é tradicional, sem conclusões tranquilas acerca dos resultados positivos para curar ou estabilizar a doença e dos eventuais riscos à vida do paciente. Enfim, tudo pode acontecer, inclusive o agravamento do estado do paciente. Nesse caso, o fato de serem utilizados medicamentos eventualmente aceitos pela ANVISA, por si, também não descaracteriza a natureza experimental. Isso porque a combinação de determinados medicamentos e de procedimentos, não testada anteriormente por período razoável e acompanhada

por especialistas, igualmente pode acarretar danos à saúde do paciente ou não surtir nenhum efeito. Por isso é que a Resolução Normativa/ANS n. 167, de 9.1.2008, invocada no acórdão recorrido, e a Resolução Normativa/ANS n. 211, de 11.1.2010, que revogou aquela, consideram “tratamento clínico ou cirúrgico experimental” o emprego de “técnicas cuja segurança, eficácia e esquema de utilização ainda sejam objeto de pesquisas em fase, I, II ou III [...] ou o tratamento a base de medicamentos com indicações que não constem da bula registrada na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA (uso *off label*)” (art. 13, parágrafo único, I, da RN/ANS n. 167/2008, semelhante ao art. 16, § 1º, I, **a** e **c**, da RN/ANS n. 211/2010).

A rigor, portanto, como oportunamente lembrado pela em. Ministra *Maria Isabel Gallotti*, Relatora, o custeio da experiência deveria ser imposto ao “hospital que está investigando a técnica, para aplicá-la em seu negócio empresarial” e aos “laboratórios que vão lucrar com a comercialização do medicamento desenvolvido para as finalidades terapêuticas testadas na pesquisa”. Sob esse enfoque, anoto, a título de simples informação, que o “Termo de Consentimento Livre e Esclarecido” dispõe que “o paciente é o responsável pelos custos rotineiros de cuidado médico tais como pagamento das drogas convencionais, possíveis internações, exames laboratoriais, exames radiológicos e honorários médicos” (e-STJ fl. 155). Pactos dessa natureza poderão, quiçá, vir a ser discutidos em outros processos e em relação a outras pessoas. Esclareço que esse tema constitui mera reflexão, não sendo objeto deste recurso a eventual responsabilidade dos hospitais e dos laboratórios em relação a tratamentos clínicos e cirúrgicos experimentais.

Ante o exposto, acompanho o voto da em. Ministra Relatora para *negar provimento* ao recurso especial.

É como voto.

VOTO-VENCEDOR

O Sr. Ministro Raul Araújo: Cuida-se de recurso especial interposto por *João Humberto Zago*, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, em face de acórdão do eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

Plano de saúde. Contrato de Seguro. Ação cominatória. Pedido de custeio de despesas médico-hospitalares. Recusa fundamentada na natureza do

tratamento experimental. Admissibilidade. Exclusão prevista contratualmente, independentemente de ser ou não dada cobertura à doença do consumidor .Ação improcedente. Apelação provida. (fl. 704)

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados nos termos do acórdão de fls. 737-739.

O cerne da controvérsia trazida à apreciação desta Corte gira em torno da possibilidade de exclusão de cobertura, em contrato de seguro ou plano de assistência à saúde, de tratamento de natureza experimental.

No caso concreto, o autor requereu na inicial fosse a Unimed Belo Horizonte - Cooperativa de Trabalho Médico Ltda condenada ao pagamento de todo o tratamento médico-hospitalar que lhe foi dispensado pelo Hospital Sírio-Libanês, até a alta médica.

A sentença julgou procedente o pedido (fls. 587-589), decisão reformada pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, tomando em conta a natureza experimental do tratamento, conforme ementa acima transcrita.

Nas razões do recurso especial, aponta o recorrente violação ao art. 535, I e II, do Código de Processo Civil; aos arts. 10, I, e 12, II, **d**, da Lei n. 9.656/1998 e dissídio jurisprudencial em relação a acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

A eminente Relatora, Min. *Maria Isabel Gallotti*, negou provimento ao recurso especial do autor com base nos seguintes fundamentos: a) não houve violação ao art. 535 do Estatuto Processual Civil; b) a matéria contida no art. 12 da Lei n. 9.656/1998 não foi prequestionada; c) o tratamento realizado pelo recorrente foi de natureza experimental e, por isso, passível de exclusão de cobertura, nos termos do art. 10, I, da Lei n. 9.656/1998; d) o afastamento da exceção prevista no art. 10, I, da Lei n. 9.656/1998 dependeria da declaração de sua inconstitucionalidade, o que não pode ser feito por órgão fracionário do Tribunal, a teor do disposto no art. 97 da Constituição Federal e da Súmula Vinculante n. 10-STF; e e) não ficou demonstrado o dissídio jurisprudencial invocado.

Pediu vista dos autos o ilustre Min. *Antonio Carlos Ferreira*, acompanhando a douta Relatora em suas conclusões por entender: (a) inexistir violação ao art. 535 do Código de Processo Civil; (b) prever a Lei n. 9.656/1998, em seu art. 10, I, a exclusão de cobertura de tratamentos experimentais, ressaltando que “pelo mundo afora, iniciam-se pesquisas e tratamentos experimentais, com

custos imprevisíveis, ilimitados, sem um mínimo de garantia de sucesso e que podem, inclusive, em tese, agravar mais ainda a situação do paciente.”; (c) ser o tratamento pretendido pelo autor de natureza experimental; e (d) demandar o afastamento da norma contida no art. 10, I, da Lei n. 9.656/1998 sua prévia declaração de inconstitucionalidade.

Diante da riqueza dos debates e da importância do tema, pedi vista dos autos para exame mais próximo da controvérsia.

No que respeita à ausência de violação ao art. 535 do Estatuto Processual Civil, acompanho os ilustres Ministros que me antecederam, pois a Corte de origem dirimiu, fundamentadamente e de forma coerente, as matérias que lhe foram submetidas, motivo pelo qual o acórdão recorrido não padece de omissão, contradição ou obscuridade.

No mérito, entendo que a questão merece alguma ponderação.

Os dispositivos legais apontados como violados têm a seguinte redação:

Art. 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto: (Redação dada pela Medida Provisória n. 2.177-44, de 2001)

I - *tratamento clínico ou cirúrgico experimental*; (Redação dada pela Medida Provisória n. 2.177-44, de 2001)

(...)

Art. 12. São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas: (Redação dada pela Medida Provisória n. 2.177-44, de 2001)

(...)

II - *quando incluir internação hospitalar*:

a) *omissis*;

b) *omissis*;

c) *omissis*;

d) cobertura de exames complementares indispensáveis para o controle da evolução da doença e elucidação diagnóstica, fornecimento de medicamentos, anestésicos, gases medicinais, transfusões e *sessões de quimioterapia e radioterapia*, conforme prescrição do médico assistente, realizados ou ministrados durante o período de internação hospitalar; (Redação dada pela Medida Provisória n. 2.177-44, de 2001)

(...)

Na esteira do voto do ilustre Min. *Antonio Carlos Ferreira*, tenho como prequestionada a matéria contida no art. 12 da Lei n. 9.656/1998, pois a autorização legal para que um determinado tratamento seja excluído deve ser entendida em confronto com as coberturas mínimas que são garantidas. Tanto é assim que o art. 10 faz menção expressa ao art. 12 da Lei n. 9.656/1998 e vice-versa.

Consoante se verifica no art. 12 acima transcrito, a Lei n. 9.656/1998 procurou garantir aos segurados e beneficiários dos planos de saúde a fruição, no mínimo, de exames, medicamentos, anestésicos, gases medicinais, transfusões e sessões de quimioterapia e radioterapia, conforme prescrição médica. Nesse sentido, as operadoras são obrigadas a cobrir os referidos meios, tratamentos e serviços necessários à busca da cura ou controle da doença apresentada pelo paciente e listada na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde.

Sob essa perspectiva, no caso de haver tratamentos convencionais eficazes prescritos para o paciente, não podem as operadoras serem obrigadas a custear tratamentos experimentais, de acordo com o disposto no art. 10, I, da Lei n. 9.656/1998.

A dúvida surge, porém, quando não há, dentro do protocolo médico, tratamento indicado para a cura ou controle eficaz de doença que, embora conste da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, se mostra resistente ao conjunto de meios convencionais disponíveis.

Nessa situação, os cuidados a serem dispensados ao paciente podem enveredar por dois caminhos.

Primeiro, é possível que se insista na aplicação dos tratamentos convencionais disponíveis, pois não pode o paciente ser abandonado à própria sorte sob o entendimento de ser a doença “*incurável*” ou insensível à aplicação dos métodos convencionais. Nessa hipótese, quando o enfermo avançar para um

estado terminal, ser-lhe-ão propiciados cuidados paliativos, tudo isso sempre custeado pela seguradora ou operadora de plano de saúde.

Cabe lembrar dispor o Código de Ética Médica, entre os Princípios Fundamentais, que:

XXII - Nas situações clínicas *irreversíveis e terminais*, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e *propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados*.

Um segundo rumo também pode ser trilhado em situações da espécie. Verificada a ineficácia dos tratamentos convencionais, pode-se prescrever para o paciente um tratamento de natureza experimental, antes que a situação evolua para um quadro totalmente irreversível.

Nesse último caso, segundo uma interpretação isolada do art. 10, I, da Lei n. 9.656/1998, a seguradora ou operadora de plano de saúde se veria desonerada, durante esse período, do custeio do tratamento experimental, ainda que, em princípio, ficasse também desobrigada do pagamento do tratamento convencional não realizado (na espécie, pagamento de sessões de quimioterapia e radioterapia convencionais).

Além disso, em caso de efetiva melhora do paciente, que passaria, então, a necessitar de menores cuidados, a seguradora ou operadora do plano acabaria por ser financeiramente beneficiada com o procedimento experimental exitoso administrado ao segurado enfermo, pois somente seria convocada a responder pelas despesas da fase complementar do tratamento.

Como se vê, tal interpretação não parece ser, com a devida vênia, a melhor a ser dada à norma em comento, aplicável à cláusula constante do contrato firmado entre as partes.

Tem-se, então, que mais correto se mostra interpretar-se conjuntamente as regras dos arts. 10 e 12 da Lei n. 9.656/1998, com a seguinte compreensão: na hipótese de existir tratamento convencional, com perspectiva de resposta satisfatória, não pode o paciente, à custa da seguradora ou operadora de plano de saúde, optar por tratamento experimental, por considerá-lo mais eficiente ou menos agressivo, pois lhe é disponibilizado tratamento útil, suficiente para atender o mínimo garantido pela Lei. Entretanto, nas situações em que os tratamentos convencionais não forem suficientes ou eficientes, fato atestado pelos médicos que acompanham o caso, existindo, no País, tratamento experimental, em instituição de reputação científica reconhecida, com indicação para a doença,

a seguradora ou operadora deve arcar com os custos do tratamento, na medida em que passa a ser o único de real interesse para o contratante.

Na situação por último exposta, o tratamento experimental, por força de sua recomendada, embora eventual, utilidade, se transmuda no tratamento mínimo a ser garantido ao paciente, escopo da Lei n. 9.656/1998, como se vê nos transcritos arts. 10 e 12.

Assim, a restrição contida no art. 10, I, da Lei n. 9.656/1998 somente deve ter aplicação nas hipóteses em que os tratamentos convencionais mínimos garantidos pelo art. 12 da mesma Lei são de fato úteis e eficazes para o contratante segurado. Em situações em que os tratamentos convencionais se mostram ineficientes, deve a operadora se responsabilizar pelo tratamento experimental, desde que haja indicação médica e seja realizado em instituição de saúde reconhecida, isto é, cientificamente bem reputada.

Vale consignar que não se está, na hipótese, afastando a incidência do art. 10, I, da Lei n. 9.656/1998, mas apenas fazendo-se uma interpretação sistêmica da Lei dos planos de assistência à saúde, daí não se tratar de declaração de inconstitucionalidade, vedada aos órgãos fracionários da Corte, nos termos do art. 97 da Constituição Federal.

Em acréscimo, registre-se também que, muitas vezes, diante da raridade da doença ou síndrome apresentada pelo paciente, pode ser que o medicamento a ser utilizado jamais alcance aprovação da agência reguladora a tempo de beneficiar o paciente, conforme informa a própria ANVISA, em seu *site* na *internet*:

“Uma vez comercializado o medicamento, enquanto as novas indicações não são aprovadas, seja porque as evidências para tal ainda não estão completas, ou porque a agência reguladora ainda as está avaliando, é possível que um médico já queira prescrever o medicamento para um seu paciente que tenha uma delas. Podem também ocorrer situações de um médico querer tratar pacientes que tenham uma certa condição que, por analogia com outra semelhante, ou por base fisiopatológica, ele acredite possam vir a se beneficiar de um determinado medicamento não aprovado para ela.

Quando o medicamento é empregado nas situações descritas acima está caracterizado o uso *off label* do medicamento, ou seja, o uso não aprovado, que não consta da bula. O uso *off label* de um medicamento é feito por conta e risco do médico que o prescreve, e pode eventualmente vir a caracterizar um erro médico, mas em grande parte das vezes trata-se de uso essencialmente correto, apenas ainda não aprovado. *Há casos mesmo em que esta indicação nunca será*

aprovada por uma agência reguladora, como em doenças raras cujo tratamento medicamentoso só é respaldado por séries de casos. Tais indicações possivelmente nunca constarão da bula do medicamento porque jamais serão estudadas por ensaios clínicos.

O que é uso *off label* hoje pode vir a ser uso aprovado amanhã, mas nem sempre isso ocorrerá. O que é *off label* hoje, no Brasil, pode já ser uso aprovado em outro país. Não necessariamente o medicamento virá a ser aprovado aqui, embora freqüentemente isso vá ocorrer, já que os critérios de aprovação estão cada vez mais harmonizados internacionalmente.

A aprovação no Brasil, porém, pode demorar, por vários motivos, entre os quais o de que o pedido de registro pode ser feito muito mais tarde aqui do que em outros países. Também pode ocorrer que o medicamento receba aprovação acelerada em outro país, baseada na apresentação de estudos preliminares ou incompletos, o que, via de regra, não é aceito pela Anvisa. Por fim, um uso autorizado no Brasil pode ser uso *off label* em outros países

A classificação de uma indicação como *off label* pode, pois, variar temporalmente e de lugar para lugar. O uso *off label* é, por definição, não autorizado por uma agência reguladora, mas isso não implica que seja incorreto. (in: http://www.anvisa.gov.br/medicamentos/registro/registro_offlabel.htm)

Na hipótese dos autos, feitos os tratamentos convencionais inicialmente em Belo Horizonte, com a realização de duas cirurgias, o médico que atendia o autor indicou a continuidade do tratamento no Hospital Sírio-Libanês, em São Paulo, único a oferecer o tipo de quimioterapia necessária ao caso.

Referido tratamento, ainda experimental, segundo se colhe dos autos, envolve, ao menos em parte, drogas que se encontrariam registradas no Ministério da Saúde (uso *off label*) e o procedimento, combinação de quimioterapia e radioterapia, está previsto entre os mínimos subsidiados.

Vale ficar exposto, ainda, que o autor deixa consignada nos autos sua melhora, transcrevendo o seguinte trecho de relatório médico:

Declaro que o paciente Sr. João Humberto Zago apresentou diagnóstico de tumor de cabeça e pescoço localmente avançado tratado com quimioterapia e quimioradioterapia associada a cirurgia atingindo resposta completa da doença. O paciente nesse momento encontra-se sem evidência de doença devendo retornar a cada 3 meses com exames laboratoriais e de imagens para estadiamento e avaliação da evolução da doença. (fl. 544)

Assim, em princípio, o tratamento, conquanto experimental, se mostrou eficiente no caso concreto.

Por fim, quanto à hipótese aventada pela eminente Relatora, de possibilidade de o custeio do tratamento experimental ser suportado pelo próprio hospital ou pelo fabricante do medicamento, duas questões merecem reflexão.

Uma vez terminada a pesquisa e aprovando-se a técnica utilizada como ingresso no protocolo médico, o Hospital no qual foi concebido o novo tratamento já não será o único a deter e explorar a técnica em seu negócio, sob a ótica empresarial. O novo método passará a ser livremente empregado em outros hospitais, inexistindo meio de restringir o seu uso. Nesse contexto, não será o hospital realizador da pesquisa beneficiado sob o aspecto econômico a ponto de justificar que arque com os custos da fase experimental.

Por outro ângulo, não se pode responsabilizar os fabricantes de medicamentos pelos custos de tratamento experimental realizado por hospital com emprego de tais fármacos, pois tal representaria desestímulo às pesquisas científicas que levam à obtenção de novos remédios.

Com essas considerações, e com a devida vênia dos eminentes Ministros que me antecederam, divirjo do voto da ilustre Relatora, para dar provimento ao recurso especial, julgando procedente a ação e condenando a recorrida a custear o tratamento oncológico realizado pelo recorrente no Hospital Sírio-Libanês.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Marco Buzzi:

Relatório.

Cuida-se, na origem, de ação executiva *lato sensu* (cominatória) ajuizada por João Humberto Zago em face de Unimed de Belo Horizonte - Cooperativa de Trabalho Médico, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, visando, em síntese, compelir a ré a custear, na integralidade, o tratamento oncológico realizado pelo autor, notadamente aquele realizado junto ao Centro de Oncologia do Hospital Sírio Libanês em São Paulo, para o qual o autor (acometido de câncer de língua e pescoço - carcinoma escamocelular moderadamente diferenciado metastático) foi encaminhado.

Depreende-se dos autos que, em 29.9.2003 (fls. 55), o demandante, após ter sido submetido a duas cirurgias para extração de tumores na língua e pescoço, foi

encaminhado pelo médico Márcio Arruda (conveniado da Unimed-BH) para o Hospital Sírio-Libanês, localizado na cidade de São Paulo, em razão de inexistir, no âmbito do Estado de Minas Gerais, tratamento de radioquimioterapia com preservação de órgão.

Em data de 2.10.2003, o enfermo foi atendido no Centro de Oncologia do Hospital Sírio-Libanês por junta médica composta por oncologista clínico e radioterapeuta que lhe ofereceram um tratamento visando à preservação de órgãos, a ser realizado em dois ciclos por intermédio de quimioterapia neoadjuvante, incluindo os medicamentos Carboplatina, Docetaxel e Capecitabina.

Nesta data, qual seja 2.10.2003, o ora insurgente assinou o “termo de consentimento livre e esclarecido” (fls. 152-156), concordando em participar de “Estudo de fase II de preservação de órgãos com Carboplatina, Docetaxel, Capecitabina e radioterapia em câncer avançado de cabeça e pescoço”.

Em relação à primeira etapa do tratamento (dois ciclos de quimioterapia), a equipe do Hospital Sírio-Libanês autorizou, a pedido do paciente, fosse realizada na cidade de Belo Horizonte pelo Dr. Rodrigo Guimarães, por se tratar de procedimentos convencionais mediante adoção de prescrição médica do centro de oncologia daquele nosocômio.

Na etapa seguinte, a operadora de plano de saúde negou a cobertura afirmando se tratar de “tratamento experimental”, não amparado pelo plano de saúde do autor, o que ensejou a presente demanda, julgada procedente pelo juízo de piso que determinou à ré custear o tratamento oncológico do autor.

Irresignada, a operadora do plano de saúde interpôs apelação, tendo o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo dado provimento ao recurso para declarar que a exclusão de tratamento experimental (pesquisa na fase II - aplicação combinada de quimioterapia e radioterapia) é lícita, sendo adequada a recusa de sua cobertura.

Nas razões do recurso especial, o autor alega, além de dissídio jurisprudencial, violação aos artigos 535, incisos I e II do Código de Processo Civil e artigos 10, inciso I e 12, inciso II, alínea **d** da Lei n. 9.656/1998.

A e. Relatora Ministra Isabel Gallotti, em seu judicioso voto, nega provimento ao apelo extremo ante os seguintes fundamentos: a) afastamento da negativa de prestação jurisdicional e aplicação do óbice da Súmula n. 282-STF no tocante à ausência de prequestionamento do artigo 12 da Lei n.

9.656/1998; b) é incontroverso o caráter experimental do tratamento, sendo lícita a cláusula de exclusão da cobertura nos termos do art. 10, inciso I da Lei n. 9.656/1998 e cláusula 9ª, item c do contrato celebrado entre as partes; c) a Resolução Normativa n. 167/2007 da ANS conceitua tratamento experimental; d) a responsabilidade pelo custeio do tratamento deve recair sobre o hospital que está investigando a técnica e sobre os laboratórios que lucram com a comercialização do medicamento desenvolvido na pesquisa; e) o termo de consentimento assinado pelo autor demonstra ser o tratamento mera pesquisa, sem garantia de resultado (uso *off-label*); f) impossibilidade de afastamento da cláusula contratual excludente de tratamento experimental, em razão da necessidade de declaração da inconstitucionalidade do artigo 10, inciso I, da Lei n. 9.656/1998 (posterior ao Código de Defesa do Consumidor); e, g) dissídio jurisprudencial não demonstrado.

O e. Ministro Antônio Carlos, em pedido de vista que formulou, acompanhou a relatora, tendo asseverado: *i)* a proibição legal de cobertura de tratamentos reconhecidamente experimentais, desde que prevista no contrato, deve ser respeitada; *ii)* o afastamento do art. 10, inciso I, da Lei n. 9.656/1998, nas hipóteses de tratamento experimental, demandaria sua prévia declaração de inconstitucionalidade, o que não seria possível no caso ante a não interposição de recurso extraordinário pela parte; *iii)* incidência do óbice da Súmula n. 7-STJ, pois para declarar que o tratamento a que se submeteu o autor não seria experimental, demandaria a incursão no acervo fático-probatório dos autos, providência vedada a esta Corte Superior; *iv)* “apesar de a sentença dizer que a indicação e o relatório médico não mencionariam que o tratamento seria experimental, igualmente não está claro que esses afirmariam o contrário, isto é, que não se cuidaria de experiência”; *v)* experimental é aquilo que não é comum, e o fato de serem utilizados medicamentos eventualmente aceitos pela ANVISA não descaracteriza a natureza experimental, “isto porque a combinação de determinados medicamentos e procedimentos, não testada anteriormente por período razoável e acompanhada por especialistas, igualmente pode acarretar danos à saúde do paciente ou não surtir nenhum efeito”; *vi)* o custeio da experiência deveria ser arcado pelo hospital e pelos laboratórios patrocinadores, e a título de simples informação, o termo assinado pelo paciente dispõe que este será responsável pelos custos rotineiros dos cuidados médicos.

De sua vez, o Ministro Raul Araújo, proferiu voto divergente, oportunidade em que consignou: 1) as operadoras são obrigadas a cobrir os tratamentos e serviços necessários à busca da cura ou controle da doença apresentada pelo

paciente e listada na Classificação Estatística Internacional de Doenças e problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde; 2) na hipótese de existirem tratamentos convencionais, com respostas satisfatórias, não pode o paciente optar por tratamentos experimentais, por considerá-los mais eficientes ou menos agressivos, às custas da operadora de plano de saúde”; entretanto, “nas situações em que os tratamentos conhecidos não serem suficientes ou eficientes, fato atestado pelos médicos que acompanham o caso, existindo tratamento experimental, em instituição reconhecida, com indicação para a doença, a operadora deve se responsabilizar por esse tratamento, que passa a ser o único cuja disponibilidade interessa ao contratante”; 3) “o tratamento experimental, por força de sua eventual utilidade, se transmuda no tratamento mínimo a ser garantido ao paciente, escopo da Lei n. 9.656/1998, como se vê dos arts. 10 e 12”; 4) “não se está, na hipótese, afastando a incidência do art. 10, I da Lei n. 9.656/1998, mas apenas fazendo-se uma interpretação sistêmica da Lei dos planos de assistência à saúde, daí não se tratar de declaração de inconstitucionalidade, vedada aos órgãos fracionários desta Corte, nos termos do art. 97 da Constituição Federal; 5) “uma vez terminada a pesquisa e, entrando a técnica utilizada para o protocolo médico, o Hospital no qual foi realizado o tratamento experimental não será o único a explorá-lo em seu negócio empresarial, podendo o método ser empregado em outros hospitais, inexistindo como restringir seu uso. Neste contexto, não será o hospital realizador da pesquisa beneficiado sob o aspecto econômico a ponto de justificar que arque com os custos da pesquisa”; 6) “responsabilizar os fabricantes de medicamentos pelo custeio do tratamento, conquanto pareça equânime do ponto de vista empresarial, pode ensejar a indicação e utilização indiscriminada desses tratamentos experimentais, pondo em risco a saúde de pacientes”.

Voto

Eminentes pares, após os votos proferidos pela e. Relatora Ministra Isabel Gallotti (com retificação de voto), seguida pelo Ministro Antônio Carlos Ferreira, que negam provimento ao recurso especial do autor, e o voto divergente manifestado pelo e. Ministro Raul Araújo, que dá provimento ao apelo extremo para julgar procedente a demanda, com a condenação da ré a custear o tratamento oncológico realizado pelo recorrente junto ao Hospital Sírio-Libanês, formulei pedido de vista para melhor análise da controvérsia.

Realizada acurada análise do tema, voto por acompanhar a divergência a fim de, afastada a preliminar de negativa de prestação jurisdicional, dar

provimento ao recurso especial, para *restabelecer a sentença de fls. 587-589, ainda que por fundamentação diversa daquela inaugurada pelo e. Ministro Raul Araújo.*

De plano, necessário assinalar que não se cogita em aplicabilidade dos óbices das Súmulas n. 5 e 7-STJ, porquanto o presente voto não se imiscui no reexame de fatos, provas e cláusulas contratuais - tarefa das instâncias ordinárias -, mas ao contrário, confere aos fatos expressamente mencionados no acórdão hostilizado um novo enquadramento jurídico, ou seja, promove a reavaliação da prova, procedimento sobejamente admitido no âmbito desta Corte, mormente quando é possível vislumbrar *primo icto oculi* que a tese articulada no apelo nobre não retrata rediscussão de fato e nem interpretação de cláusulas contratuais, senão apenas da qualificação jurídica dos fatos já apurados e dos efeitos decorrentes do procedimento ao qual se submeteu o autor para tratamento e cura do câncer.

Nesse sentido:

*Recurso especial. Ação de indenização por danos morais. Pedido de concessão de mútuo para aquisição de bem imóvel. Início do procedimento de análise de crédito. Posterior indeferimento do empréstimo. Reconhecimento do abalo moral pelas instâncias ordinárias. Insurgência da casa bancária. 1. A redefinição do enquadramento jurídico dos fatos expressamente mencionados no acórdão hostilizado constitui, na hipótese, mera reavaliação da prova, procedimento sobejamente admitido no âmbito desta Corte, mormente quando em juízo sumário, for possível vislumbrar *primo icto oculi* que a tese articulada no apelo nobre não retrata rediscussão de fato e nem interpretação de cláusulas contratuais, senão somente da qualificação jurídica dos fatos já apurados e dos efeitos decorrentes da não concessão do financiamento imobiliário. (...) 4. Recurso especial provido. (REsp n. 1.329.927-PR, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 23.4.2013, REPDJe 9.5.2013, DJe 8.5.2013)*

Cuida-se de ação executiva *lato sensu* (cominatória) ajuizada por *João Humberto Zago* em face de *Unimed de Belo Horizonte - Cooperativa de Trabalho Médico*, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, visando, em síntese, compelir a ré a custear, na integralidade, o *tratamento oncológico* realizado pelo autor, notadamente aquele realizado junto ao Centro de Oncologia do Hospital Sírio Libanês em São Paulo, para o qual o autor (acometido de câncer de língua e pescoço - carcinoma escamocelular moderadamente diferenciado metastático) foi encaminhado.

Depreende-se dos autos que, em 29.9.2003 (fls. 55), o demandante, *após ter sido submetido a duas cirurgias para extração de tumores na língua e pescoço*, foi

encaminhado pelo médico Márcio Arruda (*conveniado da Unimed-BH*) para o Hospital Sírio-Libanês, localizado na cidade de São Paulo, em razão de inexistir, no âmbito do Estado de Minas Gerais, tratamento de radioquimioterapia *com preservação de órgão*.

Em data de 2.10.2003, o enfermo foi atendido no Centro de Oncologia do Hospital Sírio-Libanês por junta médica composta por oncologista clínico e radioterapeuta que lhe ofereceram um *tratamento visando à preservação de órgãos*, a ser realizado em *dois ciclos* por intermédio de *quimioterapia* neoadjuvante, incluindo os medicamentos Carboplatina, Docetaxel e Capecitabina.

Nesta mesma ocasião, qual seja no dia 2.10.2003, o ora insurgente assinou o “termo de consentimento livre e esclarecido” (fls. 152-156), concordando em participar de “Estudo de fase II de preservação de órgãos com Carboplatina, Docetaxel, Capecitabina e radioterapia em câncer avançado de cabeça e pescoço”.

Neste termo de consentimento foi o autor

convidado para participar de um estudo de pesquisa que irá avaliar a efetividade em termos de resposta (mínima, parcial e completa), tempo livre de progressão, e sobrevida do *tratamento quimioterápico* (carboplatina, docetaxel e capecitabina) e *radioterápico* em pacientes com *câncer avançado de cabeça e pescoço após um ciclo de quimioterapia* utilizando três drogas (carboplatina, docetaxel e capecitabina) (fls. 153, e-STJ - grifos nossos)

Conforme consta, *nessa etapa do tratamento, ou seja, nos dois ciclos de quimioterapia*, com o uso dos medicamentos Docetaxel, Carboplatina e Capecitabina, a equipe do Hospital Sírio-Libanês autorizou, a pedido do paciente, fosse esta etapa realizada na cidade de Belo Horizonte pelo Dr. Rodrigo Guimarães, por se tratar de *procedimentos convencionais* mediante adoção da prescrição médica do centro de oncologia daquele nosocômio.

Esta prescrição médica se encontra explicitada no “termo de consentimento livre e esclarecido” assinado pelo autor, no qual está expresso que lhe seria aplicada quimioterapia de indução por dois ciclos e somente os pacientes com resposta mínima (parcial ou completa) continuariam no protocolo de preservação de órgãos com quimioterapia combinada com radioterapia.

É o que se extrai do relatório médico acostado às fls. 56 dos presentes autos que está transcrito, na integralidade, na petição inicial às fls. 6-7. Ademais, sobre esse mesmo relatório médico a sentença menciona não haver indicação de que fosse experimental o tratamento oferecido ao autor.

Em 20 de novembro, portanto, após o encerramento dos dois primeiros ciclos do recurso terapêutico, o autor foi submetido a uma intervenção cirúrgica para esvaziamento da área afetada pelo carcinoma, o que foi feito no hospital de São Paulo oportunidade em que, ante “excelente resposta” conforme consta do referido relatório médico, foi permitido prosseguir no tratamento.

Como se vê, o autor, embora tenha participado do que se denominou no aditivo que firmou, de “estudo na fase II”, não foi submetido a “tratamento experimental”. Isso porque, além de o tratamento por radioquimioterapia constituir procedimento padrão, rotineiramente utilizado para tratamento de câncer, está coberto pelo plano de saúde do autor e, ainda, consta no rol dos procedimentos a que a própria lei determina a cobertura obrigatória. Isso é claríssimo, tanto que a Unimed cobriu/custeou, sem oferecer qualquer resistência, todo o procedimento até aquela fase, incluindo quimioterapia, cirurgias e exames, que diga-se, abarcam etapa do “estudo de fase II”.

Ademais, o plano de saúde do paciente (UNIMAX coletivo empresarial, acomodação apartamento, segmentação ambulatorial+hospitalar+obstetrícia) cobre os procedimentos de radioterapia e quimioterapia - exatamente os recursos terapêuticos disponibilizados ao autor -, ainda que a necessidade esteja relacionada à continuidade da assistência prestada em nível de internação, pois a própria legislação regulamentadora dos planos de saúde (Lei n. 9.656/1998, artigo 12, inciso II, alíneas **d** e **g**) determina, *em caráter obrigatório*, quando o contrato inclui internação hospitalar (caso dos autos), ser vedada a negativa de:

d) cobertura de exames complementares indispensáveis para o controle da evolução da doença e elucidação diagnóstica, fornecimento de medicamentos, anestésicos, gases medicinais, transfusões e sessões de quimioterapia e radioterapia, conforme prescrição do médico assistente, realizados ou ministrados durante o período de internação hospitalar;

g) cobertura para tratamentos antineoplásicos ambulatoriais e domiciliares de uso oral, procedimentos radioterápicos para tratamento de câncer e hemoterapia, na qualidade de procedimentos cuja necessidade esteja relacionada à continuidade da assistência prestada em âmbito de internação hospitalar; (Incluído pela Lei n. 12.880, de 2013)

Em que pese essa última disposição legal tenha sido incluída por lei editada no ano de 2013, apenas corrobora a normativa constante do inciso “d”, cuja redação foi dada pela Medida Provisória n. 2.177-44 de 2001, que já previa como cobertura mínima do plano de saúde de segmento hospitalar a cobertura dos procedimentos radioquimioterápicos, antes portanto da data do tratamento

a que foi submetido com amplo êxito o autor, que inclusive noticia em petição acostada às fls. 542-545, amparado pelo relatório médico de fls. 546, não possuir mais evidência da doença.

A corroborar a assertiva de que o tratamento a que foi submetido o autor não possuía caráter experimental, estando naquela ocasião apenas sendo analisada a combinação e a dosagem dos elementos químicos utilizados na quimioterapia (de acordo com as características de cada paciente) - ressalte-se, coberta pelo plano de saúde em caráter legal (determinação de cobertura mínima constante em lei) e contratual -, temos que *a ré Unimed autorizou e custeou as sessões de quimioterapia, cirurgia e os demais exames a que se submeteu o autor nos dois primeiros ciclos do alegado "tratamento experimental" que fora realizado, a pedido do paciente, na localidade onde residia (Belo Horizonte), conforme os preceitos e especificações determinados pela junta médica do Hospital Sírio-Libanês.*

Além desta constatação ter sido expressamente mencionada no relatório médico já anteriormente mencionado, verifica-se, apenas a título elucidativo, do "relatório de utilizações de clientes" acostado às fls. 159-162, que os procedimentos de quimioterapia nos dois primeiros ciclos do alegado "tratamento experimental" foram realizados em 8.10.2003 e 5.11.2003, tendo sido cobertos pela Unimed, inclusive com o custeio dos exames vinculados ao tratamento.

Ora, se o tratamento era considerado experimental como alega a ré, porque então custeou os dois primeiros ciclos do mesmo recurso terapêutico a que se submeteu o autor, inclusive amparado pelo termo de consentimento livre e esclarecido, no qual, como já exposto anteriormente, foi feito o uso dos mesmos elementos químicos (Carboplatina, Docetaxel e Capecitabina) para a quimioterapia?

Efetivamente, ou o tratamento é experimental, estando a negativa de cobertura amparada em cláusula excludente do contrato de plano de saúde ou o tratamento é convencional (quimioterapia e radioterapia), a que está a operadora do plano vinculada a custear com base na obrigatoriedade de cobertura constante da lei e das disposições contratuais, como visto.

O mesmo tratamento não pode estar amparado em tão vasta diferença de cobertura, mormente quando a doença consta do rol da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, nos termos do artigo 10 da Lei n. 9.656/1998 e o contrato é regido pelo diploma consumerista, sendo o contratante do plano de

saúde a parte hipossuficiente da relação jurídica, ao qual as normas protetivas do consumidor dão total amparo.

Não é demais mencionar que o próprio acórdão recorrido rechaça a tese de que a negativa de cobertura dos ciclos seguintes do tratamento tenham sido negadas por conta da área de atendimento, uma vez que a recusa da ré foi fundamentada exclusivamente na natureza do tratamento, não se podendo cogitar nesta oportunidade o contrário.

Confira-se trecho do acórdão sobre o ponto:

Em casos semelhantes, tem-se entendido existir a justa expectativa do consumidor de que será atendido pela rede Unimed em todo o país. O contrato prevê apenas o atendimento fora da área da apelante nos casos de urgência e emergência, mas a restrição não está anotada com destaque. Por isso, ela não pode ser aceita. Vale anotar ainda que na carta de fls. 44 a recusa da ré foi fundamentada apenas na natureza do tratamento, não o sendo quanto á área de atendimento. (fls. 705)

Ademais, é entendimento prevalente nesta Corte Superior que “tratamento experimental é aquele em que não há comprovação médica-científica de sua eficácia, e não o procedimento que, a despeito de efetivado com a utilização equipamentos modernos, é reconhecido pela ciência e escolhido pelo médico como o método mais adequado à preservação da integridade física e ao completo restabelecimento do paciente”, sendo “abusiva a negativa da operadora do plano de saúde de utilização da técnica mais moderna disponível no hospital credenciado pelo convênio e indicada pelo médico que assiste o paciente”. (REsp n. 1.320.805-SP, Rel. Ministra *Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 5.12.2013, DJe 17.12.2013*)

No mesmo sentido:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Plano de saúde. Cobertura. Negativa. Medicamento experimental. Incidência da Súmula n. 83-STJ.

1. *O acórdão recorrido está em conformidade com o entendimento desta Corte no sentido de que o plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não pode limitar o tipo de tratamento a ser utilizado pelo paciente. Precedentes.*

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp n. 345.433-PR, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 20.8.2013, DJe 28.8.2013*)

Agravo regimental. Agravo em recurso especial. Plano de saúde. Tratamento. Medicamento. Negativa de cobertura. Cláusula abusiva.

1. Tratamento experimental é aquele em que não há comprovação médica-científica de sua eficácia, e não o procedimento que, a despeito de efetivado com a utilização equipamentos modernos, é reconhecido pela ciência e escolhido pelo médico como o método mais adequado à preservação da integridade física e ao completo restabelecimento do paciente.

2. Delineado pelas instâncias de origem que o contrato celebrado entre as partes previa a cobertura para a doença que acometia a autor, é abusiva a negativa da operadora do plano de saúde de fornecimento dos medicamentos prescritos pelo médico que assiste o paciente. Precedentes.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp n. 7.865-RO, Rel. Ministra *Maria Isabel Gallotti*, Quarta Turma, julgado em 20.2.2014, DJe 5.3.2014)

Na hipótese, necessário mencionar, também, que a Resolução Normativa n. 167, de 9 de janeiro de 2007, da ANS, da qual se valeu o Tribunal de origem para conceituar tratamento experimental, embora auxilie no caso, a ele não é aplicável, uma vez que, no ano de 2003, quando ocorreu a recusa na cobertura ao tratamento oncológico do autor, vigoravam a Resolução do Conselho da Saúde Suplementar - CONSU n. 10/1998 e a Resolução da Diretoria Colegiada da ANS - RDC n. 67/01, nenhuma especificando o entendimento acerca do que seria ou não considerado “tratamento experimental”.

Sob outro aspecto, sem no entanto perder o foco que aqui se propõe, é imprescindível anotar que quando o marco regulatório dos planos de saúde dispõe acerca da possibilidade de negativa de custeio de tratamento clínico ou cirúrgico experimental (artigo 10, inciso I da Lei n. 9.656/1998), isso não constitui uma determinação *ope legis*, ou seja uma exclusão legal e obrigatória de todos os contratos de planos e seguros privados de assistência à saúde, mas uma faculdade conferida às operadoras que podem, respeitadas as adequadas informações ao consumidor, excluir da cobertura dos planos disponibilizados o procedimento.

No ponto, adequada, portanto, a argumentação tecida pelo acórdão recorrido que consignou:

A exclusão de tratamento experimental é lícita, desde que prevista contratualmente, porque a Lei n. 9.656/1998 a admite expressamente, independentemente de a circunstância de ser ou não dada cobertura á doença do consumidor. (fls. 706)

Assim, não há falar em prevalência da Lei n. 9.656/1998 sobre o diploma consumerista, pois em que pese o normativo seja mais recente e específico, não derogou as disposições da Lei n. 8.078/1990, tanto que é expresso o entendimento sumulado no Enunciado n. 469 desta Corte Superior ao prelecionar: “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde”.

Nesse sentido, acredita-se ser desnecessária a feitura de uma interpretação sistêmica da lei dos planos de saúde à hipótese ora em foco, notadamente do artigo 10, inciso I, uma vez que, no caso em julgamento, não há choque entre as suas disposições e a Constituição Federal no que tange à possibilidade de exclusão de cobertura de “tratamento experimental”, desde que este tenha sido *contratualmente previsto*, com informação clara e adequada ao consumidor, e ainda, que além de efetivamente *se enquadrar como procedimento clínico experimental* (o que não é o caso dos autos, posto que na hipótese não se cogita ser a radioquimioterapia tratamento experimental), *não tenha a operadora do plano de saúde violado preceitos atinentes à boa-fé contratual e impedimento de comportamento contraditório, como aqui ocorreu.*

Como visto, as circunstâncias específicas desta demanda rechaçam a tese de tratamento experimental, bem ainda inviabilizam a aplicação do preceito contido no artigo 10, inciso I, da Lei n. 9.656/1998, ante o fato de que a recusa no custeio do tratamento oncológico do autor, sob a assertiva de que este é considerado tratamento experimental, já tendo anteriormente coberto os dois primeiros ciclos do mesmo procedimento, constitui comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) da Unimed que deixou seu associado desamparado em momento delicadíssimo de sua vida quando já havia autorizado e custeado o procedimento de radioquimioterapia, diga-se, com os mesmos elementos químicos a que fez uso o autor nos dois primeiros ciclos do tratamento.

Assim, aplicável ao caso o firme entendimento desta Corte Superior no sentido de que “os princípios da segurança jurídica e da boa-fé objetiva, bem como a vedação ao comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), impedem que a parte, após praticar ato em determinado sentido, venha a adotar comportamento posterior e contraditório”. (AgRg no REsp n. 1.099.550-SP, Rel. Min. *Arnaldo Esteves Lima*, *Quinta Turma*, DJe 29.3.2010)

Por fim, apenas para constar como reforço de argumentação, as três substâncias terapêuticas utilizadas no tratamento do autor são registradas junto

à Agência Nacional de Vigilância Sanitária, sendo tal informação facilmente verificável no sítio eletrônico da referida entidade.

A mera assinatura de um “termo de consentimento” entre o paciente e o hospital responsável pelo seu tratamento, não tem o condão de interferir/transformar a relação jurídica estabelecida com a operadora do plano de saúde, mormente na hipótese em questão no qual o paciente, em condições adversas e premido de extrema necessidade, assina o referido termo no qual não consta, de modo expresso e claro, como seria de rigor, tratar-se o recurso terapêutico de “tratamento experimental”.

E, no que tange à suposta negativa de cobertura ante a alegação de que o tratamento oferecido pelo Hospital Sírio-Libanês constitui “tão-somente pesquisa, sem nenhuma garantia de resultado”, vê-se desprovida de razoabilidade a assertiva, porquanto o resultado em casos como o presente constitui evento futuro e incerto em que até mesmo o prolongamento de um único dia de vida, na guerra travada contra essa grave e devastadora doença, pode ser considerado um bom resultado.

Do exposto, rogando vênias à relatora e ao e. Ministro Antônio Carlos, acompanho a divergência inaugurada pelo Ministro Raul Araújo, ainda que por fundamentação diversa, a fim de restabelecer a sentença em todos os seus termos.

É como voto.

ESCLARECIMENTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Sr. Presidente, cumprimento o voto do eminente Ministro Marco Buzzi e gostaria de esclarecer o meu ponto de vista, até porque foi citado um precedente da minha relatoria, o que poderia parecer alguma contradição de fundamento.

Observo que nunca havia visto um processo em que a parte tivesse ido a um hospital de ponta e assinado um termo de consentimento esclarecido para participar de uma pesquisa e isso tenha sido considerado expressamente pelo hospital como uma experiência, porque esclarecido no termo assinado pelo paciente que era uma pesquisa e que não havia comprovação de eficácia, até porque a pesquisa se destinava exatamente a verificar se a combinação daquelas substâncias e o método de emprego iria ou não produzir resultados que justificassem seu uso como método cientificamente reconhecido como seguro e eficaz para aquele tipo de enfermidade.

O precedente a que S. Exa. se refere era um caso em que o Hospital Einstein submeteu o paciente a uma cirurgia por meio de robótica. O plano de saúde havia autorizado a cirurgia. Na hora de pagar, glosou a despesa considerando que a cirurgia poderia ter sido feita por laparoscopia convencional, que é mais barata. A máquina empregada para a cirurgia com técnica robótica é nova, fora comprada pelo hospital há pouco tempo. Assim, argumentou o plano de saúde: se o hospital sempre fez procedimentos com a máquina antiga, a laparoscopia convencional, por que é que agora, só porque o hospital comprou uma máquina nova, para a laparoscopia assistida por robô, vou pagar mais caro pelo uso de uma máquina melhor, já que sempre havia sido feita a cirurgia com a máquina convencional?

No caso citado, a Turma, unanimemente, deu provimento ao recurso para determinar fosse ressarcido o custo do tratamento. Não havia termo de consentimento do paciente para se submeter a uma pesquisa. O único fato que fez o plano de saúde impugnar o pagamento já autorizado foi que as cirurgias, antigamente, eram feitas naquele hospital com outra máquina. E agora, que o hospital tinha uma máquina, por que pagar por uma máquina mais moderna?

Considerarei que o fato de ser uma técnica mais moderna e mais cara não a transforma em experimental. Naquele caso, a alegação aceita pelo acórdão como fator de *discrimen*, para qualificar como experimental o tratamento, não era haver o doente concordado em participar de uma pesquisa, mas o mero fato de o plano afirmar que havia sido usado o equipamento de ponta do hospital, ao contrário de um equipamento antigo que dava certo. Entendi que era aplicável a jurisprudência deste Tribunal de que cabe ao médico dizer, dentro das técnicas disponíveis, qual é a melhor para cada paciente.

Acho importante deixar bem claro que não é o preço do tratamento, mais caro do que métodos anteriores, que o caracteriza como experimental.

Também afirmo que não tenho dúvida de que o tratamento era necessário, até porque os outros tinham sido frustrados.

Igualmente, penso não ser relevante, para efeito de decidir se há ou não direito à cobertura, se o tratamento experimental teve ou não resultado positivo para o autor, porque o que define o espectro de cobertura do plano contratado e o que caracteriza o tratamento a que submeteu como experimental não é o resultado prospectivo da experiência.

Penso, *data maxima venia*, que reexaminar os documentos dos autos para entender que, apesar de o Tribunal de origem ter concluído que era

experimental, o tratamento não era experimental, implica reexame de prova, vedado na via do recurso especial.

Considero também que o fato de as substâncias serem registradas na Anvisa, o que é alegado pelo recorrente, mas não consta do acórdão recorrido, não significa que tal registro permita o uso *off label*. Os medicamentos são registrados para as utilidades terapêutica descritas, testadas e aprovadas no processo de registro. Tendo como certa esta premissa afirmada pelo recorrente, a pesquisa, no caso, consistiu em verificar se a aplicação combinada daquelas drogas em tantos ciclos, conforme descrito na pesquisa, será ou não eficaz. Os planos de saúde ou o serviço público de saúde têm que empregar os recursos em técnicas efetivamente seguras eficazes, conforme os protocolos médicos e científicos aprovados pela agência pública competente.

Por fim, penso que o fato de o plano de saúde ter coberto a primeira parte do tratamento, antes de constituir uma conduta de *venire contra factum proprium*, mostra a boa-fé do plano, porque ele cobriu o tratamento até onde se considerou não ser experimental e deixou de pagar a parte experimental contratualmente excluída, conforme aceito pelo Tribunal de origem, soberano na análise da prova.

Peço renovada vênua ao Ministro Marco Buzzi para reafirmar meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Eminentíssimo Presidente, estimados colegas, ouvi atentamente todos os debates e penso ser uma causa espinhosa, porque envolve um tema muito novo, consistente em aferir se o tratamento é experimental ou não e, em caso afirmativo, se há ou não cobertura pelo plano de saúde.

Acerca da natureza do tratamento, com a devida vênua do eminentíssimo Ministro Marco Buzzi, observa-se que o acórdão do Tribunal local - soberano em matéria de fato - é taxativo em afirmar o caráter experimental do tratamento, como se extrai do seguinte trecho: "A apelante afirma que o tratamento do autor é experimental em virtude do exposto no termo de consentimento de fls. 132-136".

E arremata:

Realmente, nesse termo consta que estava sendo feita uma pesquisa na fase II de aplicação combinada de quimioterapia e radioterapia, utilizadas na

primeira três drogas e que o termo foi lavrado, porque obrigatório para pesquisa científica em seres humanos. Não há, pois, como negar o caráter experimental do tratamento.

(fl. 706)

Em seguida, o aresto hostilizado segue fundamentando a exclusão.

Portanto, não tenho dúvida, com base no que está fixado no acórdão, em concluir pelo caráter experimental do tratamento.

2. Estabelecida essa premissa fática, vou rogar vênias à eminente Ministra relatora e ao Ministro Antonio Carlos Ferreira para aderir à divergência inaugurada pelo eminente Ministro Raul Araújo que, ao interpretar com precisão o inciso I do art. 10 da Lei n. 9.656/1998, estabeleceu os limites de restrição que podem ser conferidos a esse dispositivo, quando assenta:

Assim, a restrição contida no art. 10, I, da Lei n. 9.656/1998 somente deve ter aplicação nas hipóteses em que os tratamentos convencionais mínimos garantidos pelo art. 12 da mesma Lei são de fato úteis e eficazes para o contratante. Em situações em que os tratamentos convencionais se mostram ineficientes, deve a operadora se responsabilizar pelo tratamento experimental, desde que haja indicação médica e seja realizado em instituição de saúde reconhecida.

Ressalta-se a exigência, como medida de cautela, de indicação médica, sendo insuficiente a simples pretensão manifestada pelo paciente, bem como a necessidade de ser realizada em instituição de saúde reconhecida.

E neste caso que está sendo analisado, o tratamento foi tão eficaz que, de fato, o paciente se curou. Eu e o Ministro Antonio Carlos Ferreira fizemos uma pesquisa rápida - claro que ela pode estar equivocada - e, pelo menos até uma mensagem do ano de 2012, que consta na rede mundial de computadores, ele lutou contra o câncer e o superou. Então, é intuitivo que o tratamento tenha sido o eficaz.

E essa teleologia que vem no voto divergente aplicada pelo Ministro Raul Araújo tem toda a combinação com os precedentes da Casa, que estabelecem que, na verdade, não há doenças, há doentes. E esses doentes precisam receber o tratamento adequado na profundidade do que contrataram, porque o escopo de um contrato de plano de saúde é justamente garantir que todo tratamento disponível, na linha do que foi contratado, esteja disponível para o paciente.

Se o médico, que é o condutor do processo de cura, estabelece que se esgotaram os procedimentos terapêuticos convencionais, recomenda um

procedimento experimental que tem ampla viabilidade de ser eficaz e salvar a vida do paciente, entendo que o plano de saúde, nessas circunstâncias, tem o dever de arcar com todo o custo desse tratamento, porque, efetivamente, é o recomendado para a cura do doente.

Dessa sorte, tendo em conta que os precedentes da Casa disciplinam que o plano de saúde não pode vedar a conclusão do tratamento na melhor linha recomendada pelo médico (AgRg no AREsp n. 190.576-SP, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 5.3.2013, DJe de 12.3.2013; AgRg no REsp n. 1.260.121-SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 27.11.2012, DJe de 6.12.2012; REsp n. 896.247-RJ, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 21.11.2006, DJ de 18.12.2006, p. 399), *mutatis mutandis*, esse entendimento também se aplica para o tratamento experimental, conferindo-se dessa maneira a adequada interpretação ao inciso I do art. 10 da Lei n. 9.656/1998.

Já avançando um pouco, Senhor Presidente, nos debates em relação ao conteúdo da dispersão de votos que tivemos, um tema muito debatido, entendo que, em se perfazendo a maioria em relação ao provimento do recurso, há que se definir quanto à fundamentação, porque o Ministro Marco Buzzi não reconhece o caráter experimental do tratamento. Creio que, aí sim, tem aplicação às inteiras o critério do voto médio, que é o voto prevalente da maioria que se formou, capitaneada a partir da divergência. O voto médio apresentado, quanto à fundamentação, é o de que o caráter experimental do tratamento prevalece.

Então, já adiantando meu posicionamento, a tese de que há o caráter experimental foi afirmada por quatro dos Ministros presentes, então a dispersão tem que ser qualitativa para ensejar o voto médio.

Nesse particular, penso que a relatoria fica com o primeiro voto divergente, proferido pelo Ministro Raul Araújo, e a tese que prevalece, segundo meu ângulo, é de que o caráter experimental da doença é o que fica perfilhado.

3. Ante o exposto, renovando as vênias à eminente relatora, que fez um voto cuidadoso, secundado também pelas não menos percucientes observações que fez o Ministro Antonio Carlos Ferreira, adiro ao voto de Sua Excelência, Ministro Raul Araújo, para dar provimento ao recurso especial nos termos em que foi apresentado pelo voto divergente.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.501.187-RJ (2011/0287615-0)

Relator: Ministro Marco Buzzi
Recorrente: Google Brasil Internet Ltda
Advogado: Eduardo Luiz Brock
Recorrido: Ana Lucia Soares Dotta de Oliveira
Recorrido: Ana Carla Carvalgo de Souza
Recorrido: Marcelo Soares Salomão
Advogado: Rossimar Calaffa e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Ação de obrigação de fazer c.c. indenizatória. Responsabilidade civil de provedor de *internet*. Ofensas inseridas por anônimo no *site* de relacionamentos Orkut. Decisões das instâncias ordinárias que reconheceram a responsabilidade objetiva do Google.

Insurgência do réu.

1. Ambas as Turmas que compõem a Segunda Seção desta Corte Superior possuem precedentes sobre o tema central da lide - responsabilidade civil de provedor de internet por mensagens ofensivas postadas em seus *sites*.

1.1 Nesses julgados, consolidou-se o entendimento de que não se aplica, em casos como o destes autos, a responsabilidade objetiva com base no art. 927 do CC, mas sim a responsabilidade subjetiva, a qual só se configura quando o provedor não age rapidamente para retirar o conteúdo ofensivo ou não adota providências para identificar o autor do dano.

1.2. No presente caso, as instâncias ordinárias reconheceram a responsabilidade objetiva do ora agravante, contrariando, dessa maneira, a jurisprudência desta Corte sobre o assunto.

2. Considerando que a responsabilidade civil do provedor de *internet*, em casos como este, é subjetiva, e considerando que não ficou caracterizada nenhuma conduta ilícita do ora agravante capaz de ensejar a sua responsabilização, merece reforma o acórdão recorrido, afastando-se a aplicação da teoria do risco.

3. Recurso especial *provido* para julgar improcedente o pedido de indenização por danos morais formulado na petição inicial.

ACÓRDÃO

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

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

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

Brasília (DF), 16 de dezembro de 2014 (data do julgamento).

Ministro Raul Araújo, Presidente

Ministro Marco Buzzi, Relator

DJe 3.3.2015

Republicado em virtude de alteração da autuação - inclusão de advogado

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Trata-se, na origem, de ação ordinária ajuizada por *Marcelo Soares Salomão e Outros* contra o *Google Brasil Internet Ltda.*, na qual se pleiteou (i) a retirada de uma página da rede social Orkut, em que foram postadas ofensas contra os autores, (ii) a condenação do réu ao pagamento de indenização por danos morais, em virtude da exposição de tais ofensas, e (iii) o fornecimento dos dados de quem criou a referida página.

O Juízo de primeiro grau concedeu a antecipação de tutela requerida, determinando a imediata remoção da “comunidade virtual” onde foram proferidas as agressões à honra e à imagem dos autores. Posteriormente, julgou procedente o pedido indenizatório, fixando a indenização em R\$ 10.000,00 para cada autor.

Ambas as partes interpuseram apelação, mas o TJRJ negou provimento aos recursos, em acórdão assim ementado:

Apelação cível. Ação de obrigação de fazer c.c. indenizatória. Responsabilidade civil. Ofensas inseridas por anônimo no *site* de relacionamentos 'Orkut'. Preliminar de ilegitimidade passiva afastada. Dano moral configurado.

1. Ação movida contra a Google em razão de referências ofensivas inseridas por terceiros desconhecidos no Orkut.

2. Se o réu é proprietário do domínio 'Orkut' e permite a postagem de mensagens anônimas e ofensivas, responde pelo dever de indenizar à parte que sofreu dano a sua honra e dignidade. Preliminar de ilegitimidade passiva que não se acolhe.

3. Aplicação do art. 927, parágrafo único, do CPC, que adota a teoria da responsabilidade civil objetiva, estabelecendo que haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

4. Vedação ao anonimato nas livres manifestações de pensamento, de acordo com o art. 5º, inciso IV, da CRFB/1988.

5. Caracterizado o dever de indenizar do réu.

6. Valor arbitrado em R\$ 10.000,00, para cada um dos autores, que se revela adequado, de acordo com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados.

Inconformado, o Google interpôs o presente recurso especial, com fundamento no art. 105, III, a e c, da CF, alegando violação dos arts. 186 e 927 do CC e 535 do CPC. Sustentou, preliminarmente, a existência de omissão quanto à alegação de que, a despeito de a sentença não ter determinado o fornecimento dos dados do criador da página, o acórdão recorrido reconheceu a sua responsabilidade justamente pelo não fornecimento de tais dados. No mérito, aduziu que não houve a prova da sua participação em qualquer evento danoso, bem como que não foi analisada a matéria relativa à inaplicabilidade da teoria do risco ao caso. Finalmente, pediu a redução do *quantum* indenizatório e citou precedente da Terceira Turma desta Corte em favor de suas teses recursais (REsp n. 1.193.764-SP, relatado pela Ministra *Nancy Andrighi*).

O Tribunal local não admitiu o recurso sob o fundamento de incidência do Enunciado n. 7 da Súmula do STJ.

Interposto o agravo do art. 544 do CPC, o Google defendeu o preenchimento dos requisitos de admissibilidade do apelo nobre, questionando a incidência do óbice do Enunciado n. 7 da Súmula do STJ. No mais, reiterou as razões do recurso especial.

Em decisão monocrática, esta relatoria negou provimento ao agravo, sob os seguintes fundamentos: (i) incidência do Enunciado n. 7 da Súmula do STJ; (ii) razoabilidade do valor fixado a título de danos morais, no montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais); e (iii) ausência de negativa de vigência ao art. 535 do CPC.

Contra a referida decisão foi interposto agravo regimental, no qual o Google insistiu na alegação de omissão do acórdão recorrido, por não ter emitido manifestação sobre a inaplicabilidade da teoria do risco ao caso. No mérito, as razões do recurso especial foram novamente reiteradas.

Iniciado o julgamento por esta Quarta Turma, proferi voto negando provimento ao agravo regimental, tendo a Ministra *Maria Isabel Gallotti* pedido vista dos autos.

Reiniciado o julgamento, pedi vista regimental para melhor exame do caso, antes da leitura do voto-vista de Sua Excelência.

Na sessão de julgamento do dia 4.12.2014, esta Quarta Turma, por unanimidade, proveu o agravo regimental para tornar sem efeito a decisão monocrática que negou provimento ao agravo do art. 544 do CPC, convertendo-o em recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Buzzi (Relator): O recurso merece prosperar.

Ambas as Turmas que compõem a Segunda Seção desta Corte Superior possuem precedentes sobre o tema central da lide - responsabilidade civil de provedor de *internet* por mensagens ofensivas postadas em seus *sites*.

Nesses julgados, consolidou-se o entendimento de que não se aplica, em casos como o destes autos, a responsabilidade objetiva com base no art. 927, parágrafo único, do CC, mas sim a responsabilidade subjetiva, pois o dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no *site* por usuário não constitui risco inerente à atividade desenvolvida pelo provedor da *internet*, tendo em vista não lhe ser exigido o controle prévio do conteúdo disponibilizado por usuários. Com efeito, a responsabilidade do provedor exsurgirá apenas quando esse não age rapidamente para retirar o conteúdo ofensivo ou não adota providências para identificar o autor do dano.

A título ilustrativo, confirmam-se os seguintes precedentes:

Recurso especial. Civil e Processual Civil. Responsabilidade civil. *Internet*. Dano moral. Criação de perfis falsos e comunidades injuriosas em sítio eletrônico mantido por provedor de *internet*. Relação de consumo. Ausência de censura. Notificado o provedor, tem o prazo de 24 horas para excluir o conteúdo difamador. Desrespeitado o prazo, o provedor responde pelos danos advindos de sua omissão. Precedentes específicos dos STJ.

(...)

3. Polêmica em torno da responsabilidade civil por omissão do provedor de *internet*, que **não responde objetivamente pela inserção no site, por terceiros, de dados ilícitos.**

4. *Impossibilidade de se impor ao provedor a obrigação de exercer um controle prévio acerca do conteúdo das informações postadas no site por seus usuários, pois constituiria uma modalidade de censura prévia, o que não é admissível em nosso sistema jurídico.*

5. Ao tomar conhecimento, porém, da existência de dados ilícitos em “site” por ele administrado, o provedor de *internet* tem o prazo de 24 horas para removê-los, sob pena de responder pelos danos causados por sua omissão.

(...)

(REsp n. 1.337.990-SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 21.8.2014, DJe 30.9.2014)

Agravo regimental no recurso especial. Direito Eletrônico e responsabilidade civil. Danos morais. Provedor de busca na *internet* sem controle prévio de conteúdo. Orkut. Mensagem ofensiva. Notificação prévia. Inércia do provedor de busca. Responsabilidade subjetiva caracterizada. Agravo desprovido.

1. **Este Tribunal Superior, por seus precedentes, já se manifestou no sentido de que: I) o dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no site por usuário não constitui risco inerente à atividade desenvolvida pelo provedor da internet, porquanto não se lhe é exigido que proceda a controle prévio de conteúdo disponibilizado por usuários, pelo que não se lhe aplica a responsabilidade objetiva, prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/2002; II) a fiscalização prévia dos conteúdos postados não é atividade intrínseca ao serviço prestado pelo provedor no Orkut.**

2. A responsabilidade subjetiva do agravante se configura quando: I) ao ser comunicado de que determinado texto ou imagem tem conteúdo ilícito, por ser ofensivo, não atua de forma ágil, retirando o material do ar imediatamente, passando a responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão em que incide; II) não manter um sistema ou não adotar providências, que estiverem tecnicamente ao seu alcance, de modo a possibilitar a identificação

do usuário responsável pela divulgação ou a individuação dele, a fim de coibir o anonimato.

3. O fornecimento do registro do número de protocolo (IP) dos computadores utilizados para cadastramento de contas na *internet* constitui meio satisfatório de identificação de usuários.

(...)

(AgRg no REsp n. 1.402.104-RJ, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 27.5.2014, DJe 18.6.2014)

Agravo regimental em recurso especial. Direito do Consumidor. Provedor. Mensagem de conteúdo ofensivo. Dano moral. Não retirada em tempo razoável.

1.- Na linha dos precedentes desta Corte, **o provedor de conteúdo de internet não responde objetivamente pelo conteúdo inserido pelo usuário em sítio eletrônico, por não se tratar de risco inerente à sua atividade**. Está obrigado, no entanto, a retirar imediatamente o conteúdo moralmente ofensivo, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano. Precedentes.

(...)

(AgRg nos EDcl no REsp n. 1.284.096-MG, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 10.12.2013, DJe 19.12.2013)

No presente caso, as instâncias ordinárias reconheceram a responsabilidade objetiva do ora agravante, contrariando, dessa maneira, a jurisprudência desta Corte sobre o assunto.

Vale salientar ainda que, uma vez judicializada a questão, cabia ao Google proceder segundo as determinações judiciais que recebesse do Juízo competente. Nesse sentido:

Civil e Consumidor. *Internet*. Relação de consumo. Incidência do CDC. Provedor de conteúdo. Fiscalização prévia do conteúdo postado no *site* pelos usuários. Desnecessidade. Mensagem de cunho ofensivo. Dano moral. Risco inerente ao negócio. Inexistência. Ciência da existência de conteúdo ilícito. Retirada do ar em 24 horas. Dever. Submissão do litígio diretamente ao Poder Judiciário. Consequências. Dispositivos legais analisados: arts. 14 do CDC e 927 do CC/2002.

(...)

2. Recurso especial em que se discute os limites da responsabilidade de provedor de rede social de relacionamento via *Internet* pelo conteúdo das informações veiculadas no respectivo *site*.

3. A exploração comercial da *internet* sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei n. 8.078/1990.

4. A fiscalização prévia, pelo provedor de conteúdo, do teor das informações postadas na *web* por cada usuário não é atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o *site* que não examina e filtra os dados e imagens nele inseridos.

5. O dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no *site* pelo usuário não constitui risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/2002.

6. Ao ser comunicado de que determinada postagem possui conteúdo potencialmente ilícito ou ofensivo, “deve o provedor removê-la preventivamente no prazo de 24 horas, até que tenha tempo hábil para apreciar a veracidade das alegações do denunciante, de modo a que, confirmando-as, exclua definitivamente o vídeo ou, tendo-as por infundadas, restabeleça o seu livre acesso, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano em virtude da omissão praticada.

7. Embora o provedor esteja obrigado a remover conteúdo potencialmente ofensivo assim que tomar conhecimento do fato (mesmo que por via extrajudicial), ao optar por submeter a controvérsia diretamente ao Poder Judiciário, a parte induz a judicialização do litígio, sujeitando-o, a partir daí, ao que for deliberado pela autoridade competente. A partir do momento em que o conflito se torna judicial, deve a parte agir de acordo com as determinações que estiverem vigentes no processo, ainda que, posteriormente, haja decisão em sentido contrário, implicando a adoção de comportamento diverso. Do contrário, surgiria para as partes uma situação de absoluta insegurança jurídica, uma incerteza sobre como se conduzir na pendência de trânsito em julgado na ação.

8. Recurso especial provido.

(REsp n. 1.338.214-MT, Rel. Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, julgado em 21.11.2013, DJe 2.12.2013)

Assim, não se pode imputar ao ora agravante a responsabilidade subjetiva à luz das circunstâncias do caso, já que obedeceu imediatamente à ordem de remoção da “comunidade virtual” onde foram postadas as ofensas aos agravados.

Ademais, apesar de ter mencionado, no curso do processo, que tinha como indicar os dados que poderiam identificar os infratores (os IP’s), o Google *não recebeu qualquer ordem/determinação judicial nesse sentido*, tendo sido condenado apenas em razão da errônea aplicação da regra do art. 927, parágrafo único, do CC - que prevê a responsabilidade objetiva pelo desenvolvimento de atividade de risco.

Saliente-se, a propósito, a necessidade de determinação judicial para fornecimento do IP, porquanto, de posse do referido número, torna-se possível realizar buscas no respectivo computador, com o escopo de obter informações pessoais, como dados bancários, senhas, fotos e outros arquivos porventura armazenados.

Com efeito, ausente qualquer determinação judicial, não poderia o Google disponibilizar informações sobre os usuários.

Confira-se, no particular, o seguinte excerto do voto condutor, proferido no julgamento do Recurso Especial n. 1.186.616-MG, da lavra da Ministra *Nancy Andrighi*:

Noto, por oportuno, a importância de o IP ser mantido em absoluto sigilo, sendo divulgado apenas mediante determinação judicial, pois, a partir dele, é possível realizar ofensivas direcionadas ao respectivo computador, visando à obtenção de informações e arquivos pessoais nele armazenados, como dados bancários, senhas, fotos, telefones, endereços etc. Portanto, na ausência de ordem judicial, não era dado à GOOGLE disponibilizar informações sobre o usuário em questão.

Seja como for, a GOOGLE esclareceu que registra o número de protocolo (IP) na *internet* dos computadores utilizados para o cadastramento de cada conta, por meio do qual, em princípio, é possível identificar o respectivo usuário.

Ainda que não exija dados pessoais dos usuários do ORKUT, a GOOGLE mantém um meio razoavelmente eficiente de rastreamento desses usuários, medida de segurança que corresponde à diligência média esperada de um provedor de conteúdo.

O julgado em questão ficou assim ementado:

Civil e Consumidor. *Internet*. Relação de consumo. Incidência do CDC. Gratuidade do serviço. Indiferença. Provedor de conteúdo. Fiscalização prévia do teor das informações postadas no *site* pelos usuários. Desnecessidade. Mensagem de conteúdo ofensivo. Dano moral. Risco inerente ao negócio. Inexistência. Ciência da existência de conteúdo ilícito. Retirada imediata do ar. Dever. Disponibilização de meios para identificação de cada usuário. Dever. Registro do número de IP. Suficiência.

1. A exploração comercial da *internet* sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei n. 8.078/1990.

2. O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de *internet* ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo “mediante remuneração”, contido no art. 3º, § 2º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor.

3. A fiscalização prévia, pelo provedor de conteúdo, do teor das informações postadas na *web* por cada usuário não é atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o *site* que não examina e filtra os dados e imagens nele inseridos.

4. O dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no *site* pelo usuário não constitui risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/2002.

5. Ao ser comunicado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, deve o provedor agir de forma enérgica, retirando o material do ar imediatamente, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada.

6. Ao oferecer um serviço por meio do qual se possibilita que os usuários externem livremente sua opinião, deve o provedor de conteúdo ter o cuidado de propiciar meios para que se possa identificar cada um desses usuários, coibindo o anonimato e atribuindo a cada manifestação uma autoria certa e determinada. Sob a ótica da diligência média que se espera do provedor, deve este adotar as providências que, conforme as circunstâncias específicas de cada caso, estiverem ao seu alcance para a individualização dos usuários do *site*, sob pena de responsabilização subjetiva por culpa *in omittendo*.

7. Ainda que não exija os dados pessoais dos seus usuários, o provedor de conteúdo que registra o número de protocolo (IP) na *internet* dos computadores utilizados para o cadastramento de cada conta mantém um meio razoavelmente eficiente de rastreamento dos seus usuários, medida de segurança que corresponde à diligência média esperada dessa modalidade de provedor de serviço de *internet*.

8. Recurso especial provido.

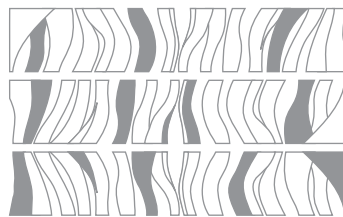
(REsp n. 1.186.616-MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 23.8.2011, DJe 31.8.2011)

Portanto, considerando que a responsabilidade civil do provedor de *internet*, em casos como este, é subjetiva, bem assim que não ficou caracterizada nenhuma conduta ilícita do ora agravante capaz de ensejar a sua responsabilização, merece reforma o acórdão recorrido, afastando-se a aplicação da teoria do risco.

Do exposto, *dou provimento* ao recurso especial para julgar improcedente o pedido de indenização por danos morais formulado na petição inicial.

Ônus sucumbenciais invertidos, observada a regra do art. 12 da Lei n. 1.060/1950.

É como voto.



Terceira Seção

CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 129.497-MG (2013/0270717-2)

Relator: Ministro Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJ-SP)

Suscitante: Juízo de Direito da Segunda Auditoria da Justiça Militar do Estado de Minas Gerais

Suscitado: Juízo de Direito da Vara de Caldas-MG

Interessado: Carlos Rodrigo da Silva

Advogado: Vando da Silva Flemings

Interessado: Carlos Rezende de Souza

Interessado: Marcelo Henrique Mariano de Resende

Interessado: Justiça Pública

EMENTA

Conflito negativo de competência. Penal e Processual Penal. Justiça Militar e Justiça Comum. Fundada dúvida quanto ao elemento subjetivo do homicídio doloso. Disparo de arma de fogo na direção do veículo da vítima. Prevalência do princípio *in dubio pro societate*. Competência da Justiça Comum Estadual.

– Os crimes dolosos contra a vida cometidos por militar contra civil, mesmo que no desempenho de suas atividades, serão da competência da Justiça Comum (Tribunal do Júri), nos termos do art. 9º, parágrafo único, do Código Penal Militar.

– No caso, somente com a análise aprofundada de todo o conjunto probatório a ser produzido durante a instrução criminal será possível identificar, categoricamente, a intenção do militar ao efetuar o disparo de arma de fogo no carro da vítima. Havendo fundada dúvida quanto ao elemento subjetivo, o feito deve tramitar na Justiça Comum, por força do princípio *in dubio pro societate*. Precedentes.

Conflito negativo de competência conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da Vara de Caldas-MG (suscitado).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em conformidade com os votos e as notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o Suscitado, Juízo de Direito da Vara de Caldas-MG, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, com ressalva de entendimento dos Srs. Ministros Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ-SP) e Maria Thereza de Assis Moura, quanto aos fundamentos. Os Srs. Ministros Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ-SP), Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Gurgel de Faria e Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ-SC) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Jorge Mussi.

Brasília (DF), 8 de outubro de 2014 (data do julgamento).

Ministro Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ-SP),
Relator

DJe 16.10.2014

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ-SP): Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo de Direito da 2ª Auditoria da Justiça Militar do Estado de Minas Gerais em face do Juízo de Direito da Vara de Caldas-MG.

Depreende-se dos autos que foi instaurado inquérito policial militar em razão de uma ação policial na qual o militar 3º Sgt. PM Marcelo H. Mariano de Resende teria agredido fisicamente e proferido um tiro de arma de fogo contra o veículo do civil Carlos Rodrigo da Silva.

Segundo a vítima, ela estava na condução de seu veículo quando “ouviu o policial dando ordem para parar, mas como havia um veículo em sua retaguarda, deu seta mas não teve como parar de imediato; que viu e ouviu um disparo de

arma de fogo pelo policial que estava no banco do carona” (fl. 165). Parou o veículo um pouco à frente e foi agredida pelo militar com chutes e tapas.

O relatório do inquérito concluiu que há indícios do cometimento dos crimes de lesão corporal (art. 209 do CPM), falsidade ideológica (art. 312 do CPM), dano qualificado pelo uso de violência (art. 261 do CPM), prevaricação (art. 319 do CPM) e disparo de arma de fogo (art. 15 da Lei n. 10.826/2003). Contudo, o Ministério Público entendeu que a conduta subsume-se ao delito de homicídio, na forma tentada, de competência do Tribunal do Júri (fls. 234-236).

Assim, o Juízo de Direito da 2ª Autoria da Justiça Militar determinou a remessa dos autos à Justiça Comum (fl. 237). Nesta última, o Ministério Público manifestou-se pela devolução do processo à Justiça Militar, sob o argumento de que “não há nos autos o mínimo lastro para que se tenha por caracterizada a tentativa de homicídio” (fl. 242). Devolvidos os autos (fl. 245), o Juízo de Direito da 2ª Autoria da Justiça Militar suscitou o conflito nos seguintes termos:

A Representante do Ministério Público por meio de manifestação nos autos requereu que fosse suscitado o conflito negativo de competência tendo em vista que o MM Juiz de Direito da Comarca de Caldas, Minas Gerais entendeu que não seria o competente para processar e julgar a matéria sob análise sob alegação de que não teria ficado configurado em tese um crime doloso contra a vida.

É importante se observar, que a princípio os fatos foram apurados por meio de procedimento administrativo, mas depois este acabou sendo remetido a Justiça Militar do Estado de Minas Gerais. Após analisar os autos, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais oficiante perante a 2ª AJME pleiteou com fundamento nas alegações acostadas às fls. a remessa dos autos para a Comarca de Caldas, por entender que o fato em tese praticado seria um crime doloso contra a vida.

Em atendimento ao requerido pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais tendo em vista o estabelecido na Constituição Federal de 1988, ou mesmo preferem alguns na Constituição da República Federativa do Brasil, a Justiça Militar, Estadual ou Federal, não tem competência para processar e julgar os policiais militares e bombeiros militares pela prática em tese de crimes que se encontram capitulados em Leis Especiais ou mesmo no Código Penal Brasileiro, quando estes tiverem em tese sido cometidos fora da função policial militar, ou no caso de crimes dolosos contra a vida praticados por militares do estado em desfavor de civis.

Os ilícitos previstos em Legislação Federal Especial devem ser julgados pela Justiça Comum ou Federal, como ocorre, por exemplo, com o crime de abuso de autoridade, porte ilegal de armas, crimes contra o meio ambiente, economia popular, entre outros. *O mesmo ocorre quando o fato praticado não possui natureza de crime militar, não se encontrando relacionado com o exercício da atividade policial*

militar ou quando se tratar de um crime doloso contra a vida de um civil, como ocorre no caso sob análise conforme se verifica dos documentos que se encontram acostados aos autos.

Em que pese a manifestação do promotor de justiça oficiante na Comarca de Caldas a competência não é desta justiça especializada, mas da Justiça Comum em atendimento ao disposto no texto da Constituição Federal de 1988, norma de eficácia plena.

Ademais, no Sistema Penal Brasileiro, como ocorre com os países que seguem a tradição da família romano-germânica, não se admite o *bis in idem*, ou seja, que uma pessoa seja julgada duas vezes pelos mesmos fatos. A matéria fática existente nos autos deixa mais do que evidenciado que o fato em tese praticado pelo indiciado não se enquadra nas disposições do Código Penal Militar.

O crime para ser enquadrado como militar exige o preenchimento dos requisitos estabelecidos no art. 9º do CPM, o que não ocorreu no caso sob análise, conforme demonstrado no r. parecer de fls. do MP oficiante perante a 2ª Auditoria Judiciária Militar do Estado de Minas Gerais.

Portanto, autos devem ser remetidos em razão da decisão proferida pelo MM Juiz de Direito da Comarca de Caldas ao Superior Tribunal de Justiça, haja vista que este magistrado com base nesta decisão, tendo em vista os motivos de fato e de direito que foram demonstrados suscita o que se denomina de *conflito negativo de competência* (fls. 248-251).

Nesta Corte, designou-se o Juízo suscitante para decidir provisoriamente acerca das medidas urgentes até o julgamento final do presente incidente (fls. 265).

A Procuradoria Geral da República manifestou-se pela competência do Juízo suscitado, sob os seguintes argumentos:

Exsurge claramente dos autos que em 17.12.2011, na cidade de Caldas-MG, o policial militar Marcelo Henrique Mariano de Resende, durante abordagem, desferiu disparo de arma de fogo no carro em movimento, conduzido pela vítima Carlos Rodrigues da Silva.

Note-se que há indícios de autoria e prova da materialidade da prática, em tese, de tentativa de homicídio perpetrado por policial militar contra civil, consoante se vê no Relatório de Investigação Preliminar no bojo de inquérito policial militar, o qual, concluiu, de forma desvinculada dos fatos, pela ocorrência de três delitos militares (arts. 209, 261 e 312 do CPM), e de um crime previsto na legislação comum (art. 15 da Lei n. 10. 826/2003), "*verbis*":

(...)

Nesse contexto, não se pode afirmar categoricamente que o disparo de arma de fogo efetuado pelo indiciado em questão não teve por objetivo ceifar a vida da vítima.

(...)

Com efeito, torna-se clara a competência absoluta da Justiça Comum para processar crime de tentativa de homicídio perpetrada, em tese, por policial militar em serviço contra civil.

Importante salientar que essa competência concentra na Justiça Comum (Juízo da Vara do Tribunal do Júri), inclusive, a análise preliminar sobre a configuração ou não de crime doloso contra a vida, sendo temerária a adoção do entendimento exarado pelo juízo suscitado de que o policial militar Marcelo Henrique Mariano de Resende ao efetuar disparo de arma de fogo não teve o intuito de matar a vítima.

Com essas considerações, o *Ministério Público Federal* opina pelo conhecimento do conflito, para que seja declarada a competência do Juízo de Direito da Comarca de Caldas, o suscitado (fls. 274-280).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ-SP) (Relator): Conheço do conflito com fundamento no art. 105, inciso I, alínea **d** da Constituição da República, por se tratar de incidente instaurado entre juízos vinculados a Tribunais distintos.

Os crimes *dolosos contra a vida* cometidos por militar contra civil, mesmo que no desempenho de suas atividades, serão da competência da Justiça Comum (Tribunal do Júri), nos termos do art. 9º, parágrafo único, do Código Penal Militar. Nesse sentido:

Conflito positivo de competência. Justiça Militar e Justiça Comum. Crime doloso contra a vida. Militar em serviço. Vítima civil. Competência do Tribunal do Júri. Precedentes.

1. O art. 9º, parágrafo único, do Código Penal Militar, com redação dada pela Lei n. 9.299/1996, determina que as condutas dolosas contra a vida praticadas por militares, em tempo de paz, são de competência da Justiça Comum.

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, bem como deste Superior Tribunal de Justiça, em que pesem posições doutrinárias divergentes, firmou-se pela constitucionalidade do disposto no parágrafo único do art. 9º do CPM,

atribuindo ao Tribunal do Júri a competência para processar e julgar os crimes dolosos contra a vida cometidos por militares contra civis. Precedentes.

3. O § 2º do art. 82 do Código de Processo Penal Militar determina que, “nos crimes dolosos contra a vida, praticados contra civil, a Justiça Militar encaminhará os autos do inquérito policial militar à Justiça Comum”.

4. Conflito conhecido para declarar competente o *Juízo de Direito da 1ª Vara do Tribunal do Júri de São Paulo-SP*, ora suscitante, e determinar o desarquivamento do inquérito policial e a remessa dos autos ao Juízo declarado competente. (CC n. 131.899-SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 14.5.2014, DJe 26.5.2014).

Assim, para a solução do presente conflito, é necessário identificar o elemento subjetivo da conduta do militar. Se presente o dolo de matar (elemento subjetivo do homicídio), a competência será do juízo comum, caso contrário, o juízo militar será o competente.

Conforme relatado, a vítima afirmou que estava na condução de seu veículo quando “ouviu o policial dando ordem para parar, mas como havia um veículo em sua retaguarda, deu seta mas não teve como parar de imediato; que viu e ouviu um disparo de arma de fogo pelo policial que estava no banco do carona” (fl. 165). A perícia constatou que o tiro acertou a região frontal esquerda do veículo, próxima ao capô (fl. 41).

Após a colheita das provas, o relatório final do inquérito policial militar afirma que os fatos ocorreram da seguinte forma:

a) No dia 17 de dezembro de 2011 o 3º Sgt PM Marcelo Henrique Mariano de Resende e o Sd PM 1ª CI Carlos Rezende de Sousa - Investigados encontravam-se escalados no serviço de radiopatrulhamento, no turno das 08:00 horas do dia anterior, dia 16.12.2011, às 08:00 horas daquela data (17.12.2011), conforme cópia da escala juntada aos autos, estando ainda de serviço, naquela mesma ocasião, o Soldado Vanderley;

b) Restou apurado que quando realizavam o patrulhamento pela cidade de Caldas-MG, no dia 17.12.2011, utilizando para isso a viatura policial prefixo PMMG-14.568, os militares investigados deparam, no entroncamento da rua Sebastião Martins de Carvalho com a Avenida Santa Cruz, com o veículo GM/Kadett, placas BGL-7575/MG, conduzido pela vítima Carlos Rodrigo da Silva, ocasião que o investigado 3º Sgt Mariano resolveu realizar abordagem policial;

c) Ao dar ordem de parada ao condutor do veículo Kadett, o investigado 3º Sgt PM Mariano, nas proximidades da Escola Crispim, efetuou disparo de arma de fogo em direção ao veículo, tendo este seguido a sua trajetória, em direção à BR - 459 e desobedecido à ordem de parada emanada pelo policial militar;

d) Com o não acatamento da ordem de parada, os investigados passaram a acompanhar o veículo Kadett com a sirene e giroflex ligados, tendo o mencionado veículo parado antes da ponte sobre o Córrego dos Bugres, que fica na saída da cidade, antes da fábrica de doces, local foi abordado;

e) Após ser abordado o veículo GM/Kadett seus ocupantes, a vítima e a testemunha Rafael foram submetidos à busca pessoal, sendo que, conforme versões destas, naquela ocasião houve prática de agressões físicas por parte dos militares investigados, inclusive xingamentos de vagabundo, em detrimento da vítima Rodrigo, causando-lhe por fim lesões corporais;

f) Aferiu-se que o veículo Kadett foi liberado pelos militares investigados, bem como seus ocupantes, tendo, logo após, a vítima Rodrigo procurado assistência médica na Unidade de Saúde de Caldas-MG;

g) Constatou-se que os militares investigados compareceram a unidade de saúde de Caldas-MG, onde se encontrava a vítima, sendo vistos pelas funcionárias ali presentes sem estarem usando suas respectivas tarjetas de identificação;

h) A vítima Rodrigo após os fatos procurou a Delegacia de Polícia e apresentou representação própria, através de advogado constituído, em desfavor dos militares investigados, especialmente do Sargento Mariano, tendo ainda apresentado o seu veículo para realização de perícia, sendo esta realizada conforme cópia do Laudo Pericial n. 3.064/2011, constante das fls. 38 a 41, tendo sido recolhido o projétil encontrado na estrutura do veículo GM/Kadett, placas BGL-7575/MG;

i) O projétil encontrado no veículo GM/Kadett, placas BGL-7575/MG foi encaminhado, juntamente com as armas utilizadas, na ocasião dos fatos pelos militares investigados, para exame próprio, tendo sido expedido o laudo pericial constante das fls. 149, aferindo que ele, o projétil, foi propelido pela Arma n. de série EKA05483, utilizada pelo investigado 3º Sgt PM Mariano (fls. 158-159).

Da leitura dos documentos juntados aos autos, não vejo como afastar, nesse momento, o elemento subjetivo do homicídio doloso. Somente com a análise aprofundada de todo o conjunto probatório a ser produzido durante a instrução criminal será possível identificar, categoricamente, a intenção do militar ao efetuar o disparo de arma de fogo. Nessas hipóteses, em que há fundada dúvida quanto ao elemento subjetivo, o feito deve tramitar na Justiça Comum, por força do princípio *in dubio pro societate*. Confirmam-se, a propósito, os seguintes julgados:

Conflito de competência. Penal e Processual Penal. Morte de criança depois de atendimento em hospital militar por médicos militares do Exército. Ações penais instauradas na Justiça Militar (homicídio culposo) e na Justiça Comum Estadual (homicídio com dolo eventual). *Fundada dúvida quanto ao elemento subjetivo da conduta. Aferição possível somente após a instrução probatória, observado o devido*

processo legal, o contraditório e a ampla defesa. Prevalência do princípio do in dubio pro societate. Conflito conhecido para declarar a competência da Justiça Comum Estadual.

1. Hipótese em que dois médicos militares do Exército, depois de atenderem em hospital militar uma criança enferma que veio a óbito em seguida, foram denunciados, de um lado, pelo Ministério Público Militar, acusados do delito do art. 206, § 1º, do CPM (homicídio culposo) perante o Juízo da 3ª Auditoria da 3ª CJM; e, de outro lado, pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, acusados do delito do art. 121, *caput*, do CP (homicídio com dolo eventual) perante o Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Santa Maria-RS.

2. A teor do art. 9º, inciso II, alínea **b**, c.c. o parágrafo único do mesmo artigo, do Código Penal Militar, o crime doloso contra a vida praticado por militar contra civil é da competência da Justiça Comum.

3. *Para se eliminar a fundada dúvida quanto ao elemento subjetivo da conduta, de modo a afirmar se o agente agiu com dolo eventual ou culpa, é necessário o exame acurado do conjunto probatório, a ser coletado durante a instrução criminal, observados o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.*

4. *Deve o feito tramitar na Justiça Comum Estadual, pois, havendo dúvida quanto à existência do dolo na conduta, prevalece o princípio do in dubio pro societate, que leva o julgamento para o Tribunal do Júri, caso seja admitida a acusação em eventual sentença de pronúncia. Se, no entanto, o juiz se convencer de que não houve crime doloso contra a vida, remeterá os autos ao juízo competente, em conformidade com o disposto no art. 419 do Código de Processo Penal.*

5. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal Santa Maria-RS. (CC n. 130.779-RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 11.6.2014, DJe 4.9.2014).

Conflito de competência. Penal. Homicídio, na forma tentada, praticado por militar contra civil. Inquérito policial. *Necessidade de exame detalhado e cuidadoso do conjunto probatório. Princípio in dubio pro societate. Competência da Justiça Comum.*

1. *A presença de dolo, direito ou eventual, na conduta do agente só pode ser acolhida na fase inquisitorial quando se apresentar de forma inequívoca e sem necessidade de exame aprofundado de provas, eis que neste momento pré-processual prevalece o princípio do in dubio pro societate.*

2. Os fatos serão melhor elucidados no decorrer do desenvolvimento da ação penal, devendo o processo tramitar no Juízo Comum, por força do princípio *in dubio pro societate* que rege a fase do inquérito policial, em razão de que somente diante de prova inequívoca deve o réu ser subtraído de seu juiz natural. Se durante o inquérito policial, a prova quanto à falta do *animus necandi* não é incontestada e tranqüila, não pode ser aceita nesta fase que favorece a sociedade,

eis que não existem evidências inquestionáveis para ampará-la sem margem de dúvida.

3. O parágrafo único do art. 9º do CPM, com as alterações introduzidas pela Lei n. 9.299/1996, excluiu do rol dos crimes militares os crimes dolosos contra a vida praticado por militar contra civil, competindo à Justiça Comum a competência para julgamento dos referidos delitos.

4. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal do Tribunal do Júri de Porto Alegre-RS. (CC n. 113.020-RS, Rel. Ministro Og Fernandes, Terceira Seção, julgado em 23.3.2011, DJe 1º.4.2011).

Ante o exposto, conheço do conflito para declarar a competência do Juízo de Direito da Vara de Caldas-MG (suscitado).

É o voto.

—

RECLAMAÇÃO N. 13.788-DF (2013/0244161-7)

Relator: Ministro Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJ-SP)

Reclamante: Flávio Dino de Castro e Costa

Advogado: Cleber Lopes de Oliveira e outro(s)

Reclamado: Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios

Interessado: Justiça Pública

Interessado: Izaura Costa Rodrigues Emidio

Advogado: Frederico Donati Barbosa e outro(s)

Interessado: Luzia Cristina dos Santos Rocha

Advogado: Frederico Donati Barbosa e outro(s)

EMENTA

Reclamação. Alegação de usurpação da competência desta Corte. *Habeas corpus* contra decisão do juiz de primeiro grau. Competência do Tribunal *a quo*. Remessa do pedido de arquivamento ao Procurador-

Geral do *Parquet*. Art. 28 do CPP. Providência que não retira a competência do juiz de primeiro grau para processar e julgar o feito. Reclamação improcedente.

– A reclamação, nos termos do art. 105, inciso I, alínea **f**, da Constituição Federal, e do artigo 187 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, é cabível para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões.

– Sustenta o reclamante que os autos do inquérito policial haviam sido remetidos ao Procurador-Geral do *Parquet* para manifestação sobre o pedido de arquivamento feito pelo Promotor de Justiça. Como o Procurador-Geral do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios é integrante do Ministério Público da União, a competência para processar e julgar *habeas corpus* em que ele é a autoridade coatora é do Superior Tribunal de Justiça, nos termos do art. 105, I, **c** da Constituição Federal. Assim, ao processar e julgar o *writ* originário o Tribunal *a quo* teria usurpado a competência do Superior Tribunal de Justiça.

– A impetração deduzida perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios aponta como autoridade coatora o Juiz de primeiro grau que, embora concordando com o pedido de arquivamento do Promotor de Justiça, remeteu os autos para manifestação do Procurador-Geral de Justiça sobre a promoção de arquivamento, nos termos do art. 28 do Código de Processo Penal.

– A remessa do inquérito ao Procurador-Geral para manifestação sobre o pedido de arquivamento deduzido em primeiro grau, não retira a competência de primeira instância para processar e julgar o feito. Seja qual for a providência adotada pelo Procurador-Geral, é o Juiz de primeiro grau que determinará o arquivamento do inquérito ou, caso oferecida denúncia substitutiva, dará seguimento ao curso do processo. Dessa forma, permanece a competência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios para analisar o *habeas corpus* lá impetrado, inexistindo a alegada usurpação de competência do Superior Tribunal de Justiça.

Reclamação improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em conformidade com os votos e as notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, julgar improcedente a reclamação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ-SP), Felix Fischer, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Nefi Cordeiro, Gurgel de Faria e Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ-SC) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Jorge Mussi.

O Dr. Cleber Lopes de Oliveira sustentou oralmente pelo reclamante.

O Dr. Frederico Donati Barbosa sustentou oralmente pelas partes interessadas.

Brasília (DF), 12 de novembro de 2014 (data do julgamento).

Ministro Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ-SP),
Relator

DJe 9.12.2014

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ-SP): Trata-se de reclamação deduzida por *Flávio Dino de Castro e Costa*, com pedido de liminar, insurgindo-se contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

Alega o reclamante haver usurpação de competência originária do Superior Tribunal de Justiça por parte da Corte Distrital, que julgou o *Habeas Corpus* n. 2013.00.2.008750-8, uma vez que a competência para processar e julgar o referido *writ* é desta Corte Superior, nos termos do art. 105, I, c da Constituição Federal.

Colhe-se dos autos que no curso do Inquérito n. 2012.01.1.036440-7, da Segunda Vara Criminal de Brasília, o Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios manifestou-se pelo arquivamento do

inquérito instaurado para apuração do crime previsto no art. 121, §§ 3º e 4º, do Código Penal, no qual foi indiciada a médica Izaura Costa Rodrigues Emídio, e da conduta tipificada no art. 299 do mesmo *Codex*, imputado à Luzia Cristina dos Santos Rocha, conforme decisão de fls. 59-91.

O Juiz de primeiro grau, considerando a existência de dois juízos distintos quanto a admissibilidade da acusação, um proferido pelo Juiz que recebeu a queixa-crime subsidiária da pública e outro do dele, responsável naquele momento pelo processo em curso, determinou a remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça, conforme previsto no art. 28 do Código de Processo Penal, nos termos da decisão de fls. 190-195.

Contra a decisão do Magistrado foi impetrado, no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, *habeas corpus* em favor das acusadas argumentando, em síntese, que se “ausente o desacordo entre os órgãos ministerial e judicial, o procedimento criminal está indevidamente a seguir o regramento disposto no artigo 28 do Código de Processo Penal” (fls. 53-54). Requereu-se no *writ* que fosse determinado o arquivamento do procedimento criminal ou o seu trancamento diretamente por aquele Tribunal de Justiça.

A Corte Distrital ao apreciar o mérito da impetração, por maioria de votos, concedeu a ordem para determinar o arquivamento do inquérito, em acórdão que ficou assim resumido (fls. 219-220):

Habeas corpus. Indiciamentos por homicídio culposo e por falsidade ideológica. Arquivamento do inquérito policial requerido pela Promotoria Pró-Vida. Juiz que acolhe a promoção ministerial, mas se escusa de decidir, remetendo os autos à apreciação do Procurador-Geral de Justiça. Afronta ao princípio do promotor natural e do juízo natural. Interpretação equívoca do artigo 28 do Código de Processo Penal. Negativa de jurisdição. Concessão da ordem para arquivar o inquérito.

1 Pacientes indiciadas por falsidade ideológica e por homicídio culposo em inquérito policial instaurado para apurar morte de menor em crise asmática durante atendimento em Unidade de Tratamento Intensivo de hospital privado. O Promotor de Justiça requereu o arquivamento do inquérito policial, afirmando a atipicidade do fato baseado em perícia de sua equipe médica e no parecer de renomado especialista em pneumologia.

2 Quando o Juiz concorda expressamente com o parecer pelo arquivamento do inquérito policial não pode invocar o artigo 28 do Código de Processo Penal para determinar a remessa dos autos ao Procurador Geral de Justiça. Tal procedimento implica flagrante afronta ao Princípio do Promotor Natural e do Juiz Natural, remetendo a outra autoridade prerrogativa de analisar os fatos e

decidir se há ou não justa causa para oferecimento de denúncia. Em tal caso, é evidente a perspectiva de prejuízo à liberdade individual, que se reflete no direito de ir e vir, abrindo ensanchas à impetração do *habeas corpus*.

3 A concordância do Juiz explicitada na decisão que aprecia o pedido de arquivamento formulado pelo Ministério Público implica *ipso facto* o reconhecimento da inexistência dos pressupostos da ação penal, e, conseqüentemente, o deferimento do pedido, descabendo submeter essas opiniões convergentes a qualquer instância superior capaz de autorizar a instauração do processo, afrontando a opinião do Promotor de Justiça e do Magistrado aos quais compete privativamente esta apreciação.

4 Ordem admitida, por maioria, e concedida, também por maioria, para determinar o arquivamento do inquérito.

Entende o reclamante que, considerando que o processo encontra-se submetido à análise do Procurador-Geral do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, em decorrência da previsão contida no art. 28 do Código de Processo Penal, é ele a autoridade coatora.

Esclarece que por ser o Procurador-Geral integrante do Ministério Público da União e que oficia perante Tribunal, a competência para processar e julgar *habeas corpus* em que ele é a autoridade coatora, é do Superior Tribunal de Justiça, nos termos do art. 105, I, c da Constituição Federal. Dessa forma, na visão do reclamante, o Tribunal *a quo* usurpou a competência do Superior Tribunal de Justiça ao processar e julgar o *writ* originário.

Pretende, assim, seja julgada procedente a reclamação para cassar o acórdão atacado como medida eficaz e adequada para preservar a competência desta Corte Superior.

A liminar foi indeferida às fls. 289-292 pelo antigo Relator, Ministro Og Fernandes.

A reclamação foi impugnada pela defesa das acusadas, alegando, em preliminar, ilegitimidade do autor no manejo da reclamação e, no mérito, pleiteando a improcedência do pedido.

Prestadas as informações (fls. 308-355), o Ministério Público Federal opinou no sentido de ser julgada procedente a reclamação, nos termos do parecer de fls. 361-367.

Com a transferência do Ministro Og Fernandes para a Segunda Turma desta Corte, os autos foram atribuídos à Ministra Marilza Maynard e, após o

término do período de sua convocação, foram atribuídos à minha relatoria, em 24.9.2014.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ-SP) (Relator): De início, passo à análise da preliminar suscitada de ilegitimidade do reclamante para o ajuizamento da reclamação.

O art. 13 da Lei n. 8.038/1990, cuja redação é repetida no art. 187 do Regimento Interno Superior Tribunal de Justiça, prevê que: “Art. 13 - Para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões, caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público”.

Muito embora o reclamante não seja parte formal no *habeas corpus* impetrado na Corte de origem, uma vez que o *writ* é ação constitucional de uso exclusivo para a defesa das investigadas, constata-se que o resultado do julgamento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, ao determinar o arquivamento do inquérito policial que investigava a prática, em tese, dos crimes de homicídio culposo e falsidade ideológica, atingiu diretamente os interesses jurídicos do reclamante.

No caso, a decisão da Corte Distrital fulminou a possibilidade do autor ver o pedido de arquivamento deduzido pelo Promotor de Justiça submetido à análise do Procurador-Geral de Justiça, nos termos do art. 28 do Código de Processo Penal, bem como impediu, caso oferecida a denúncia pelo Chefe do *Parquet*, de o reclamante ingressar na ação penal como assistente da acusação, na condição de representante legal do ofendido.

Uma interpretação restritiva do dispositivo legal, impedindo o manejo da reclamação pelo paciente na condição de terceiro interessado, mostra-se incompatível com a atual Carta Magna, em flagrante ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da não exclusão da apreciação do Poder Judiciário de lesão ou ameaça de direito, razão pela qual não há como acolher a preliminar de ilegitimidade do ativa.

Em situações semelhantes, o tema já foi apreciado em julgados deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, tendo ambas as

Cortes Superiores admitido uma interpretação extensiva da expressão “parte interessada” para abranger terceiros juridicamente interessados.

São precedentes da Terceira Seção e da Corte Suprema sobre o tema:

Reclamação. Legitimidade ativa. Processual Penal. Prisão preventiva. Homicídio qualificado. Deslocamento da competência pela posse do denunciado no cargo de prefeito no curso do processo criminal. Pedido prejudicado.

1. Admite-se interpretação extensiva à expressão “parte interessada”, abrangendo, assim, pelo menos no âmbito do processo subjetivo, os terceiros juridicamente interessados, razão pela qual, na hipótese, mesmo que o reclamante não tenha ingressado como assistente de acusação na ação penal ajuizada em favor do denunciado, pelo assassinato de seu genitor, não há que se falar em vício de legitimidade ativa.

2. A diplomação e a posse do denunciado, eleito prefeito municipal no curso do processo penal, acarreta o deslocamento imediato deste para o Tribunal de Justiça do Estado (C.F., art. 29, inc. X), e essa transferência da competência originária implica na ratificação dos atos decisórios praticados no 1º Grau de jurisdição, inclusive no que tange à necessidade de manutenção da prisão preventiva, conforme já decidido por este Tribunal (HC n. 6.101-RJ, 6ª Turma, DJ 15.12.1997, p. 66.569).

3. Assim sendo, não há mais que se falar em garantia da autoridade das decisões proferidas nos autos do HC n. 34.067-PI e da RCL n. 1.615-PI, que mantiveram a prisão preventiva decretada em desfavor do denunciado, pelo Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Teresina-PI, quando o processamento e julgamento da respectiva ação penal passou a ser da competência do respectivo Tribunal de Justiça.

4. De fato, encaminhados ao Tribunal Estadual os autos da ação penal movida contra o paciente, a impetração, cujo deferimento da liminar é o objeto desta reclamação, também restou prejudicada.

5. Reclamação e agravo regimental prejudicados. (Rcl n. 1.762-PI, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Terceira Seção, DJ 17.9.2007, p. 199).

Reclamação. Garantia da autoridade de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade. Excepcionalidade do seu cabimento. Ausência de legitimidade ativa. Pedido não conhecido.

- O ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal, faz instaurar processo objetivo, sem partes, no qual inexistente litígio referente a situações concretas ou individuais.

- A natureza eminentemente objetiva do controle normativo abstrato afasta o cabimento do instituto da reclamação por inobservância de decisão proferida

em ação direta (Rcl n. 354, Rel. Min. *Celso de Mello*). Coloca-se, contudo, a questão da conveniência de que se atenuem o rigor dessa vedação jurisprudencial, notadamente em face da notória insubmissão de alguns Tribunais judiciais às teses jurídicas consagradas nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em ações diretas de inconstitucionalidade.

- A expressão “*parte interessada*”, constante da Lei n. 8.038/1990, embora assumam conteúdo amplo no âmbito do processo subjetivo, abrangendo, inclusive, os terceiros juridicamente interessados, deveria no processo objetivo de fiscalização normativa abstrata, limitar-se apenas aos órgãos ativos ou passivamente legitimados a sua instauração (CF, art. 103).

Reclamação que não é de ser conhecida, eis que formulada por magistrados, estranhos ao rol taxativo do art. 103 da Constituição. (Rcl-MC-QO n. 397, Relator(a): Min. *Celso de Mello*, publicado em 21.5.1993, Tribunal Pleno).

Cabe destacar, ainda, situações semelhantes que, em sede de *habeas corpus*, foi afastada a vedação relativa à intervenção de terceiros juridicamente interessados:

Processo Penal. Agravo regimental em *habeas corpus*. Ação penal privada. Injúria. Intervenção do querelante (ofendido). Garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Repercussão no interesse de agir. Possibilidade. Precedentes do STJ e do STF. Pleito de trancamento da ação penal. Ausência de justa causa. Ausentes elementos probatórios mínimos.

1. Em *habeas corpus oriundo de ação penal privada*, cabe permitir, excepcionalmente, a intervenção do querelante no julgamento do writ, porquanto a decisão repercuta em seu interesse de agir.

2. O trancamento da ação penal só se justifica quando evidenciada a atipicidade de plano, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação ou, ainda, a extinção da punibilidade.

3. Para o recebimento de queixa-crime é necessário que as alegações estejam minimamente embasadas em provas ou, ao menos, em indícios de efetiva ocorrência dos fatos. [...] Não basta que a queixa-crime se limite a narrar fatos e circunstâncias criminosas que são atribuídas pela querelante ao querelado, sob o risco de se admitir a instauração de ação penal temerária, em desrespeito às regras do indiciamento e ao princípio da presunção de inocência (Inq n. 2.033, Ministro Nelson Jobim, Pleno, DJ 17.12.2004).

4. Não existindo ilegalidade manifesta a ser reparada, é de rigor a manutenção da decisão que determinou a extinção da ação penal, por seus próprios fundamentos.

5. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC n. 180.679-RJ, Rel. Ministro *Sebastião Reis Júnior*, Sexta Turma, DJe 21.10.2013).

Processo Penal. Lei de Imprensa. Ação penal privada. *Habeas corpus*. Querelante. Intervenção. Ofendido *propter officium*. Legitimidade concorrente. Preclusão *pro judicato*. Questão de ordem pública. Inocorrência.

Em habeas corpus oriundo de ação penal privada cabe permitir, excepcionalmente, a intervenção do querelante no julgamento do writ, porquanto a decisão repercute em seu interesse de agir.

Não há falar em preclusão quanto a questões decididas em processos distintos, posto que próprio, destes casos, o instituto da *res judicata*.

As condições da ação constituem questões de interesse público, das quais pode o Magistrado conhecer a qualquer tempo e, portanto, são indenês à preclusão *pro judicato*.

O ofendido *propter officium* tem legitimidade concorrente para intentar ação penal condicionada.

Afastada, na hipótese, a preclusão, incabível, por prejudicado, o requerido favor rei.

Ordem denegada. (HC n. 27.540-RJ, Rel. Ministro *Paulo Medina*, Sexta Turma, DJ 27.6.2005, p. 452).

"Habeas-corpus": julgamento no S.T.F.: intervenção do querelante: garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa dos litigantes.

Em *"habeas-corpus"* impetrado em favor do querelado contra decisão que recebeu a queixa, e irrecusável a intervenção do querelante, que comparece ao feito para oferecer razões escritas e sustenta-las oralmente.

Diferentemente do assistente do Ministério Público, que não é parte no processo da ação penal pública, o querelante - ainda que não seja o sujeito da pretensão punitiva deduzida, sempre estatal -, e titular do direito de ação penal privada e parte na conseqüente relação processual.

Ainda que, formalmente, o querelante não seja parte na relação processual do "habeas-corpus", não se lhe pode negar a qualidade de litigante, se, dado o objeto da impetração, no julgamento se poderá decidir da ocorrência das condições da ação penal privada, direito público subjetivo do qual o querelante se afirma titular; similitude do problema com a questão do litisconsórcio passivo, em mandado de segurança, entre a autoridade coatora e o beneficiário do ato impugnado.

A substituição pelo *"habeas-corpus"* do recurso cabível contra decisão tomada no processo penal condenatório e faculdade que não se tem recusado a defesa; mas, a utilização do *"habeas-corpus"* ao invés do recurso não afeta a identidade substancial do litígio subjacente, e não pode explicar o alijamento, da discussão judicial dele, do titular da acusação contra o paciente, se utilizada a via do recurso

cabível no processo condenatório, no procedimento teria, a posição de recorrido, com todas as faculdades processuais a ela inerentes.

Dada a supremacia das garantias constitucionais do “*due process*” e seus corolários (v.g., CF, art. 5., LIII a LVII e art. 93, IX) outorgadas a quem quer que seja o sujeito do litígio substancial posto em juízo -, cumpre amoldar a efetividade delas a interpretação da vetusta disciplina legal do “*habeas-corpus*”: as leis e que se devem interpretar conforme a constituição e não, o contrário. (Pet n. 423 AgR, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 13.3.1992, p. 2.921)

Dessa forma, afasto a preliminar de ilegitimidade, suscitada na impugnação da Reclamação de fls. 297-303, para reconhecer a legitimidade ativa do reclamante na condição de terceiro juridicamente interessado.

Passo ao exame do mérito.

A reclamação é cabível para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões, conforme previsão do art. 105, inciso I, alínea f, da Constituição Federal, e do artigo 187 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Sustenta o reclamante que o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios usurpou a competência desta Corte Superior ao processar e julgar o *Habeas Corpus* n. 2013.00.2.0087508. Argumenta que os autos do inquérito policial haviam sido remetidos ao Procurador-Geral do *Parquet*, nos termos do art. 28 do Código de Processo Penal, para manifestação sobre o pedido de arquivamento feito pelo Promotor de Justiça. Esclarece que o Procurador-Geral do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios é integrante do Ministério Público da União e, portanto, a competência para processar e julgar *habeas corpus* em que ele é a autoridade coatora é do Superior Tribunal de Justiça, nos termos do art. 105, I, c da Constituição Federal. Assim, ao processar e julgar o *writ* originário, o Tribunal *a quo* teria usurpado a competência do Superior Tribunal de Justiça.

A reclamação é improcedente.

Em primeiro lugar, porque a impetração deduzida perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios aponta como autoridade coatora o Juiz de primeiro grau que, embora concordando com o pedido de arquivamento do Promotor de Justiça, remeteu os autos para manifestação do Procurador-Geral de Justiça sobre a promoção de arquivamento, nos termos do art. 28 do Código de Processo Penal.

O Magistrado de primeiro grau assim procedeu em função da excepcional situação do caso específico, no qual ocorreu a atuação de dois Juízes distintos, sendo que o primeiro reconheceu expressamente a existência de justa causa para ação penal, recebendo a queixa-crime subsidiária da pública, e o segundo concordava com o pedido de arquivamento. Dessa forma, entendeu ser prudente a submissão da promoção de arquivamento ao Procurador-Geral do *Parquet*.

Ocorre que a decisão atacada no *writ* originário é a do Magistrado de piso, sendo certo que a competência para apreciar o *habeas corpus* contra decisão do Juiz de primeiro grau é do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, não havendo que falar em usurpação da competência do Superior Tribunal de Justiça, quando analisado sob este prisma.

Também não vejo como acolher a tese do reclamante de que em razão da remessa dos autos ao Procurador-Geral do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, em decorrência da previsão contida no art. 28 do Código de Processo Penal, modificou-se a competência para o julgamento do *habeas corpus* impetrado perante a Corte Distrital.

A remessa do inquérito ao Procurador-Geral para manifestação sobre o pedido de arquivamento deduzido em primeiro grau, prevista no art. 28 do Código de Processo Penal, não retira a competência de primeira instância para processar e julgar o feito.

Independentemente da providência a ser adotada pelo Procurador-Geral de Justiça, permanece a competência da Vara de origem para condução do processo, pois caso o chefe do *Parquet* concorde com o pedido de arquivamento, o Juiz de primeiro grau, que mantém sua competência para julgar o processo, estará obrigado a arquivar o inquérito policial.

Caso o Procurador-Geral não concorde com o pedido de arquivamento deduzido pelo Promotor de primeiro grau, poderá oferecer denúncia substitutiva ou designar outro membro do Ministério Público para fazê-lo, contudo, oferecida a inicial acusatória, o processo seguirá regular tramitação na Vara de origem.

Como visto, seja qual for a providência adotada pelo Procurador-Geral, permanece a competência do Juiz de primeiro grau para processar e julgar o feito e, por consequência, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios para analisar o *habeas corpus* lá impetrado.

Dessa forma, inexistente a alegada ofensa ao art. 105, I, F, primeira parte, da Constituição Federal, razão pela qual julgo improcedente a reclamação.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.401.424-PR (2013/0306400-9)

Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz

Recorrente: Ministério Público Federal

Recorrido: Maria Generoso Goulart

Advogado: Rogério Martins Albieri

EMENTA

Recurso especial. Descaminho. Princípio da insignificância. Valor do tributo iludido. Parâmetro de R\$ 10.000,00. Elevação do teto, por meio de Portaria do Ministério da Fazenda, para R\$ 20.000,00. Instrumento normativo indevido. Fragmentariedade e subsidiariedade do direito penal. Inaplicabilidade. Lei penal mais benigna. Não incidência. Recurso provido.

1. Soa imponderável, contrária à razão e avessa ao senso comum tese jurídica que, apoiada em *mera opção de política administrativo-fiscal, movida por interesses estatais conectados à conveniência, à economicidade e à eficiência administrativas*, acaba por subordinar o exercício da jurisdição penal à iniciativa da autoridade fazendária. *Sobrelevam, assim, as conveniências administrativo-fiscais do Procurador da Fazenda Nacional*, que, ao promover o arquivamento, *sem baixa na distribuição*, dos autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00, *impõe*, mercê da elástica interpretação dada pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, o que a Polícia deve investigar, o que o Ministério Público deve acusar e, o que é mais grave, *o que - e como - o Judiciário deve julgar*.

2. Semelhante esforço interpretativo, a par de materializar, entre os jurisdicionados, *tratamento penal desigual e desproporcional*, se considerada a jurisprudência usualmente aplicável aos autores de crimes contra o patrimônio, consubstancia, na prática, *sistemática impunidade* de autores de crimes graves, decorrentes de burla ao pagamento de tributos devidos em virtude de importação clandestina de mercadorias, amiúde associada a outras ilicitudes graves (como corrupção, ativa e passiva, e prevaricação) e que importam em *considerável prejuízo ao erário e, indiretamente, à coletividade*.

3. Sem embargo, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.112.748-TO, rendeu-se ao entendimento firmado no Supremo Tribunal Federal no sentido de que incide o princípio da insignificância no crime de descaminho quando o valor dos tributos iludidos não ultrapassar o montante de R\$ 10.000,00, de acordo com o disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002. Ressalva pessoal do relator.

4. A partir da Lei n. 10.522/2002, o Ministro da Fazenda não tem mais autorização para, por meio de simples portaria, alterar o valor definido como teto para o arquivamento de execução fiscal sem baixa na distribuição. E a *Portaria MF n. 75/2012*, que fixa, para aquele fim, o novo valor de R\$ 20.000,00 – o qual acentua ainda mais a absurdidade da incidência do princípio da insignificância penal, mormente se considerados os critérios usualmente invocados pela jurisprudência do STF para regular hipóteses de crimes contra o patrimônio – *não retroage para alcançar delitos de descaminho praticados em data anterior à vigência da referida portaria*, porquanto não é esta equiparada a lei penal, em sentido estrito, que pudesse, sob tal natureza, reclamar a retroatividade benéfica, conforme disposto no art. 2º, parágrafo único, do CPP.

5. Recurso especial *provido*, para, configurada a contrariedade do acórdão impugnado aos arts. 3º e 334 do Código Penal e art. 20 da Lei n. 10.522/2002, cassar o acórdão e a sentença absolutória prolatados na origem e, por conseguinte, determinar o *prosseguimento da ação penal* movida contra o recorrido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção, após o voto do Sr. Ministro Relator, dando provimento ao recurso especial, no que foi acompanhado pelos Srs. Ministros Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ-SP), Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ-SP), Felix Fischer e Maria Thereza de Assis Moura e após o voto divergente do Sr. Ministro Nefi Cordeiro, negando provimento ao recurso especial, tendo sido acompanhado pelos Srs. Ministros Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ-SC) e Sebastião Reis Júnior, por maioria, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Relator. Os Srs. Ministros Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ-SP), Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ-SP), Felix Fischer e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator. Votaram vencidos os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ-SC) e Sebastião Reis Júnior. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Jorge Mussi.

Brasília (DF), 12 de novembro de 2014 (data do julgamento).

Ministro Rogerio Schietti Cruz, Relator

DJe 2.12.2014

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz: O *Ministério Público Federal* interpõe recurso especial, fundado no art. 105, III, **a**, da Constituição Federal, contra acórdão da 7ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que negou provimento ao recurso interposto pelo órgão ministerial contra a sentença de absolvição sumária da recorrida, prolatada pelo juízo singular. O acórdão ficou assim ementado (fl. 164):

Penal. Processo penal. Descaminho. Art. 334 do Código Penal. Princípio da insignificância. Valor dos tributos elididos. PIS/Cofins. Multa e correção monetária. Não inclusão.

1. Firmou-se na jurisprudência a aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho, nos termos do entendimento do Supremo Tribunal

Federal, segundo o qual é inadmissível que a conduta seja irrelevante para a Administração Fazendária e não o seja para o Direito Penal.

2. O parâmetro utilizado para a aferição da tipicidade material da conduta, no valor de R\$ 10.000,00, tinha por base o art. 20 da Lei n. 10.522/2002 e a Portaria n. 49 do Ministério da Fazenda, de 1º.4.2004, e foi modificado pela Portaria n. 75 do Ministério da Fazenda, de 26.3.2012, que alterou para R\$ 20.000,00 o valor para arquivamento das execuções fiscais, patamar que deve ser observado para os fins penais, nos termos da referida orientação jurisprudencial.

3. O montante dos impostos suprimidos deve considerar o Imposto de Importação e o IPI, sem o cômputo do PIS e Cofins. Entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

4. A aferição do valor tributário elidido, para fins de insignificância, não inclui encargos adicionados sobre aquele valor, como multas e atualização monetária. Precedentes.

Alega o recorrente violação dos arts. 3º e 334 do Código Penal e 20 da Lei n. 10.522/2002, ao argumento, em suma, da “inaplicabilidade do novo referencial financeiro de R\$ 20.000,00, adotado pelo TRF4 com base na Portaria n. 75 do Ministério da Fazenda, para fins de incidência do princípio da insignificância” (fl. 178), considerando a data do fato.

Informa que, na espécie dos autos, o valor dos tributos iludidos (II e IPI) perfaz o montante de R\$ 16.528,45 (fl. 178).

Aduz que, “entre o que dispõe a Portaria MF n. 75/2012 e o que prevê a Lei n. 10.522/2002, quanto ao valor para arquivamento/ajuizamento das execuções fiscais pela Procuradoria da Fazenda Nacional e, por consequência, para aplicação do Princípio da Insignificância, deve prevalecer o que está previsto na Lei n. 10.522/2002, ou seja, o valor a ser utilizado será de R\$ 10.000,00 (dez mil reais)” (fl. 183).

Requer, ao final, o provimento do recurso, para “que reste afastada a incidência do Princípio da Insignificância aplicado com base no referencial financeiro fixado na Portaria n. 75 do Ministério da Fazenda” (fl. 188).

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 216-221, pelo provimento do recurso.

Em sessão realizada em 2 de outubro do corrente ano, a Sexta Turma desta Corte decidiu, à unanimidade, e com fundamento no art. 14, II, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, afetar este Recurso Especial à Terceira Seção, tendo em vista a relevância do tema.

VOTO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz (Relator):

I.

A impugnação especial – amparada no art. 105, III, alínea **a** da Constituição da República – é tempestiva, a jurisdição ordinária foi esgotada e o tema objeto da insurgência foi devidamente discutido e prequestionado na instância de origem.

O recurso merece conhecimento, visto que o recorrente alega e apresenta argumentação tendente a demonstrar que a decisão hostilizada contrariou os dispositivos legais mencionados (arts. 3º e 334, ambos do CP e art. 20 da Lei n. 10.522/2002).

Cuida-se de estabelecer, em cumprimento à função inerente a uma Corte de Precedentes, responsável pela interpretação e uniformização da jurisprudência nacional, qual a compreensão a ser dada à norma positivada no art. 334 do Código Penal, em face da Portaria MF n. 75/2012 e à luz do que dispõe o art. 3º, do Código Penal e a Lei n. 10.522/2002.

Sabem todos que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm entendido que, nos crimes contra a ordem tributária (materializados na Lei n. 8.137/1990) e nos crimes de descaminho (previsto no art. 334 e seus parágrafos, do CP), a conduta do agente é atípica, por insignificância penal, se o total dos tributos sonegados ou iludidos não superar R\$ 10.000,00, na forma do art. 20 da Lei n. 10.522/2002.

Mais recentemente, por força da edição da Portaria MF n. 75/2012, do Ministério da Fazenda, passou-se a considerar como novo teto, para fins de incidência do princípio bagatelar, a importância de R\$ 20.000,00, e nessa direção se alinha o acórdão hostilizado.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, todavia, a questão não vem encontrando resposta jurisdicional unívoca, haja vista que a Sexta Turma já acolheu recursos especiais (Recursos Especiais n. 1.400.392-PR; n. 1.425.012-PR) em que se afastou a tese jurídica da atipicidade material por insignificância da conduta em casos tais, sob o argumento de que a Portaria MF n. 75/2012 não serve como meio normativo válido para alterar o valor máximo estabelecido para orientar os agentes responsáveis pela administração, apuração e cobrança de créditos da Fazenda Nacional.

Fato é que a Terceira Seção desta Corte, que vinha entendendo inaplicável o limite de R\$ 10.000,00 previsto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002 (EREsp n. 966.077-GO, Rel. Min Laurita Vaz, DJe 20.8.2009), mudou de posição ao julgar o REsp n. 1.112.748-TO, como representativo da controvérsia, agora sob a relatoria do Min. Felix Fischer, (DJe 13.10.2009). Ainda que mediante ressalva pessoal do relator, passou a Seção a considerar o valor de R\$ 10.000,00 como referência para a aplicação do princípio da insignificância penal, na trilha, aliás, do que já vinha decidindo o Supremo Tribunal Federal em casos análogos.

O tema, portanto, não encontra mais dissidência pretoriana na aceitação do referido patamar, ainda que, insisto, uma ou outra ressalva pessoal (como a que expressei nos REsps n. 1.306.425-RS e n. 1.334.500-PR) se tenha feito.

Permito-me, a esse propósito, deixar registrado, em sede mais abrangente, o que já externei perante a Sexta Turma, agora sob mais qualificada motivação.

Antes, digo estar ciente de que é dever do magistrado primar pela coerência do ordenamento jurídico e zelar pela respeitabilidade e pela credibilidade do Poder Judiciário. Não lhe cabe impor à parte um obstáculo, a superar por meio de recurso, simplesmente para tentar impor sua opinião pessoal, sendo mister o respeito aos precedentes – mormente os indicados pelos Tribunais Superiores –, meio indispensável para conferir unidade sistêmica ao direito pátrio e, por conseguinte, conferir estabilidade e segurança jurídica ao ordenamento jurídico.

Não é outro o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni, ao defender que:

A segurança jurídica, postulada na tradição do *civil law* pela estrita aplicação da lei, está a exigir o sistema de precedentes, há muito estabelecido para assegurar essa mesma segurança no ambiente do *common law*, em que a possibilidade de decisões diferentes para casos iguais nunca foi desconsiderada e, exatamente por isso, fez surgir o princípio inspirador do *stare decisis*, de que os casos similares devem ser tratados do mesmo modo (*treat like cases alike*) (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 99).

No entanto, o respeito aos precedentes não os torna imutáveis, sob pena de impedir o desenvolvimento do próprio direito. Assim como no sistema do *common law*, é possível, em alguns países de tradição romano-germânica – como o Brasil, caracterizado pela existência de Cortes de vértice, que exercem o papel de interpretação última da Constituição e das leis –, submeter o precedente a permanente reavaliação e, eventualmente, dar-lhe novos contornos, por meio de

alguma peculiaridade que distinga (*distinguishing*) ou mesmo leve à superação total (*overruling*) ou parcial (*overturning*) do precedente.

Em verdade:

Respeitar precedentes não redundo – nem jamais redundou – numa obrigação de aplicá-los de forma irrefletida. Ao contrário, não há como olhar apenas para um dos lados dos efeitos provocados pela utilização de precedentes. Não é possível considerar os benefícios gerados pelo respeito aos precedentes, como a previsibilidade e a estabilidade, sem considerar os prejuízos decorrentes de sua inadequada utilização (MARINONI. *op. cit.*, p. 193).

Afinal, “A mudança é conatural ao Direito, que vive na cultura e na historicidade” (MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 78).

Isso porque, na percepção de Canaris:

A abertura do sistema jurídico significa a incompletude e a provisoriedade do conhecimento científico. De fato, o jurista, como qualquer cientista, deve estar sempre preparado para pôr em causa o sistema até então elaborado e para o alargar ou modificar, com base numa melhor consideração. Cada sistema científico é assim, tão só um projeto de sistema, que apenas exprime o estado dos conhecimentos do seu tempo; por isso e necessariamente, ele não é nem definitivo nem fechado, enquanto, no domínio em causa, uma reelaboração científica e um progresso forem possíveis. (CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 196).

Semelhante concepção acerca do papel desempenhado por juízes e Tribunais em nosso sistema jurídico – cuja definição, sob qualquer angulação, inclui duas características, *ordenação* e *unidade* (CANARIS, *op. cit.* P. 12) – reclama uma aplicação séria e responsável da jurisprudência remansosa firmada pelos Tribunais Superiores, premida pela *necessidade de se construir uma jurisprudência que efetivamente reflita ponderável argumentação jurídica e fidelidade das premissas fáticas sobre as quais se assenta o entendimento paradigmático*.

Daí a importância da *ampla e exauriente motivação* das decisões judiciais, por meio da qual seja possível demonstrar aspectos jurídicos e fáticos novos, que tornem legítimo reavivar a discussão.

Com esse prelúdio, registro, no próximo tópico, algumas ponderações que, se não se legitimam a render frutos na presente sede – até porque a

devolutividade do recurso especial em exame é limitada e vinculada à questão da ampliação do valor máximo para a aplicação do princípio bagatelar em crime de descaminho –, quiçá possam servir para diversas reflexões, em outra seara.

Não perco de vista a existência de alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal que trataram do assunto – referidos mais adiante – de maneira, porém, não exauriente.

II.

II.1

A Sexta Turma, ao julgar o Recurso Especial n. 1.334.500-PR, em 26.11.2014, manifestou-se pela possibilidade de aplicação do referido princípio quando o valor do tributo iludido não ultrapassar a quantia de R\$ 10.000,00, seguindo, evidentemente, consolidada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, aqui a partir do julgamento do REsp n. 1.112.748-TO, como Representativo da Controvérsia.

Naquela ocasião, assinalando a pacificação do tema, consignei *minha compreensão no sentido de rechaçar o princípio da insignificância atrelado à dívida ativa executável pela Fazenda Nacional, cujo valor estipulado nas sucessivas normas acerca do assunto serve de parâmetro para sua incidência.*

O *art. 20 da Lei n. 10.522/2002* (com a redação conferida pela Lei n. 11.033/2004) e o *art. 1º, inciso II, da Portaria n. 75/2012 do Ministério da Fazenda* assim dispõem, com meus destaques, respectivamente:

Lei n. 10.522/2002

Art. 20. Serão arquivados, *sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional*, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Portaria n. 75/2012

Art. 1º. Determinar:

[...]

II - o não ajuizamento de execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

A simples leitura do dispositivo invocado para deixar de promover a responsabilização penal de autores de crimes de sonegação fiscal e, em

argumentação ainda mais estendida, de descaminho, revela, com minha mais respeitosa vênia, toda a *inconsistência da tese* que foi pacificada na jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Soa *imponderável, contrária à razão e avessa ao senso comum uma tese* que, apoiada em mera *opção de política administrativo-fiscal*, movida por interesses estatais conectados à *conveniência, à economicidade e à eficiência administrativas*, acaba por *subordinar o exercício da jurisdição penal* à iniciativa de uma autoridade fazendária. Sobrelevam, assim, as conveniências administrativo-fiscais do **Procurador da Fazenda Nacional**, que, ao promover o arquivamento, *sem baixa*, dos autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00, **determina**, mercê da elástica interpretação dada pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, o que a Polícia deve investigar, o que o Ministério Público deve acusar e, o que é mais grave, **o que - e como - o Judiciário deve julgar**.

Semelhante esforço interpretativo, a par de materializar *tratamento penal desigual e desproporcional*, se considerada a jurisprudência usualmente aplicável aos autores de crimes contra o patrimônio, consubstancia, na prática, *sistemática impunidade de autores de crimes graves* decorrentes de burla ao pagamento de tributos devidos em virtude de importação clandestina de mercadorias, amiúde associada a outras ilicitudes graves (como corrupção, ativa e passiva, e prevaricação) e que importam em *considerável prejuízo ao erário* e, indiretamente, à *coletividade*.

II.2.

É inquietante perceber, sob diversa angulação, que essa opção dos Tribunais Superiores, no tocante à modalidade delitiva que ora se analisa, *dissocia-se completamente dos parâmetros* de que se têm valido tanto o STF quanto o STJ para reconhecer a incidência do princípio da insignificância em *casos de crimes contra o patrimônio*.

Atualmente, dois pensamentos de integrantes do STF traduzem bem o trato jurisprudencial do tema.

Um deles, muito recorrente em decisões e arestos dos Tribunais, é da lavra do *Ministro Celso de Mello* e vem condensado na seguinte ementa:

[...]

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 esta na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Precedentes. *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. 115.246-MG, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª T., DJe 26.6.2013, grifei).

Assim é posta a questão, a seu turno, no seguinte excerto do voto do então *Ministro Carlos Ayres Britto*:

[...]

7. É possível listar diretrizes de aplicação do princípio da insignificância, a saber: *a) da perspectiva do agente*, a conduta, além de revelar uma extrema carência material, ocorre numa concreta ambiência de vulnerabilidade social do suposto autor do fato; *b) do ângulo da vítima*, o exame da relevância ou irrelevância penal deve atentar para o seu peculiarmente reduzido sentimento de perda por efeito da conduta do agente, a ponto de não experimentar revoltante sensação de impunidade ante a não-incidência da norma penal que, a princípio, lhe favorecia; *c) quanto aos meios e modos de realização da conduta*, não se pode reconhecer como irrelevante a ação que se manifesta mediante o emprego de violência ou ameaça à integridade física, ou moral, tanto da vítima quanto de terceiros. Reversamente, sinaliza infração de bagatela ou penalmente insignificante aquela que, além de não se fazer acompanhar do “*modus procedendi*” que estamos a denunciar como intolerável, revela um atabalhoamento ou amadorismo tal na sua execução que antecipa a sua própria frustração; isto é, já antecipa a sua marcante propensão para a forma não mais que tentada de infração penal, porque, no fundo, ditadas por um impulso tão episódico quanto revelador de extrema carência econômica; *d) desnecessidade do poder punitivo do Estado*, traduzida nas situações em que a imposição de uma pena se autoevidencie como tão despropositada que até mesmo a pena mínima de privação liberdade, ou sua conversão em restritiva de direitos, já significa um desbordamento de qualquer ideia de proporcionalidade; *e) finalmente*, o objeto material dos delitos patrimoniais há de exibir algum conteúdo econômico, seja para efetivamente desfalcar ou reduzir o patrimônio da vítima, seja para ampliar o acervo de bens do agente. (HC n. 109.134-RS, Rel. Min. Ayres Britto, 2ª T., DJe 1º.3.2012).

No *Superior Tribunal de Justiça*, outro não tem sido o direcionamento dado a seus julgados, ainda que sob reservas de um ou outro dos integrantes das duas Turmas que compõem a Terceira Seção.

De fato, na *Sexta Turma*, tem-se decidido que *não se caracteriza a insignificância* da conduta nos casos de furto:

a) de bens avaliados em cerca de 30% do valor do salário mínimo vigente à época do fato (AgRg no AREsp n. 577.880-DF, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, DJe 28.10.2014);

b) de bens avaliados em R\$ 135,00, tendo por vítima o próprio empregador do agente (AgRg no RHC n. 33.993-AL, minha relatoria, DJe 24.9.2014);

c) de gêneros alimentícios, produtos de limpeza, uma caixa de fósforos e um par de tênis, em residência, mediante rompimento de obstáculo, danificando a porta dos fundos do domicílio da vítima (HC n. 183.889-MS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 26.8.2013; AgRg no REsp n. 1.392.545-MG, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 12.9.2013);

d) de 51 metros de cabos de energia elétrica de diversas casas, danificando-os na retirada. (HC n. 184.556-MS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 22.8.2013);

e) de 10 metros de tela de arame, de propriedade da Prefeitura Municipal de Lajeados. (AgRg no AREsp n. 388.697-RS, DJe 2.10.2014);

f) de objetos do interior de um estabelecimento comercial que, apesar de avaliados em apenas R\$ 35,00, foram subtraídos mediante arrombamento, em plena madrugada (HC n. 192.530-SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 14.5.2013);

g) de objetos guardados no interior de um automóvel, danificando o veículo ao procurar retirar os itens, sendo o paciente multirreincidente específico e praticando o fato durante o repouso noturno e em coautoria (HC n. 258.743-MG, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 8.3.2013);

h) em coautoria, do caixa de estabelecimento comercial, pulando para dentro do balcão e aproveitando-se da distração do responsável, sendo pego, logo depois, com maconha, cujo crime de posse só não foi firmado em face da extinção da punibilidade [...] (HC n. 180.726-MG, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 20.2.2013);

i) de bolsa contendo documentos pessoais e cartões bancários, estando o autor do delito em cumprimento de pena pelo cometimento de outro crime contra o patrimônio (HC n. 240.460-SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 29.6.2012);

j) de uma bicicleta, em concurso de agentes, e atribuição de falsa identidade ao ser preso (HC n. 213.827-SC, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 7.6.2013);

k) de uma colher de pedreiro, avaliada em R\$ 4,00, mediante escalada de muro que protegia a residência (HC n. 253.360-SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 1º.8.2013, ressalva da Ministra Maria Thereza);

l) de 3 peças de vestuário, avaliadas em R\$ 129,88, em coautoria com um adolescente (HC n. 196.862-MG, Rel. Ministra Assusete Magalhães, DJe 18.12.2012).

Na Quinta Turma é ainda mais pacificada a jurisprudência que repudia a insignificância da conduta em casos de furto:

a) de um celular, ante a elevada reprovabilidade da conduta de um militar que, no exercício de atividade policial, apropriou-se do bem (HC n. 174.808-RJ, Relator Ministro Gurgel de Faria, DJe 20.10.2014);

b) de R\$ 40,46, porque o réu é reincidente e o delito foi cometido mediante o rompimento de obstáculos (RHC n. 48.510-MG, Felix Fischer, DJe 15.10.2014);

c) cometido reiteradamente, denotando profissionalismo delitivo, praticado em doses módicas (AgRg no HC n. 241.351-MG, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 11.9.2012);

d) de bens avaliados em R\$ 27,00, mediante arrombamento da porta metálica que fechava o estabelecimento comercial, em coautoria com adolescente (HC n. 173.543-SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 27.9.2011);

e) de dois sabonetes avaliados em R\$ 48,00, sendo o autor reincidente (HC n. 221.927-SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe 25.9.2013);

f) de ferramentas avaliadas em R\$ 100,00, do interior de uma residência (AgRg no REsp n. 1.331.563-MG, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe 19.9.2013);

g) por infrator habitual (AgRg no REsp n. 1.388.342-RS, Rel. Ministro Moura Ribeiro, DJe 10.9.2013).

Percebam, eminentes pares, que *não se encontra nenhum amparo* nos referidos critérios, usualmente empregados para afastar a tipicidade das condutas analisadas por esta Corte e pelo Supremo Tribunal Federal, *para abarcar, sob idêntica principiologia, a tese da insignificância dos crimes de sonegação fiscal e de descaminho inferiores a R\$ 10.000,00.*

Com efeito, tais condutas, mormente quando se expressam em valores próximos ao referido limite, *não configuram (a) mínima ofensividade* da conduta

do agente, (b) *nenhuma periculosidade social da ação*, (c) *reduzidíssimo grau de reprovabilidade* do comportamento e (d) *inexpressividade da lesão jurídica* provocada (na dicção do voto do Ministro Celso de Mello).

E *muito menos aponta*, na linha desenvolvida pelo Min. Carlos Ayres Britto, *para a exclusão do tipo*:

a) *na perspectiva do agente*, que de nenhum modo pode ser havido como socialmente vulnerável;

b) *na perspectiva da vítima*, se, além do Estado, aqui incluímos todos os demais contribuintes e cidadãos, que experimentam revoltante sensação de impunidade ante a não incidência da norma penal;

c) *quanto aos meios e aos modos de realização da conduta*, por não se poder admitir como irrelevante a ação que, a despeito de não se revestir dos costumeiros parâmetros que ilidem a regra bagatelar – presença de violência ou grave ameaça –, concretiza-se por mecanismos espúrios de burla ao Fisco, não raro associados a outras práticas ilícitas importantes;

d) em face da *afirmação do poder punitivo* do Estado, materializado na atribuição de pena proporcional à gravidade do comportamento, e, finalmente,

e) em virtude do *objeto material dos delitos*, que, a par de incrementar a lesão do fisco, buscam ampliar o acervo de bens do seu agente.

E mais. Conforme mencionado na manifestação da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República – lançada nos autos do REsp n. 1.393.317-PR, que versa idêntica *quaestio iuris* –, pesquisa conduzida pelos professores Pierpaolo Bottini e Maria Thereza Sadek, sobre a aplicação do princípio da insignificância na jurisprudência do STF, concluiu que, em 86% dos casos (de 2005 a 2009) *de crimes contra o patrimônio*, o valor do bem esteve na faixa de até R\$ 200,00, valendo registrar que 70% dos casos diziam respeito a bens avaliados em até R\$ 100,00.

Revelação ainda mais significativa, a meu aviso, foi a de que o instituto da *insignificância para crimes patrimoniais não é reconhecido*, pelas duas Turmas do Supremo Tribunal Federal, quando os bens superam a importância de R\$ 700,00 (<http://www.premioinnovare.com.br/ultimas/principio-da-insignificancia-nos-crimes-contra-o-patrimonio-e-ordem-publica/>).

Esses dados bem evidenciam que *os crimes patrimoniais “de rua”*, de que são exemplos mais corriqueiros o furto e o estelionato, *têm recebido tratamento jurídico completamente diverso e bem menos rigoroso, se comparado ao que se dispensa*

aos crimes contra a ordem tributária e, em particular, ao crime de descaminho, não apenas, como visto acima, em relação aos critérios para o reconhecimento da insignificância penal, como também quanto ao valor máximo a permitir a incidência do princípio bagatelar.

Não custa gizar que, como se destacou no acórdão impugnado, foram apreendidas mercadorias em poder da recorrida no valor de R\$ 22.321,81 (fls. 157) e “no caso em exame, os tributos iludidos (assim considerados o II e o IPI) atingem o montante de R\$ 16.528,45 [...]” (fls. 160).

II.3.

Outro importante aspecto a relevar diz respeito ao *objeto jurídico tutelado pela norma penal*, que, no crime de descaminho, não é apenas o erário. Com efeito, a regulação da atividade econômica, pelo Estado, é função inerente aos tributos aduaneiros que incidem na operação de entrada e saída de mercadorias no território nacional, *dada a natureza extrafiscal do Imposto de Importação (II) e do Imposto de Produtos Industrializados (IPI).*

Vejam, assim, que, a par da lesão ao erário, *outros valores restam atingidos pela conduta criminosa do art. 334 do CP, tais como a regulação da balança comercial, a proteção à indústria nacional e o prestígio da administração pública*, especialmente “sua moralidade e probidade administrativa” (CEZAR BITENCOURT. *Tratado de Direito Penal: parte especial*, v. 4. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 484).

A propósito, leciona Luiz Regis Prado:

No que tange ao delito de descaminho, o bem tutelado, além do prestígio da Administração Pública, é o interesse econômico-estatal. *Busca-se proteger o produto nacional (agropecuário, manufaturado ou industrial) e a economia do país*, quer na elevação do imposto de exportação, para fomentar o abastecimento interno, que na sua sensível diminuição ou isenção, para estimular o ingresso de divisa estrangeira no país. O mesmo ocorre no tocante ao imposto de importação, cuja elevação ou isenção têm por escopo ora proteger o produtor nacional, ora proteger a própria nação da especulação por este engendrada e, ainda, suprir necessidades vitais do Estado. (PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. v. 3. Parte especial, arts. 250 a 359-H. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 705-706, destaquei).

Assim também pensa Guilherme Nucci, com lastro pretoriano:

O objeto jurídico é a Administração Pública, nos seus direitos patrimonial e moral. Conferir: TRF, 3ª Região: “O crime de descaminho não ofende somente o

erário, atingindo também a soberania nacional, a autodeterminação do Estado, a segurança nacional e a eficácia das políticas governamentais de defesa do desenvolvimento da indústria pátria. Por isso, o descaminho é classificado como crime contra a Administração Pública e contra a ordem tributária” (HC n. 2008.03.00.004202-7-SP, 2ª T., rel. Nelson dos Santos, 25.8.2009, v.u.). (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*, 13. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora RT, 2013, p. 1.224).

Decorre de tal intelecção a importância de que, ao lado – ou *além* – da atuação estatal no âmbito da fiscalização e recuperação dos tributos iludidos na entrada ou saída de mercadorias do país, *não se negligencie a tutela penal*, de modo a:

(...) evitar a agravação dos direitos alfandegários, para não aumentar a vantagem da fraude (...), pois, de outro modo, o Direito Penal estaria a ensarilhar as armas diante de um audacioso expediente de locupletação ilícita, uma espoliação contra o erário, uma sonegação de rendas destinadas aos fins coletivos e uma desleal concorrência ao comércio honesto (NELSON HUNGRIA. *Comentários ao Código Penal*, v. IX. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1959, p. 434).

No atual estágio de desenvolvimento da própria função administrativa desempenhada pelo Estado, não enxergo gradação significativa que sobreleve um objeto jurídico específico, como *v.g.* a arrecadação de receitas, em detrimento de outros com igual importância, como a concorrência leal, esta última achincalhada diariamente pela entrada subversiva – por vezes tolerada – de produtos estrangeiros no mercado interno, sem o pagamento de impostos, o que destrói a possibilidade de competição em igualdade de condições.

Não há, por conseguinte, razão plausível em se restringir o âmbito de proteção da norma proibitiva do descaminho (cuja amplitude de tutela alberga outros valores, além da arrecadação fiscal, tão importantes no cenário brasileiro atual), equiparando-o, de forma simples e impositiva, aos crimes tributários.

II.4.

Ademais, a opção por *deixar de executar a dívida* estipulada no *quantum* mínimo previsto na norma de regência *não implica dizer* – com o perdão da insistência – que o Estado *desiste* de receber o crédito fiscal. Não se trata de anistia da dívida tributária, expressamente vedada, aliás, pelo art. 180, I, do CTN (Lei n. 5.172/1966), impondo observar que, se se cuidasse de remissão (total ou parcial) do débito fiscal, haveria necessidade de lei autorizadora, sob as circunstâncias indicadas no art. 172 do CTN.

Em verdade, eventual inscrição do valor devido pelo contribuinte, na Dívida Ativa da União, *permite a sua cobrança administrativa* pela Procuradoria da Fazenda Nacional, *ainda que seja pequena a quantia reclamada*. Vale dizer, *não há declaração de extinção da dívida pelo Estado*, nos moldes do art. 18, § 1º, da Lei n. 10.522/2002, *mas mera opção de não cobrar a dívida, em dado momento*.

Como, então, aceitar como insignificante, *para fins penais*, um valor estabelecido para orientar a ação em sede executivo-fiscal, com base apenas no custo benefício da operação, se *não houve*, de fato, a *renúncia do tributo* pelo Estado?

Nessa diretriz já se assentara a anterior jurisprudência desta Casa, como, exemplificativamente, demonstra o seguinte aresto da Terceira Seção:

Embargos de divergência. Penal. Crime de descaminho. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Valor superior àquele previsto no art. 18, § 1º, da Lei n. 10.522/2002.

1. Hipótese em que foram apreendidas ao entrarem ilegalmente no país 644 (seiscentos e quarenta e quatro) pacotes de cigarro de diversas marcas e 12 (doze) litros de whisky, todas mercadorias provenientes do Paraguai, avaliadas à época em R\$ 6.920,00 (seis mil novecentos e vinte reais). Impossibilidade de aplicação do princípio da insignificância.

2. Não é possível utilizar o art. 20 da Lei n. 10.522/2002 como parâmetro para aplicar o princípio da insignificância, já que o mencionado dispositivo se refere ao ajuizamento de ação de execução ou arquivamento sem baixa na distribuição, e não de causa de extinção de crédito.

3. O melhor parâmetro para afastar a relevância penal da conduta é justamente aquele utilizado pela Administração Fazendária para *extinguir* o débito fiscal, consoante dispõe o art. 18, § 1º, da Lei n. 10.522/2002, que determina o *cancelamento da dívida tributária igual ou inferior a R\$ 100,00 (cem reais)*.

4. Há de se ressaltar que, no caso, existe controvérsia sobre o montante da dívida tributária, que pode até ser maior do que R\$ 10.000,00, além de se tratar a denunciada de pessoa que ostenta outras duas condenações por crimes da mesma espécie, revelando, em princípio, reiteração criminosa.

5. Embargos de divergência acolhidos para, cassando o acórdão embargado, negar provimento ao recurso especial. (EREsp n. 966.077-GO, Rel. Ministra Laurita Vaz, 3ª Seção, DJe 20.8.2009, destaquei).

Enfim, eminentes pares, não desconheço que a questão foi *a posteriori* tratada, judiciosamente, em voto do Ministro Felix Fischer, no julgamento do

Recurso Especial Representativo da Controvérsia, REsp n. 1.112.748-TO, em decisão assim ementada:

Recurso Especial Repetitivo Representativo da controvérsia. Art. 105, III, **a** e **c** da CF/1988. Penal. Art. 334, § 1º, alíneas **c** e **d**, do Código Penal. Descaminho. Tipicidade. Aplicação do princípio da insignificância.

I - Segundo jurisprudência firmada no âmbito do Pretório Excelso – 1ª e 2ª Turmas – incide o princípio da insignificância aos débitos tributários que não ultrapassem o limite de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002.

II - Muito embora esta não seja a orientação majoritária desta Corte (vide EREsp n. 966.077-GO, 3ª Seção, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 20.8.2009), mas em prol da otimização do sistema, e buscando evitar uma sucessiva interposição de recursos ao c. Supremo Tribunal Federal, em sintonia com os objetivos da Lei n. 11.672/2008, é de ser seguido, na matéria, o escólio jurisprudencial da Suprema Corte. Recurso especial desprovido. (DJe 13.10.2009).

II.5.

Também merece alusão o fato de que, na grande parte dos casos, *inexiste o lançamento do crédito tributário no crime de descaminho*, a ensejar a execução fiscal.

Isso porque, quase sempre, a apreensão dos produtos pela fiscalização da Receita Federal enseja o seu *confisco, até o pagamento dos tributos*. Se isso não ocorrer, sobrevém *pena de perdimento dos bens* em favor da União, dado o abandono pelo contribuinte (art. 681 do Decreto n. 4.543/2002 – Regulamento Aduaneiro), *o que afasta, por consequência, a execução fiscal* referida pela Lei n. 10.522/2002.

Forçoso é, pois, concluir pela *falsidade da premissa* de que, nas situações como a presente, *o Estado demonstra desinteresse* em receber o valor dos tributos iludidos pelo descaminho. Primeiro, porque

(...) *o Fisco sempre age, nas hipóteses de descaminho, independentemente do valor da mercadoria, exigindo o tributo e aplicando, por regra, a pena de perdimento*; segundo, porque há, sistematicamente, a aplicação da *pena de perdimento*, não havendo o ajuizamento de execuções fiscais.

Em outras palavras, considerada para fins comerciais, seja uma mercadoria de R\$ 100,00, seja uma de R\$ 100.000,00, a atuação do Fisco será a mesma. Daí concluir-se a *inadequação da aplicação das diversas normas atinentes ao não-ajuizamento de execuções fiscais e a não-inscrição em dívida ativa como referenciais para a construção do princípio da insignificância no descaminho*: não importa se de

valor muito diminuto, o Fisco apreenderá a mercadoria, aplicando, se possível, a pena de perdimento; não regularizada a internalização da mercadoria no prazo (caracterizando-se, portanto, o abandono), ou aplicada, por qualquer outra razão prevista no art. 618 do Regulamento Aduaneiro, o perdimento, nem mesmo será constituído qualquer crédito tributário e, por decorrência, jamais haverá qualquer execução fiscal, mesmo que se trate de mercadorias cujo valor ultrapasse R\$ 100.000,00, ou nem chegue a R\$ 100,00.

(SILVA, Marcelo Cardozo da. *Crédito Tributário e Descaminho: o Perdão Judicial como Medida Substitutiva ao Princípio da Insignificância*. Revista AJUFERGS, Porto Alegre, n. 3, p. 181-208, 2007).

II.6

Colenda Seção, chamo a atenção para outro detalhe significativo: nos julgamentos dos crimes contra o patrimônio – em que se estabeleceram alguns critérios para a incidência do princípio bagatelar, mencionados linhas atrás – *nem mesmo o valor do salário mínimo vigente à época do fato conseguiu estabelecer-se, na jurisprudência e na doutrina pátrias, como parâmetro válido para afastar a tipicidade material da conduta.*

E mais, ainda quando se constata a devolução do bem subtraído, ou até mesmo quando a vítima se diz ressarcida ou desinteressada na punição do autor do furto, *não anui a jurisprudência à tese da insignificância*. Desconheço, como exemplo, julgado desta Corte – ou do Supremo Tribunal Federal – em que se tenha trancado a ação penal por crime de furto envolvendo bens avaliados em patamar superior ao salário mínimo, *mesmo quando se verifica o desinteresse punitivo da vítima ou mesmo a sua expressa concordância em não ver o autor do furto punido.*

Bem observa, sobre a questão, Vilvana Damiani Zanellato, referindo-se aos crimes contra o patrimônio privado, que “há desrespeito aos princípios da isonomia e da proporcionalidade. Jamais os tribunais pátrios (e nem devem) entenderão como penalmente irrelevante ou insignificante o valor de R\$1.000,00 (mil reais) ou de R\$ 10.000,00 para essas infrações” (ZANELLATO, Vilvana Damiani. A aplicação sem critério do princípio da insignificância no delito de descaminho. *In: Fischer, Douglas (Org.). Direito penal especial*. t. II. Brasília: ESMPU, 2014, p. 315-382).

Fácil é, por sua vez, verificar que existem inúmeros outros crimes praticados contra a Administração Pública que, a despeito de ineludivelmente lesarem os cofres públicos, não rendem, por inúmeros motivos, medidas administrativas ou

cíveis cabíveis, e nem por isso se cogita de aplicar-lhes interpretação igualmente excludente da responsabilização penal.

Fato é que a *lei apenas faculta a iniciativa* do Estado para recuperar o numerário, em sede de execução fiscal, no valor até R\$ 10.000,00 – e, desde 2012, por meio de mera portaria, eleva-se o *quantum* para R\$ 20.000,00 – importância, repita-se, *não esquecida, perdoadada ou muito menos extinta* pela União, porquanto, nos termos da lei, *não se dá baixa na distribuição, apenas se autoriza o não ajuizamento (ou prosseguimento) da execução fiscal*. Logo, essas dívidas fiscais, que materializam crimes de descaminho não podem, *permissa venia*, ser entendidas pelo Direito Penal como insignificantes, ínfimas, a desautorizar o legítimo exercício da jurisdição penal.

Entender diversamente – como desafortunadamente se tem feito – significa, quando menos, *desapreço, ou mesmo desdém*, aos que, com meritosos esforços, vivem em país de tamanhas desigualdades econômicas e sociais, com um salário mínimo de aproximadamente 1/27 do patamar ora comentado, e que se, por qualquer motivo, envolverem-se em conduta criminosa corrente no cotidiano forense, não terão resposta tão benevolente do sistema de justiça criminal.

Estou com o festejado hermeneuta do direito brasileiro: “Deve o direito ser interpretado inteligentemente e não de modo a que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis. (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965, p. 178).

Diviso outras situações dignas de consideração pela Corte.

Imagine-se, como primeiro exemplo, a prática de *descaminho* realizada por uma pessoa *com auxílio de funcionário público*, circunstância apta a caracterizar o crime de *facilitação de contrabando ou descaminho*, positivado no art. 318 do Código Penal. Não causaria estranheza a condenação do agente estatal por conduta auxiliar – corrupção passiva ou peculato – paralelamente ao reconhecimento de atipicidade da conduta do autor da ação principal, dada a não superação do teto normativo multirreferido?

Mais um exemplo: em operação policial controlada, com vistas a descobrir os autores dos crimes de violação de direitos autorais (art. 184 do CP) ou de receptação (art. 180 do CP) relativamente a *produtos importados à margem da lei*, não é de difícil compreensão a condenação desses agentes sem a punição dos responsáveis pelo descaminho (art. 334 do CP)?

Ressalto que o Brasil é signatário de instrumentos internacionais como, por exemplo, a Convenção sobre Repressão do Contrabando (Decreto n. 2.646/1938) e a Convenção para Combater a Evasão Fiscal firmada com a República do Paraguai (Decreto n. 972/2003), nos quais assumiu *o compromisso de combater essa modalidade criminosa*.

Em relação a essa última, trago à colação, destacado, o teor do seu art. 38:

As autoridades aduaneiras e aquelas consideradas pelos Estados Contratantes como competentes *empreenderão ações conjuntas de fiscalização e o intercâmbio de informações tendentes à prevenção, investigação e repressão do contrabando, do descaminho e da falsificação de cigarros e outros derivados de fumo, materiais e insumos utilizados para sua fabricação, em consonância com o Artigo 11 do Convênio de Cooperação e Assistência Recíproca entre as Administrações de Aduanas do Mercosul relativo à Prevenção e Luta contra Ilícitos Aduaneiros, aprovado pela Decisão n. 1/97 do Conselho do Mercado Comum.*

Registro aqui, portanto – tal qual o fez o Ministro Felix Fischer ao julgar o Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.112.748-TO –, quer em homenagem à otimização do sistema, quer em razão dos estritos contornos postos na impugnação especial ora examinada, minha compreensão totalmente contrária à que se consolidou nos Tribunais Superiores quanto à incidência do princípio da insignificância em patamares tão elevados (nos crimes contra a ordem tributária e de descaminho). Peço, assim, permissão aos eminentes pares para deixar assentado meu entendimento acerca dessa matéria, com a esperança de que, se não nesta Corte Superior, quiçá no Supremo Tribunal Federal, guardião-mor dos valores e dos fundamentos sobre os quais se assentam a República Federativa do Brasil, essa jurisprudência, que contradiz, a meu sentir, a ideia de uma autêntica República, seja brevemente reavaliada.

III.

Cumprido, nos lindes deste Recurso Especial, definir a validade, para a *incidência jurisdicional* do princípio bagatelar, da fixação do parâmetro de R\$ 20.000,00, pela Portaria n. 75/2012 do Ministério da Fazenda – *tema expressamente enfrentado no acórdão impugnado* – e sua aplicação retroativa à espécie.

Quanto ao primeiro aspecto, é certo que, em alguns de seus arestos, o Supremo Tribunal Federal tem admitido – volto a dizer, sem a desejada verticalidade da cognição sobre tão relevante assunto – a incidência do princípio

bagatela no crime de descaminho cujo valor do tributo iludido tenha sido igual ou inferior a R\$ 20.000,00, tomando-se como norte a referida portaria.

Como exemplo, cito os seguintes excertos de recentes julgados:

[...]

Anoto que, embora a expressividade financeira do tributo omitido ou sonegado pelo paciente em decorrência da prática de descaminho seja superior a R\$ 10.000,00, no caso, de R\$ 10.865,65 (dez mil oitocentos e sessenta e cinco reais e sessenta e cinco centavos), é ela inferior a R\$ 20.000,00 - valor atualmente estabelecido nas Portarias n. 75/2012 e n. 120/2012 do Ministério da Fazenda para a dispensa de instauração do executivo fiscal contra o contribuinte renitente.

[...]

(HC n. 119.849-PR, Relator Ministro Dias Toffoli, DJe 7.10.2014).

[...]

Como o patamar de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para o arquivamento de execuções fiscais estabelecido pela Lei n. 10.522/2002 foi majorado para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) pelas Portarias n. 75 e n. 130/2012 do Ministério da Fazenda, este Supremo Tribunal Federal passou a considerá-lo para efeito de aplicação do princípio da insignificância.

[...]

(HC n. 123.479-RS, Relatora Ministra Rosa Weber, DJe 8.10.2014).

[...]

Em matéria de aplicação do princípio da insignificância, consulta à jurisdição do Supremo Tribunal Federal indica que, apesar de certa uniformidade na indicação de condicionantes para a caracterização da bagatela (mínima ofensividade da conduta do agente, ausência de periculosidade social da ação, grau reduzido de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada), não há um enunciado claro e consistente para as instâncias precedentes a respeito daquilo que a Corte considera suficiente para afastar a aplicação da norma penal. Nesse cenário, não são incomuns julgamentos díspares para hipóteses fáticas relativamente homogêneas.

Tal disparidade, contudo, não é observada nos casos que tratam da aplicação do princípio da insignificância ao delito de descaminho. Isso porque o fundamento que orienta a avaliação da tipicidade da conduta é aquele objetivamente estipulado como parâmetro para a atuação do Estado em matéria de execução fiscal: o valor do tributo devido (...) Vale registrar que para a aferição do requisito objetivo, assim como estabelecido na legislação fiscal, o Supremo Tribunal Federal considera a soma dos débitos consolidados (e, conseqüentemente, a reiteração

na conduta). Nesse sentido, confira-se, por exemplo, o HC n. 97.257, Rel. Min. Marco Aurélio:

[...]

No caso, a autoridade impetrada afastou a aplicação do princípio da insignificância pelo fundamento de que o valor de R\$ 17.755,22 (dezessete mil, setecentos e cinquenta e cinco reais e vinte e dois centavos) ultrapassaria aquele estabelecido pela legislação de regência para o arquivamento fiscal (R\$ 10.000,00). Ocorre que, por meio da Portaria n. 75, do Ministério da Fazenda, definiu-se o valor de R\$ 20.000,00 como novo parâmetro para a atuação da Procuradoria da Fazenda Nacional e para o arquivamento das pretensões de natureza fiscal.

[...]

(HC n. 120.096-PR, Relator Ministro Roberto Barroso, DJe 4.4.2014).

Nota-se, em todos os votos, breve menção à possibilidade de esse ato administrativo ser tomado como novo patamar para a incidência do entendimento já consolidado naquela Corte em relação ao valor estabelecido na Lei n. 10.522/2002.

Para melhor exame do tema, reputo salutar transcrever, com meus destaques, o inteiro teor da Portaria MF n. 75, de 22 de março de 2012, publicada no DOU de 29.3.2012, a qual “Dispõe sobre a inscrição de débitos na Dívida Ativa da União e o ajuizamento de execuções fiscais pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional”:

O Ministro de Estado da Fazenda, no uso da atribuição que lhe confere o parágrafo único, inciso II, do art. 87 da Constituição da República Federativa do Brasil e tendo em vista o disposto no art. 5º do Decreto-Lei n. 1.569, de 8 de agosto de 1977; no parágrafo único do art. 65 da Lei n. 7.799, de 10 de julho de 1989; no § 1º do art. 18 da Lei n. 10.522, de 19 de julho de 2002; no art. 68 da Lei n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996; e no art. 54 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, resolve:

Art. 1º Determinar:

I - a não inscrição na Dívida Ativa da União de débito de um mesmo devedor com a Fazenda Nacional de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais); e

II - o não ajuizamento de execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

§ 1º Os limites estabelecidos no caput não se aplicam quando se tratar de débitos decorrentes de aplicação de multa criminal.

§ 2º Entende-se por valor consolidado o resultante da atualização do respectivo débito originário, somado aos encargos e acréscimos legais ou contratuais, vencidos até a data da apuração.

§ 3º O disposto no inciso I do *caput* não se aplica na hipótese de débitos, de mesma natureza e relativos ao mesmo devedor, que forem encaminhados em lote, cujo valor total seja superior ao limite estabelecido.

§ 4º Para alcançar o valor mínimo determinado no inciso I do *caput*, o órgão responsável pela constituição do crédito poderá proceder à reunião dos débitos do devedor na forma do parágrafo anterior.

§ 5º Os órgãos responsáveis pela administração, apuração e cobrança de créditos da Fazenda Nacional não remeterão às unidades da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) processos relativos aos débitos de que trata o inciso I do *caput*.

§ 6º O Procurador da Fazenda Nacional poderá, após despacho motivado nos autos do processo administrativo, *promover o ajuizamento de execução fiscal de débito cujo valor consolidado seja igual ou inferior ao previsto no inciso II do caput*, desde que exista elemento objetivo que, no caso específico, ateste *elevado potencial de recuperabilidade do crédito*.

§ 7º O Procurador-Geral da Fazenda Nacional, observados os critérios de eficiência, economicidade, praticidade e as peculiaridades regionais e/ou do débito, poderá autorizar, mediante ato normativo, as unidades por ele indicadas a promoverem a inscrição e o ajuizamento de débitos de valores consolidados inferiores aos estabelecidos nos incisos I e II do *caput*.

Art. 2º O Procurador da Fazenda Nacional requererá o *arquivamento, sem baixa na distribuição*, das execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), desde que não conste dos autos garantia, integral ou parcial, útil à satisfação do crédito. (Redação dada pela Portaria MF n. 130, de 19 de abril de 2012)

Art. 3º A adoção das medidas previstas no art. 1º não afasta a incidência de correção monetária, juros de mora e outros encargos legais, *não obsta a exigência legalmente prevista de prova de quitação de débitos perante a União e suspende a prescrição dos créditos de natureza não tributária*, de acordo com o disposto no art. 5º do Decreto-Lei n. 1.569, de 8 de agosto de 1977.

Art. 4º Os débitos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) deverão ser agrupados:

- I - por espécie de tributo, respectivos acréscimos e multas;
- II - por débitos de outras naturezas, inclusive multas;
- III - no caso do Imposto Territorial Rural (ITR), por débitos relativos ao mesmo devedor.

Art. 5º São elementos mínimos para inscrição de débito na Dívida Ativa, sem prejuízo de outros que possam ser exigidos:

I - o nome do devedor, dos corresponsáveis e, sempre que conhecido, o domicílio ou residência de um e de outros;

II - o número de inscrição do devedor no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ);

III - o valor originário da dívida, bem como o termo inicial e a forma de calcular os juros de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato;

IV - a origem, a natureza e o fundamento legal ou contratual da dívida;

V - a indicação, se for o caso, de estar a dívida sujeita à atualização monetária, bem como o respectivo fundamento legal e o termo inicial para o cálculo;

VI - o processo administrativo ou outro expediente em que tenha sido apurado o débito;

VII - a comprovação da notificação para pagamento, nos casos em que exigida;

VIII - o demonstrativo de débito atualizado e individualizado para cada devedor.

Art. 6º O Procurador-Geral da Fazenda Nacional e o Secretário da Receita Federal do Brasil, em suas respectivas áreas de competência, expedirão as instruções complementares ao disposto nesta Portaria, inclusive para *autorizar a adoção de outras formas de cobrança extrajudicial, que poderão envolver débitos de qualquer montante, inscritos ou não em Dívida Ativa.*

Art. 7º Serão *cancelados*:

I - os débitos inscritos na Dívida Ativa da União, quando o valor consolidado remanescente for igual ou inferior a R\$ 100,00 (cem reais);

II - os saldos de parcelamentos concedidos no âmbito da PGFN ou da RFB, cujos montantes não sejam superiores aos valores mínimos estipulados para recolhimento por meio de documentação de arrecadação.

Art. 8º Fica revogada a Portaria MF n. 49, de 1º de abril de 2004.

Art. 9º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

Guido Mantega

Ministro de Estado da Fazenda

(*) Republicada por ter saído no DOU de 26.3.2012, seção 1, pág 22, com incorreção no original.

Da leitura desse ato, extrai-se, portanto, que:

a) somente serão **cancelados** os débitos inscritos na Dívida Ativa da União de valor consolidado não superior a R\$ 100,00;

b) o Ministro da Fazenda determina: 1. *não inscrição* na Dívida Ativa da União de débito de um mesmo devedor de valor não superior a R\$ 1.000,00; 2. o *não ajuizamento* de execuções fiscais de valor não superior a R\$ 20.000,00, podendo o PFN, todavia, promover a execução se constatar potencial de recuperabilidade do crédito;

c) esses valores de referência (R\$ 1.000,00, para inscrição na dívida ativa, e R\$ 20.000,00, para o não ajuizamento de execuções fiscais) podem ser *desconsiderados* mediante avaliação, pelo PGFN, dos *critérios de eficiência, economicidade, praticidade e as peculiaridades regionais e/ou do débito*;

d) o não ajuizamento de execuções fiscais não desobriga o Procurador-Geral da Fazenda Nacional e o Secretário da Receita Federal a adotarem *outras formas de cobrança extrajudicial*, que poderão envolver *débitos de qualquer montante, inscritos ou não em Dívida Ativa*.

Não há que falar, portanto, em *desinteresse* estatal na cobrança ou recuperação de ativos derivados de sonegação ou ilusão de tributos. O que há é tão somente uma *regulação para as diversas hipóteses de possíveis providências administrativas* (não inscrição, arquivamento, cancelamento, ajuizamento, não ajuizamento), cuja escolha dar-se-á por *critérios que a própria autoridade estabelece internamente*, é dizer, no âmbito dos próprios órgãos responsáveis por tais iniciativas.

Quando a Fazenda Nacional deixa de executar um valor inscrito na dívida ativa é porque, na avaliação de custos e benefícios, prefere racionalizar seus recursos humanos e materiais, mas – *salvo quando se trata de dívidas iguais ou inferiores a R\$ 100,00* – em nenhum momento cancela a dívida, dá baixa na distribuição ou desiste, definitivamente, de cobrar, judicial ou extrajudicialmente, o montante sonegado ou iludido.

Essa é a opinião, aliás, de boa parte da doutrina. Exemplificativamente, reporto-me a Dermeval Farias Gomes Filho (*A dimensão do Princípio da Insignificância* – imprecisão jurisprudencial e doutrinária – necessidade de nova reflexão no crime de descaminho? Revista Eletrônica da Seção Judiciária do Distrito Federal, 3. ed.), a Pierre Souto Maior C. de Amorim (*O uso indevido do princípio da insignificância*, Revista Consulex, Ano IX – n. 214) e a Rogério Greco (*Curso de Direito Penal*, v. IV, Parte Especial. 2. ed. Niterói: Impetus, 2007, p. 526).

Douglas Fischer, sobre a matéria, pontua:

*A circunstância de o Estado não promover a cobrança dos valores inferiores hoje a R\$ 10.000,00 (ou qualquer outro que venha ulteriormente ser estipulado) não significa dizer que não haja interesse em receber as quantias que lhe foram subtraídas (lato sensu). A providência inculpada em norma legal que autoriza o arquivamento (como regra, momentâneo) na distribuição das execuções fiscais diz tão somente com uma questão de política econômica e operacional da máquina de cobrança do Estado, ou seja, a inserção de tal dispositivo justifica-se pelo fato de ser mais oneroso para o Estado cobrar as quantias objeto da prática criminosa, dado que as despesas para tanto superam aquele limite referido na norma retrorreferida. Todavia, o dano social – relacionado com o bem jurídico protegido pela norma penal – continua, em princípio, evidente. Em suma, o fundamento das regras de âmbito cível – de não execução e/ou cobrança dos valores – é evitar exatamente que a sociedade seja novamente penalizada, gastando-se mais que o próprio objeto do dano perseguido – o qual pertence aos cofres públicos. Assim, mesmo não havendo eventual interesse da cobrança no âmbito civil, o dano social (penal) continua evidente. (FISCHER, Douglas. *Garantismo penal integral*. 2. ed., Org. B. Calabrich, D. Fischer; E. Pelella. Salvador: Podium, 2013, p. 47).*

Trago aos eminentes pares, como reforço a essa inteligência doutrinária, a explicação e os argumentos que justificam essa opção de política econômico-fiscal. Reporto-me, para tanto, à pesquisa denominada **Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal da União**, desenvolvido com a finalidade de determinar qual o tempo e o custo de tramitação das ações de execução fiscal na Justiça Federal. O estudo foi feito pelo *IPEA* – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada –, entre novembro de 2009 e fevereiro de 2011, de onde resultou o *Comunicado n. 127/12*, do qual destaco alguns trechos:

Conforme os resultados apresentados, pode-se afirmar que o custo unitário médio total de uma ação de execução fiscal promovida pela PGFN junto à Justiça Federal é de R\$ 5.606,67. O tempo médio total de tramitação é de 9 anos, 9 meses e 16 dias, e a probabilidade de obter-se a recuperação integral do crédito é de 25,8%.

Considerando-se o custo total da ação de execução fiscal e a probabilidade de obter-se êxito na recuperação do crédito, pode-se afirmar que o breaking even point, o ponto a partir do qual é economicamente justificável promover-se judicialmente o executivo fiscal, é de R\$ 21.731,45. Ou seja, nas ações de execução fiscal de valor inferior a este, é improvável que a União consiga recuperar um valor igual ou superior ao custo do processamento judicial.

(...)

Por essas razões, seria razoável reajustar, a partir de 1º de janeiro de 2012, o piso mínimo para o ajuizamento de ações de execução fiscal da PGFN dos atuais R\$

10.000,00 para R\$ 20.000,00. **Porém, a fixação desse novo piso mínimo deveria ser cercada de alguns cuidados.**

Em primeiro lugar, dever-se-ia determinar que *a imposição do novo piso mínimo não autoriza a desistência, por parte dos procuradores da Fazenda Nacional, de executivos fiscais pendentes de julgamento*, desde que esses já tenham resultado em citação pessoal do executado. Como a citação é a principal responsável, tanto pelo custo, quanto pela demora no processamento das ações de execução fiscal, não seria razoável permitir que a PGFN desistisse dessas ações, que têm maior probabilidade de pagamento.

Em segundo lugar, a implementação do novo piso mínimo deveria vir acompanhada da implementação de *medidas de redução do risco moral (moral hazard) associado ao não pagamento de tributos*. Em outras palavras, é importante que a divulgação do novo valor dê-se no contexto de simultânea publicação de uma clara política de recuperação dos créditos inferiores a R\$ 20.000,00, *sob pena de sinalizar à sociedade a desimportância do correto recolhimento de impostos e contribuições*.

[...]

(Comunicado do Ipea n. 127, de 2012. *Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN)*. Disponível em: < http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/120103_comunicadoipea127.pdf, acesso em 25.10.2014).

Observem, ilustres Componentes desta Seção, que o próprio órgão estatal encarregado de elaborar a pesquisa a partir da qual se editou a malsinada portaria do Ministério da Fazenda deixa muito claro que:

a) a imposição do novo piso mínimo não autoriza a desistência, por parte dos procuradores da Fazenda Nacional, de executivos fiscais pendentes de julgamento;

b) a implementação do novo piso mínimo deveria vir acompanhada da implementação de medidas de redução do risco moral associado ao não pagamento de tributos, fazendo-se mister o estabelecimento de uma clara política de recuperação dos créditos inferiores a R\$ 20.000,00, sob pena de sinalizar à sociedade a desimportância do correto recolhimento de impostos e contribuições.

E o que faz o Poder Judiciário? Sinaliza à sociedade que *é penalmente insignificante a ilusão de tributos – com o ingresso no Brasil de mercadorias provenientes do estrangeiro – correspondentes a até R\$ 20.000,00.*

Afigura-me, assim, *inusitada a compreensão de que o Ministro da Fazenda, por meio de portaria, ao alterar o patamar de arquivamento de execuções fiscais*

de débitos com a Fazenda Pública, *determine o rumo da jurisdição criminal de outro Poder* da República; e, mais ainda, que tal orientação administrativa possa interferir em *situações já consolidadas* sob a regência de norma anterior.

Dito isso, pontuo a obviedade de que o sistema jurídico, para sustentar-se como uma unidade lógica, deve ser interpretado, à luz da teoria kelseniana, como uma estrutura escalonada, em que as normas de escalão superior regulam as normas de escalão inferior.

Bem o diz Celso Antônio Bandeira de Mello:

Nos termos do art. 5º, II, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Aí não se diz “em virtude de” decreto, regulamento, resolução, portaria ou quejandos. Diz-se “em virtude de lei”. Logo, a Administração não poderá proibir ou impor comportamento algum a terceiro, salvo se estiver previamente embasada em determinada lei que lhe faculte proibir ou impor algo a quem quer que seja. Vale dizer, não lhe é possível expedir regulamento, instrução, resolução, portaria ou seja lá que ato for para coarctar a liberdade dos administrados, salvo se em lei já existir delineada a contenção ou imposição que o ato administrativo venha a minudenciar. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 105-106)

Dessa forma, os atos administrativos somente poderão ser expedidos para ensejar a fiel execução da lei, porque a *administração é uma atividade vinculada à lei*. É dizer, sob uma formação escalonada do direito, a administração somente poderá comportar-se e tomar decisões que agreguem “níveis maiores de concreção ao que já se contém abstratamente nas leis” (BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 108).

Nesse contexto, lembro que *portaria* é um ato administrativo normativo por meio do qual uma autoridade de qualquer escalão do comando, excetuado o chefe do Poder Executivo, expede normas gerais ou especiais aos seus subordinados. Em relação aos Ministros de Estado, a própria Constituição estabelece, no art. 87, parágrafo único, II, que eles deverão “*expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos*”.

No caso específico do Ministro da Fazenda, a legislação pátria anterior dava autonomia à referida autoridade administrativa para, *observando critérios de eficiência, economicidade e praticidade*, deixar de efetuar a cobrança do débito de qualquer natureza.

De fato, o Decreto-Lei n. 1.569/1977 conferia (art. 5º) ao Ministro da Fazenda o poder de “determinar a não inscrição como Dívida Ativa da União ou a sustação da cobrança judicial dos débitos de comprovada inexecutabilidade e de reduzido valor”. Já a Lei n. 7.799/1989 autorizou a mesma autoridade a “dispensar a constituição de créditos tributários, a inscrição ou ajuizamento, bem assim determinar o cancelamento de débito de qualquer natureza para com a Fazenda Nacional, *observados os critérios de custos de administração e cobrança*”.

Entretanto, a Lei n. 10.522/2002, em sua redação original, *limitou essa autonomia do Ministro da Fazenda*, ao dispor que:

Art. 9º. [...]

Parágrafo único: *O Ministro da Fazenda estabelecerá cronograma, prioridades e condições para a remessa, às unidades da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, dos débitos passíveis de inscrição em Dívida Ativa da União e cobrança judicial.*

Art. 20. *Serão arquivados, sem baixa na distribuição, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).*

Posteriormente, com a edição da *Lei n. 11.033/2004*, foi alterado para R\$ 10.000,00 o valor para arquivamento da execução fiscal, *sem baixa na distribuição*,

Dessa forma, *a partir da Lei n. 10.522/2002*, o Ministro da Fazenda *não tem mais autorização para alterar, por intermédio de mera portaria*, o valor para arquivamento, sem baixa na distribuição, de autos de execuções fiscais inscritos como dívida ativa da União. Tal alteração somente poderá ser realizada por meio de *lei*, conforme se observa na *Lei n. 11.033/2004*. Deveras, *a lei conferiu ao Ministro da Fazenda autonomia tão somente para estabelecer o cronograma, determinando as prioridades e as condições a serem obedecidas quando forem remetidos os débitos passíveis de inscrição em Dívida Ativa da União e cobrança judicial pela Procuradoria da Fazenda Nacional.*

A conclusão a que chego, portanto, é a de que *a Portaria n. 75/2012 do Ministério da Fazenda formalmente exorbitou de sua competência* ao modificar o patamar para arquivamento sem baixa na distribuição, fixando-o em R\$ 20.000,00.

Sem embargo, insisto na ponderação, a meu ver ainda mais importante do que o relativo à validade formal da Portaria MF n. 75/2012: pode-se aceitar que o Poder Judiciário se veja limitado, por insólita interpretação – *vis-à-vis* a

imensa quantidade de julgados que seguem “certa uniformidade na indicação de condicionantes para a caracterização da bagatela (mínima ofensividade da conduta do agente, ausência de periculosidade social da ação, grau reduzido de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada)”, como destacado no excerto do voto susotranscrito –, a guiar-se, em sua missão de dizer o direito (*juris-dicere*), por parâmetro definido por autoridade do Poder Executivo, estabelecido única e declaradamente por “critérios de eficiência, economicidade, praticidade e as peculiaridades regionais e/ou do débito”?

Ouso mais: se amanhã, seguindo iguais critérios, editar-se, no âmbito do Ministério da Fazenda, nova portaria, em que o citado teto para a não execução fiscal seja elevado para R\$ 50.000,00 ou – por que não? – para R\$ 100.000,00, continuará o Poder Judiciário a seguir, comodamente, tal opção administrativa, *invocando o princípio bagatelar* para trancar ações penais iniciadas contra autores de crimes de sonegação fiscal e descaminho cuja lesão ao erário – e à coletividade, beneficiária última da arrecadação tributária, é sempre bom enfatizar – não tenha superado tais limites?

IV.

Noutro giro, mesmo que, *gratia argumentandi*, se entenda como legítimo e válido fixar a Portaria MF n. 75/2012 o patamar de R\$ 20.000,00 para o arquivamento de execução fiscal, sem baixa na distribuição, *não vejo como conferir efeitos retroativos a esse ato normativo*.

Não se trata aqui de norma penal mais benéfica, dotada de retroatividade. A Constituição da República estabelece que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (art. 5º, XL). Portanto, o que pode ter efeitos retroativos a favor do réu é a **lei** penal, não a *portaria*, que nem *penal* é – e nem poderia sê-lo.

Norma penal sobre descaminho é a que descreve o tipo, no art. 334 do Código Penal, o qual, em nenhum momento, foi modificado ou padece de qualquer complemento, tendo validade com sua simples vigência.

A prevalecer, todavia, a orientação que tem sido dada pela Suprema Corte, alguém poderá se inclinar a estender tal compreensão para todos os processos nos quais se reputa atípica a conduta do agente por insignificância penal. É dizer, não mais se tomará como parâmetro, para a aferição da lesividade jurídica da conduta, o salário mínimo *vigente à época do fato* – como sempre se tem

feito –, *mas o salário mínimo vigente no momento em que se julga o caso*, o que, certamente, alargará bastante a incidência do princípio bagatelar.

Trata-se, à evidência, de mera provocação retórica, porque a solução não se mostraria sustentável à luz da razoabilidade.

Agrego, então, outro motivo para não se acolher a retroatividade do novo parâmetro definido na multicitada portaria do Ministério da Fazenda.

Como já se pôde depreender do texto linhas atrás transcrito, alusivo ao Comunicado Ipea n. 127, de 2012, que reverberou pesquisa sobre o *Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN)*, **a imposição do novo piso mínimo não implica desistência das execuções fiscais anteriormente ajuizadas**, de modo que é inexorável concluir que sua aplicabilidade cinge-se a *ações executivas futuras*.

Vale dizer, *em sede fiscal*, a aplicabilidade da Portaria n. 75/2012/MF somente terá lugar para as execuções ainda não propostas.

O reflexo disso, *na seara penal*, portanto, somente pode ser o de que, a considerar-se válida a portaria para regular tema reservado à lei, *não poderá aquela ter retroatividade alguma*, sendo inaplicável à espécie o disposto no art. 2º, parágrafo único, do Código Penal, versão, no âmbito legal, da norma constitucional positivada no art. 5º, XL da Carta Maior.

V.

É encontradiço nos votos que abordam o tema – em todas as esferas de jurisdição – o argumento de que não deve o Direito Penal ocupar-se de ação penal atinente a crime que, no âmbito administrativo-fiscal, não teve significância reconhecida. Aplicar-se-ia, em situações de “desinteresse fiscal”, o princípio da *fragmentariedade*, como decorrência da concepção que, corretamente, atribui ao Direito Penal a natureza de *ultima ratio* para a solução das controvérsias.

Tenha-se em mente – mais uma vez o digo – que a portaria em comento somente estabelece critérios e orientações – *aos seus destinatários naturais* (órgãos responsáveis pela administração, apuração e cobrança de créditos da Fazenda Nacional”, bem assim os Procuradores da Fazenda Nacional, nos termos da Portaria MF n. 75/12) – acerca da cobrança de ativos fiscais, ou seu arquivamento, *sem baixa na distribuição*.

Se é assim, por que se construiu tão insólita jurisprudência, que consubstancia interpretação judicial excludente de tipicidade material –

relativamente a crimes de sonegação fiscal e descaminho – *fora de qualquer dos critérios utilizados pela Suprema Corte e demais tribunais brasileiros*, como já salientado?

Decerto que o sistema judiciário penal deve abrir-se à incidência, sempre que possível e necessário, do princípio da insignificância, como instrumento de política criminal voltado a retirar do âmbito da punição penal fatos que, pelo inexpressivo valor da conduta ou pela ausência de expressividade do resultado, não devem ser alcançados pelo sistema punitivo criminal.

Se o Direito Penal é um mal necessário – não apenas instrumento de prevenção dos delitos, mas também técnica de minimização da violência e do arbítrio na resposta ao delito (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão, Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Tradução coletiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 33-34) –, sua intervenção somente se legítima “nos casos em que seja imprescindível para cumprir os fins de proteção social através da prevenção de fatos lesivos” (SANCHEZ, Jesus Maria Silva. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona, Bosch, 1992, p. 247, tradução livre).

O enunciado do *princípio da necessidade da pena*, como advertido por Juarez Tavares, geralmente “vem articulado conjuntamente com os princípios da fragmentariedade, subsidiariedade e legalidade, este último representando seu complemento técnico”. Quanto ao que ora nos interessa, o Direito Penal, por seu caráter fragmentário, “só pode intervir quando se trate de tutelar bens fundamentais e contra ofensas intoleráveis; já o caráter subsidiário significa que a norma penal exerce uma função meramente suplementar da proteção jurídica em geral, só valendo a imposição de suas sanções *quando os demais ramos do Direito não mais se mostrem eficazes na defesa dos bens jurídicos*.” (TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, número especial de lançamento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 75-87).

É de se perguntar: *o Direito Administrativo* – ou a esfera administrativa do Poder Público – *mostrou-se eficaz* na defesa dos bens jurídicos tutelados pela norma penal positivada no art. 334 do Código Penal, de modo a dispensar a incidência desta no caso em testilha (e em tantos outros), em que a tão apregoada “fragmentariedade” (e subsidiariedade) do Direito Penal costuma ser invocada para afastar a tipicidade material em crimes de descaminho?

No caso ora examinado, o voto do relator, seguido à unanimidade pela 7ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, aduziu que:

No âmbito da Quarta Seção deste Tribunal Regional Federal, firmou-se o entendimento no sentido de que, “o parâmetro estabelecido para operar o princípio da insignificância em delitos de descaminho reside na cifra de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) - valor dado pela Lei n. 11.033/2004 ao artigo 20 da Lei n. 10.522/2002.” (Embargos Infringentes e de Nulidade n. 2006.70.07.000110-1/PR, Relator Des. Federal Amaury Chaves de Athayde).

Tal valor tinha por base a Portaria n. 49, de 1º de abril de 2004, do Ministério da Fazenda. Ocorre que, com a superveniência da Portaria n. 75, do Ministério da Fazenda, publicada no Diário Oficial de 26.3.2012, tal limite foi alterado para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), *in verbis*:

[...]

Nessa medida, o limite para arquivamento das execuções fiscais, sem baixa na distribuição, é hoje de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a teor do que estabelece a Portaria n. 75, de 26.3.2012, do Ministério da Fazenda.

Também no âmbito penal, à vista da nova orientação fazendária, aquele deve ser o parâmetro para aferição da tipicidade material da conduta, tendo em vista que “é inadmissível que a conduta seja irrelevante para a Administração Fazendária e não para o direito penal” (STF, HC n. 95.749).

Anoto, com relação aos argumentos trazidos pelo Ministério Público Federal, que a Portaria n. 75 do Ministério da Fazenda justifica o novo parâmetro na medida em que demonstra a falta de interesse da administração pública de executar o crédito tributário.

Destarte, reitera-se, o fundamento é que, sendo irrelevante para a administração a quantia de tributos iludida, não pode o direito penal, regido pelos princípios da subsidiariedade ou intervenção mínima e da fragmentariedade, ocupar-se de punir tal conduta, visto que a lesão ao bem jurídico tutelado é ínfima, conforme entendimento do próprio sujeito passivo do delito - ou seja, o Estado -, que através de ato normativo ordena o arquivamento de débitos inferiores àquele montante.

Ademais, conforme o entendimento firmado pela 4ª Seção deste Tribunal, o novo parâmetro deve ser aplicado aos processos em curso e sobre os fatos pretéritos, como ilustra a seguinte ementa:

Penal. Revisão criminal. Art. 1º, I, da Lei n. 8.137/1990. Sonegação fiscal. Princípio da insignificância. Novo patamar de desinteresse fiscal. Atipia reconhecida.

1. Demonstrando a Administração desinteresse na execução de débitos fiscais pretéritos em limite inferior a vinte mil reais, tampouco se poderia a eles admitir relevância penal.

2. Acolhida a Portaria MF n. 75, de 22.3.2012, como hipótese de *novatio legis in melius*, com a atipia da conduta.

3. Julgada procedente a revisão criminal para absolver acusado de sonegação tributária insignificante à Administração Fazendária.

(TRF4, Revisão Criminal n. 0003675-02.2012.404.0000, 4ª Seção, Rei. Des. Federal Néfi Cordeiro, D.E. 28.8.2012).

No caso em exame, os tributos iludidos (assim considerados o II e o IPI) atingem o montante R\$ 16.528,45 (dezesesseis mil, quinhentos e vinte oito reais e quarenta e cinco centavos - evento 1 - OUT1 - processo originário), quantia inferior ao parâmetro estabelecido para a aplicação do referido princípio. (fls. 159-160, destaquei)

Ora, as partes transcritas do voto contêm afirmações que, a meu ver, merecem um contraponto:

a) não há, dada a independência entre as respectivas instâncias, relação inexorável de causa-efeito entre o ato administrativo que altera o valor estabelecido para o não ajuizamento de execução fiscal e o exercício da jurisdição criminal;

b) a conduta do recorrido não foi considerada irrelevante na seara administrativa; apenas, por mera opção, deixou-se de executar a dívida, em dado momento, sem renúncia dos tributos pelo Estado.

E é precisamente porque não houve efetiva atuação da esfera administrativa que a intervenção penal é mais reclamada e necessária.

Creio, em avaliação hipotética – à luz do que se faz no tocante a crimes contra o patrimônio em geral –, que os princípios da fragmentariedade e, ainda mais, da subsidiariedade do Direito Penal ganhariam relevo se o atuar do Direito Administrativo eliminasse a lesão ao erário (pense-se no pagamento, voluntário ou forçado, da dívida fiscal), e não na situação ora analisada, em que, por opção decorrente da *confessada ineficiência da Procuradoria da Fazenda Nacional*, queda-se inerte a Administração Pública quanto ao seu dever de cobrar judicialmente os tributos iludidos.

Para um país que sonha em elevar sua economia a um grau de confiabilidade, em distribuir renda de modo justo e a dar *tratamento isonômico a todos os seus cidadãos* (art. 5º, *caput*, da Constituição da República), é incompreensível que se consolide uma jurisprudência tão dúctil na interpretação de condutas que, ao contrário de tantas outras tratadas com rigor infinitamente maior, causam tamanho desfalque ao erário e, conseqüentemente, às políticas públicas e sociais do país.

O Estado brasileiro, por força de comando constitucional – reforçado por tratados internacionais de que é signatário –, comprometeu-se a combater e, mediante o devido processo legal, responsabilizar e punir autores de condutas penalmente relevantes.

Deveras, o art. 144 da Constituição de 1988, que cuida especificamente da segurança pública como “dever do Estado, direito e responsabilidade de todos”, para a “preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”, confere à polícia federal, *inter alia*, a função de “II - *prevenir e reprimir* o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, *sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência*”.

Resta saber, então, eminentes pares, com quais estímulos e amparo legal poderão os policiais federais, no cumprimento de sua missão constitucional, reprimir o crime de descaminho se o destinatário de sua atividade-fim sinaliza, reiteradamente, que os autores de tal modalidade delitiva não poderão ser processados criminalmente se os tributos iludidos pela entrada de mercadorias em território brasileiro não ultrapassarem essas elevadas quantias reconhecidas pela jurisprudência como de valor insignificante.

Com a licença do saudoso poeta, que país é esse?

VI.

À vista de todo o exposto, e dado que o valor apurado a título de tributos iludidos, R\$ 16.528,45, *ultrapassa o mínimo previsto na Lei n. 10.522/2002, vigente à época da prática delitiva*, e por entender contrariados os arts. 3º e 334 do Código Penal e 20 da Lei n. 10.522/2002, *dou provimento* ao presente Recurso Especial, para cassar a sentença e o acórdão prolatados na origem e, por conseguinte, *determinar o prosseguimento da ação penal* promovida pelo Ministério Público Federal contra o recorrido, por crime de descaminho.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: Sr. Ministro Relator, não vejo mais legitimidade em questionar decisões contrárias ao nosso posicionamento. Entendo que a situação é a mesma. *Data venia*, a situação é a mesma.

Vou ficar vencido. Acompanhando a divergência aberta pelo Sr. Ministro Nefi Cordeiro, sem qualquer ressalva, acompanhando-a integralmente, em todo o raciocínio, *nego provimento* ao recurso especial.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Nefi Cordeiro: Sr. Presidente, peço vênias ao Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz para divergir por dois fundamentos: primeiro, porque entendo, sim, ocorrida a insignificância, que já detalharei sinteticamente; o segundo fundamento é o de segurança jurídica, de decisão final esperada. Temos, então, decisões várias, repetidas, da Suprema Corte, no sentido do acolhimento da insignificância.

Quanto ao primeiro fundamento da insignificância, parece-me que não estamos discutindo aqui *abolitio criminis*. Não estamos discutindo lei nova que torne fato anterior ausente de tipicidade. Estamos discutindo princípio da insignificância. Então, não me parece relevante discutir se o critério da insignificância é trazido por lei, portaria ou ofício. O que importa é definir se o valor, se o bem jurídico é relevante ao ponto de merecer a atuação do Direito Penal na persecução contra um agente que deixe de recolher tributos.

Afasto a ideia de se aplicar a anterioridade de fatos prévios. Afasto a ideia de discutir legalidade. Estamos tratando de insignificância, do princípio.

E o segundo ponto, que me parece o mais relevante, é que, na verdade, estamos frente a um crime que, na nova tendência do Direito Penal, surge como proteção à coletividade, como são os crimes ambientais, mas que acabou tendo, na nossa política criminal, uma compreensão de prevalente interesse das finanças públicas, tanto que o pagamento do tributo extingue a punibilidade, tanto no descaminho como nos crimes tributários em geral. E, nessa condição, torna o nosso legislador expressa a ideia da proteção às finanças públicas e torna expresso, então, o critério de que a atuação do Direito Penal se dá em colaboração à administração fazendária na cobrança desses tributos.

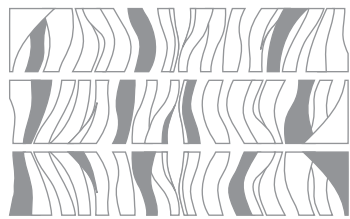
Ora, se o próprio Estado não tem interesse, não tem interesse inclusive por norma, regulação expressa, na execução fiscal de tributos, não serve o Direito Penal para intervir nessa situação. Seria, em termos simples, prender, por sonegar tributo, quem sequer será executado. Isso me parece um contrassenso, uma violação ao princípio da fragmentariedade e uma ideia clara de insignificância. Se, daqui a algum tempo, como imaginou o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz,

a Fazenda Pública decidir não cobrar R\$ 100.000,00 (cem mil reais), será insignificante para a Fazenda Pública e será insignificante, sim, para o Direito Penal.

Não vejo qualquer relação com os crimes patrimoniais, com o furto e outros crimes em que há valoração do bem jurídico patrimonial, porque ali é uma situação em que a vítima é outra, é um particular, tanto que muitas vezes uma bicicleta usada, que seria em princípio insignificante, se for o meio de locomoção de uma vítima pobre, levaremos em consideração, sim, para não acolher a insignificância. Aqui é o Estado dizendo que não quer cobrar tributo, não quer executar. Não vejo como usar o Direito Penal nessa situação.

E nesse segundo fundamento, já alertei, estamos tendo, sucessivamente, decisões monocráticas, da Suprema Corte, com esse critério, reformando decisões nossas que sejam ainda em sentido contrário.

Então, com a vênua do Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz voto por negar provimento ao Recurso Especial.



Quinta Turma

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS N. 196.262-MG
(2011/0022593-0)**

Relator: Ministro Gurgel de Faria
Embargante: Lamartine Cesar Leite
Embargante: Paulo José Gomes de Sales
Embargante: Sérgio Viana Moura
Advogado: Alberto Zacharias Toron e outro(s)
Embargado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

EMENTA

Penal e Processual. Embargos de declaração. Omissão. Ocorrência. Atribuição de efeito modificativo. Crime contra a ordem tributária. Recolhimento de ICMS em operações interestaduais. Guerra fiscal entre Estados federados. Trancamento da ação penal. Atipicidade da conduta.

1. Os embargos de declaração têm ensejo quando há ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão no julgado e, por construção pretoriana integrativa, erro material.

2. Constatada a existência de omissão no julgado acerca da atipicidade da conduta, a questão deve ser alvo de enfrentamento.

3. O trancamento de ação penal ou de inquérito policial em sede de *habeas corpus* constitui “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” (HC n. 281.588-MG, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 5.2.2014).

4. Hipótese em que os embargantes foram denunciados pela prática dos delitos descritos nos artigos 1º, IV, e 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, por duas vezes, porque teriam reduzido o valor a pagar a título de ICMS-ST em operações interestaduais de compra e venda de baterias automotivas.

5. Situação que retrata a guerra fiscal entre estados federados, consubstanciada na concessão de incentivo fiscal a uma das partes da operação comercial, sem amparo em convênio celebrado no âmbito do CONFAZ, conforme determina a LC n. 24/1975.

6. “A guerra fiscal não se limita à alocação dos empreendimentos. Mesmo quando definidos os lugares de instalação, os embates continuam quando as unidades começam a funcionar, pois é comum a circulação de mercadorias entre estabelecimentos de Estados distintos, ensejando discussão acerca da validade e do abatimento do crédito relativo à operação anterior (entrada) na operação subsequente (saída), o que, caso não existisse o conflito, deveria ser aceito normalmente, em face do princípio da não-cumulatividade do ICMS (art. 155, § 2º, I, CF/1988).” (FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. *A Extrafiscalidade e a Concretização do Princípio da Redução das Desigualdades Regionais*. Quartier Latin, São Paulo, 2010, p. 134).

7. Afasta-se a configuração do delito capitulado no art. 1º, IV, da Lei n. 8.137/1990, se os dados informados na nota fiscal são exatos e correspondem à realidade, refletindo fiel e cabalmente os detalhes da operação de compra e venda de mercadoria, com os lançamentos tributários exigidos por lei e já com pagamento antecipado e tempestivo do ICMS devido.

8. O aproveitamento de crédito de ICMS decorrente de diferenças de alíquotas interestaduais, ainda que possa ser passível de eventual condenação no âmbito fiscal (pagamento de créditos glosados), não caracteriza o delito descrito no art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990.

9. Não se pode imputar a prática de crime tributário ao contribuinte que recolhe o tributo em obediência ao princípio constitucional da não-cumulatividade, bem como mantém a fidelidade escritural dentro das normas (em princípio) válidas no âmbito dos respectivos entes da Federação.

10. Embargos acolhidos, para não conhecer do *habeas corpus* e conceder a ordem, de ofício, determinando o trancamento da ação penal por atipicidade da conduta.

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, acolher os embargos, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ-SC), Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ-SP), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de dezembro de 2014 (data do julgamento).

Ministro Gurgel de Faria, Relator

DJe 19.12.2014

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gurgel de Faria: Trata-se de embargos de declaração opostos por *Lamartine Cesar Leite, Paulo José Gomes de Sales e Sérgio Viana Moura* contra acórdão proferido pela Quinta Turma desta Corte, que denegou ordem impetrada.

Alegam os embargantes que, embora a impetração tenha apresentado três teses, o acórdão embargado teria enfrentado apenas duas, deixando de examinar a questão relativa à atipicidade de suas condutas.

Sustentam que a atipicidade se funda em dois motivos: o primeiro se liga à circunstância de que o crédito tributário tomado pela empresa COMINAS, que teria resultado no recolhimento a menor de ICMS, é totalmente legítimo porque oriundo de benefício fiscal concedido a *Acumuladores Moura* pelo Estado de Pernambuco. Sendo legítimo o crédito, não haveria que se falar em redução ou supressão de tributos, daí a atipicidade do fato. O segundo motivo se prenderia ao fato de que em nenhum momento se valeram de artifícios fraudulentos com o fim de reduzir ou suprimir tributos, argumentando que é fato incontroverso nos autos que as notas fiscais mencionadas na denúncia não contêm dados falsos ou inexatos.

Relatam que o Supremo Tribunal Federal deferiu medida liminar em *habeas corpus* ali impetrado para sobrestar a Ação Penal n. 0487.08.034925-0, a mesma que se busca trancar no presente *writ*, com fundamento na atipicidade da conduta dos pacientes.

Pugnaram pelo conhecimento e provimento dos embargos com o fim de sanar a omissão apontada.

Por meio do Ofício n. 00324162/2014, o Supremo Tribunal Federal encaminhou informações acerca do julgamento do mérito do *Habeas Corpus* n. 107.489-MG, impetrado pelos ora embargantes perante aquela Corte, inclusive com cópia da decisão que julgou prejudicado o pedido formulado, revogando a liminar deferida e determinando o arquivamento dos autos.

Contrarrazões foram oferecidas pelo Ministério Público Federal (fls. 759-765).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

O Sr. Ministro Gurgel de Faria (Relator): Os embargos de declaração têm ensejo quando há ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão no julgado e, por construção pretoriana integrativa, erro material.

No exame dos autos, observo que os ora embargantes foram denunciados pela prática dos delitos descritos nos artigos 1º, IV, e 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, por duas vezes, porque teriam reduzido o valor a pagar a título de ICMS-ST em operações interestaduais de compra e venda de baterias automotivas.

O *writ* foi impetrado com base nos seguintes argumentos: 1) inépcia da denúncia; 2) manifesta atipicidade da conduta; e 3) ilegitimidade passiva de Paulo José Gomes de Sales e de Sérgio Viana Moura.

No julgamento do *habeas corpus*, relatado pelo Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ), a Quinta Turma desta Corte afastou a alegação de inépcia da denúncia e de ilegitimidade passiva dos acusados acima referidos, deixando de analisar, entretanto, a questão acerca da atipicidade da conduta.

Assim, verificada a omissão no julgado, passo a analisar a referida questão.

É assente na jurisprudência desta Corte Superior que o trancamento de ação penal ou de inquérito policial em sede de *habeas corpus* constitui “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” (HC n. 281.588-MG, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 5.2.2014).

De igual modo, o Colendo STF entende que “o trancamento de ação penal, em *habeas corpus*, constitui medida excepcional que só deve ser adotada quando se apresenta indiscutível a ausência de justa causa e em face de inequívoca ilegalidade da prova pré-constituída” (HC n. 107.948 AgR-MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 14.5.2012).

In casu, a denúncia imputa aos acusados a prática de delitos contra a ordem tributária, nos seguintes termos:

Consta das inclusas peças de informação que nos dias 13.11.2007 e 9.12.2007, no posto fiscal César Diamante, localizado na BR-116, Município de Divisa Alegre-MG, agentes de fiscalização constataram que os denunciados, na condição de sócio-gestores da empresa Cominas Comercial Minas de Baterias Ltda., suprimiram, por 02 (duas) vezes, pagamento de tributo, recolhendo valores a menor de ICMS devido a título de substituição tributária, quando da compra de baterias automotivas.

Apurou-se que os denunciados suprimiam o pagamento do ICMS decorrentes de aquisições interestaduais de baterias, reduzindo o valor do referido tributo nos cálculos.

Constatou-se que as condutas delituosas de sonegação perpetradas pelos denunciados, mediante recolhimento a menor de tributo devido a título de substituição tributária, causou prejuízo ao erário mineiro na ordem de R\$ 21.854,07 (vinte e um mil, oitocentos e cinquenta e quatro reais e sete centavos).

Por fim, verificou-se que os denunciados são contumazes nessa prática delitativa, pois já foram autuados pelo Fisco por essa mesma conduta criminosa em pelo menos mais outras 07 (sete) oportunidades.

Assim, constata-se que os denunciados encontram-se incursos nas sanções do artigo 1º, inciso IV, e artigo 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/1990, por 02 (duas) vezes, na forma do art. 69, do Código Penal. (fls. 27-29).

A peça acusatória tem como arrimo a representação fiscal contida à fl. 32:

Tem-se constatado a prática rotineira, por parte do contribuinte mineiro, do recolhimento a menor do ICMS devido a título de substituição tributária devido ao fato do abatimento indevido do valor integral do ICMS destacado na nota fiscal de aquisição das baterias. Visto ser o remetente, sediado no estado de Pernambuco, beneficiário de incentivo fiscal concedido sem amparo em convênio celebrado no âmbito do CONFAZ. Há descumprimento da legislação de regência

do imposto pois prevê a Resolução n. 3.166/01, em seu artigo primeiro e item 10.1, juntamente com as modificações introduzidas pela Resolução n. 3.282/02 que, no cálculo do ICMS/ST deverá ser excluído do ICMS da operação própria. O benefício concedido a título de crédito presumido, sendo descumprida essa determinação e efetuado o recolhimento antecipado do ICMS/ST a menor, ficando parte do imposto devido não pago. Configura tal prática infração à legislação tributária e crime contra a ordem tributária.

Verifico que a questão foi alvo de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal quando da análise do pedido liminar ali deferido. Na ocasião, o eminente Ministro Joaquim Barbosa, relator, entendendo pela existência de flagrante constrangimento ilegal imposto aos acusados, analisou a questão e deferiu o pleito liminar, superando o óbice da Súmula n. 691 daquela Corte, para suspender a tramitação da Ação Penal n. 478.08.34925-0.

Posteriormente, o *habeas corpus* foi julgado prejudicado monocraticamente pelo ilustre Ministro sucessor, Roberto Barroso, sob o entendimento de que “o trancamento da ação penal só é possível quando estiverem comprovadas, de logo, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a evidente ausência de justa causa”, sem proceder, no entanto, à análise de qualquer desses elementos. E ainda porque “a orientação jurisprudencial da Corte é no sentido de que o *habeas corpus* não é via processual adequada para o reexame do conjunto fático do processo de origem”, sem apontar qual meio de prova necessitaria ser examinado para o deslinde da questão.

Ocorre que, conforme bem delineado pelo Ministro Joaquim Barbosa, “o fato da empresa remetente não ter *efetivamente pago o valor do tributo por ela devido*, com amparo em benefício fiscal concedido pelo Estado de Pernambuco, *não torna falsa ou inexata a nota fiscal* por ela emitida e *utilizada pelos pacientes-compradores para o cálculo do tributo devido ao Estado de Minas Gerais*. Os documentos que acompanharam a denúncia revelam que *todos os dados informados na nota fiscal em questão - origem da operação* (Estado de Pernambuco), *fato gerador* (compra-e-venda de baterias automotivas), *valores envolvidos* (base de cálculo, alíquota incidente, montante do ICMS devido na origem) - *são exatos e correspondem à realidade*”.

E continua: “assim, a questão resume-se a saber se os pacientes *tinham ou não direito de deduzir*, do valor do ICMS-ST por eles devido ao Estado de Minas Gerais, *o valor do ICMS incidente sobre a operação própria - do remetente -*, tendo em vista que o Estado de Pernambuco, em contrariedade à Resolução do

CONFAZ, dispensa o pagamento do referido tributo, como incentivo fiscal às empresas locais”.

E conclui que “*tal como narrada na denúncia*, a alegada sonegação fiscal não ultrapassa os limites do direito tributário. Em momento algum os pacientes são acusados de terem *omitido* ou *declarado falsamente a origem da operação configuradora do fato gerador* (compra de mercadorias junto a empresa sediada em Pernambuco), os *valores envolvidos na operação da compra-e-venda*, a data, a alíquota incidente, nem *alterado a exatidão desses fatos* ou praticado *fraude* sobre o documento fiscal utilizado pelos pacientes. Com isso, os elementos objetivos e normativos dos artigos 1º, IV, e 2º, I, da Lei n. 8.137/1990 não estão, numa análise prefacial, narrados na denúncia” (fls. 689-691 – grifos originais).

Coaduno-me com o entendimento a que chegou o ilustre Ministro Joaquim Barbosa na análise da presente controvérsia.

Conforme já exposto, os pacientes foram denunciados como incurso nos crimes definidos nos seguintes dispositivos:

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

(...)

IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

Art. 2º Constitui crime da mesma natureza:

(...)

II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

Inicialmente, conforme se extrai dos autos, os ora embargantes não praticaram a conduta descrita no art. 1º, IV, da Lei n. 8.137/1990, porque eventual supressão ou redução do tributo devido não foi realizada através de utilização de documento falso ou inexato.

Consoante se depreende dos autos, os documentos fiscais exigidos tanto pela legislação do Estado de Pernambuco como pela do Estado de Minas Gerais refletiram fiel e cabalmente os dados da operação de compra e venda de mercadoria, com todos os lançamentos tributários exigidos por lei e já com pagamento antecipado e tempestivo do ICMS devido ao Estado de Minas Gerais.

Reitero as afirmações do Ministro Joaquim Barbosa quanto a esse ponto, no sentido de que “a alegada sonegação fiscal não ultrapassa os limites do direito tributário”, pois “em momento algum os pacientes são acusados de terem *omitido* ou *declarado falsamente a origem da operação configuradora do fato gerador* (compra de mercadorias junto a empresa sediada em *Pernambuco*), os *valores envolvidos na operação da compra-e-venda*, a data, a alíquota incidente, nem *alterado a exatidão desses fatos* ou praticado *fraude* sobre o documento fiscal utilizado pelos pacientes”, afastando-se, assim, a hipótese de configuração do delito capitulado no art. 1º, IV, da Lei n. 8.137/1990.

No que diz respeito à caracterização do crime descrito no art. 2º, II, da mesma norma, ainda com razão os embargantes.

O caso presente retrata situação de guerra fiscal entre os entes federados, consubstanciada na concessão, pelo Estado de Pernambuco, de incentivo fiscal a uma das partes da operação comercial, sem amparo em convênio celebrado no âmbito do CONFAZ, conforme determina a LC n. 24/1975, o que acarretou a edição da Resolução n. 3.166, de 11 de julho de 2001, por parte do Estado de Minas Gerais, vedando a “apropriação de crédito do ICMS nas entradas, decorrentes de operações interestaduais, de mercadorias cujos remetentes estejam beneficiados com incentivos fiscais concedidos em desacordo com a legislação de regência do Imposto”.

Hipótese semelhante já foi descrita na doutrina, conforme se verifica do seguinte trecho que extraio da obra de minha autoria, assim delineado:

Apenas para ilustrar esses embates, o Governo do Estado de São Paulo editou, em 29.7.2004, o Comunicado CAT n. 36, objetivando esclarecer sobre a impossibilidade de aproveitamento dos créditos de ICMS provenientes de operações ou prestações amparadas por benefícios fiscais não autorizados por convênio celebrado nos moldes da Lei Complementar n. 24/1975, determinando que, nas remessas para estabelecimento localizado em território paulista, por estabelecimento localizado em outra unidade da Federação, só seriam admitidos os créditos relativos ao imposto efetivamente cobrado no Estado de origem.

Em anexo ao comunicado foram listados diversos benefícios considerados inconstitucionais, sendo uns impugnados por ações diretas de inconstitucionalidade e outro sequer contestados judicialmente, mas concedidos por dez Estados da Federação, dentre os quais Bahia, Pernambuco e Rio Grande do Norte, na região Nordeste, ressaltando-se o caráter meramente exemplificativo da lista, acarretando uma nítida glosa de créditos.

Como se pode ver, a guerra fiscal não se limita à alocação dos empreendimentos. Mesmo quando definidos os lugares de instalação, os embates

continuam quando as unidades começam a funcionar, pois é comum a circulação de mercadorias entre estabelecimentos de Estados distintos, ensejando discussão acerca da validade e do abatimento do crédito relativo à operação anterior (entrada) na operação subsequente (saída), o que, caso não existisse o conflito, deveria ser aceito normalmente, em face do princípio da não-cumulatividade do ICMS (art. 155, § 2º, I, CF/1988). (FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. A Extrafiscalidade e a Concretização do Princípio da Redução das Desigualdades Regionais. Quartier Latin, São Paulo, 2010, p. 133 e 134).

Essa guerra fiscal entre os estados federados não pode ensejar uma persecução penal sem justa causa se os contribuintes, em face do benefício fiscal, recolhem o ICMS segundo o princípio da não-cumulatividade e não se valem de artifícios fraudulentos com o fim de reduzir ou suprimir o pagamento dos tributos.

No caso em apreço, a empresa vendedora (Acumuladores Moura) apontou nas notas fiscais o valor das operações, aplicando a alíquota de 12% incidente na operação, em conformidade com a legislação tributária do Estado de Pernambuco. O comprador (Cominas) tomou tais créditos, abatendo-os do valor a pagar a título de ICMS ao Estado de Minas Gerais.

Ora, o aproveitamento de crédito de ICMS decorrente de diferenças de alíquotas interestaduais, nos termos acima delineados, sem que tenha havido fraude fiscal, isto é, adulteração de documentos ou inserção falsa de dados, não tem repercussão no âmbito do direito penal.

Sendo assim, verifico que os pacientes, ainda que porventura possam ser passíveis de eventual condenação no âmbito fiscal (pagamento de créditos glosados), não praticaram o delito descrito no art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990.

Com efeito, mesmo que se indague acerca da regularidade do crédito concedido pelo Estado de Pernambuco, a questão pode ser alvo de ação direta de inconstitucionalidade ou contenda (fiscal) direta com o contribuinte. O que não se pode é imputar a prática de crime tributário ao contribuinte que recolhe o tributo em obediência ao princípio constitucional da não-cumulatividade, bem como mantém a fidelidade escritural, dentro das normas (em princípio) válidas no âmbito dos respectivos entes da Federação.

Registro, a propósito, trecho do acórdão de Relatoria do eminente Ministro Castro Meira acerca do tema, proferido nos autos do RMS n. 31.714-MT, Segunda Turma, DJe 19.9.2011:

Se outro Estado da Federação concede benefícios fiscais de ICMS sem a observância das regras da LC n. 24/75 e sem autorização do CONFAZ, cabe ao Estado lesado obter junto ao Supremo, por meio de ADIn, a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo do Estado de onde de originam as mercadorias - como aliás foi feito pelos Estados de São Paulo e Amazonas nos precedentes citados pela Ministra Eliana Calmon - e não simplesmente autuar os contribuintes sediados em seu território.

[...]

Recentemente, a Ministra Ellen Gracie concedeu antecipação de tutela em ação cautelar (AC n. 2.611-MG) para suspender a exigibilidade de tributo cobrado pelo Estado de Minas Gerais decorrente da glosa ao creditamento realizado por contribuinte sediado em seu território que adquiriu mercadorias oriundas do Estado de Goiás.

No decisor, a eminente Relatora deixa claro que o único caminho a ser percorrido pelos Estados que se sintam prejudicados pela chamada "Guerra Fiscal" é a propositura de ação direta de inconstitucionalidade contra as normas locais de outra unidade federada que não respeitem as disposições constitucionais e legais relativas à concessão de benefícios fiscais no âmbito do ICMS.

[...]

Em sua decisão, a nobre Ministra assevera que a glosa "pura e simples" dos créditos apropriados pelos contribuintes situados no Estado de Minas Gerais é ilegítima, pois não é aceitável que um erro seja compensado com outro. Em outras palavras, afirmou que "não se compensam as inconstitucionalidades", devendo o "equivoco" cometido pelo Estado de origem - ao conceder benefícios de ICMS ao arrepio das normas constitucionais que exigem autorização do CONFAZ - ser solucionado no Judiciário por meio da propositura da ação direta de inconstitucionalidade. (Grifos acrescidos).

Diante do exposto, *acolho* os presentes embargos de declaração para, sanando a omissão do acórdão embargado, não *conhecer* do *habeas corpus*, dado que substitutivo de recurso próprio, e *conceder* a ordem, de ofício, para determinar o trancamento da ação penal por atipicidade da conduta.

É como voto.



HABEAS CORPUS N. 269.038-RS (2013/0116911-8)

Relator: Ministro Felix Fischer

Impetrante: Jader da Silveira Marques e outro

Advogado: Jader da Silveira Marques e outro(s)
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
Paciente: Alexandre Buneder

EMENTA

Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso especial. Não cabimento. Dosimetria da pena. Homicídio culposo. Causa de aumento. Omissão de socorro. Configuração.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de *habeas corpus* substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956-PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012; RHC n. 121.399-SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º.8.2014 e RHC n. 117.268-SP, Rel. Ministra Rosa Weber, DJe de 13.5.2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do *writ* substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176-RJ, Quinta Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe de 2.9.2014; HC n. 297.931-MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28.8.2014; HC n. 293.528-SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4.9.2014 e HC n. 253.802-MG, Sexta Turma, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4.6.2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de *habeas corpus* substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - Incide a causa de aumento prevista no art. 121, § 4º do CP (omissão de socorro) quando o agente possui condições de realizar a conduta exigida, sem que isso comprometa a preservação de sua vida ou integridade física. (*Precedentes desta Corte*).

IV - *In casu*, o comportamento imposto pela norma não pode ser afastado ao argumento de que houve a morte instantânea da vítima,

situação que, aliás, não pode, via de regra, ser atestada pelo agente da conduta delitiva no momento da ação. (*Precedentes*).

V - Ademais, a causa de aumento prevista na segunda parte do § 4º do art. 121 do CP tem por fundamento a obrigação do agente intentar esforços para minimizar as consequências de sua conduta culposa, realçando-se a *ratio* da norma, que é a necessidade de observância da solidariedade nas relações sociais.

Ordem não conhecida.

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 Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ-SC) e Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ-SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 2 de dezembro de 2014 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJe 19.12.2014

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, substitutivo de recurso especial, impetrado em benefício de *Alexandre Buneder*, em face de v. acórdão prolatado pela col. Terceira Câmara Criminal do eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, nos autos da Apelação Criminal n. 70045430824, assim ementado:

Código Penal. Crimes contra a vida. Art. 121, § 3º. Homicídio culposo. Art. 135. Omissão de socorro. Existência do fato e autoria.

Colisão de veículos aquáticos, uma lancha e um bote de pescador. Induidosa a existência do fato, com o resultado morte de uma das vítimas, demonstrado o nexo de causalidade. Também eficiente e segura a prova com relação ao segundo

fato, a omissão de socorro, vítima uma criança. Também ausente qualquer dúvida a respeito da autoria.

Culpa do condutor da lancha.

Emerge cristalina a culpa do acusado, piloto da lancha, que inclusive ignorou aviso de outro tripulante da lancha, ensejando a colisão.

Penas privativas de liberdade.

Penas reduzidas, vencido, em parte, o Relator, que apenas expurgava a agravante no crime de omissão de socorro, para não levar a pena além do máximo cominado.

Penas substitutivas.

Quantidade total da pena, bem como natureza dos crimes, a permitir a substituição. Mas seriam duas as substitutivas, e o Juiz aplicou apenas uma. Apelo apenas defensivo.

Apelo defensivo provido, em parte.

Conforme consta dos autos, o paciente foi condenado como incurso nas sanções do art. 121, §§ 3º e 4º (1ª parte) e 135, *caput*, na forma do art. 69, todos do Código Penal, à pena de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de detenção, substituídas por restritivas de direitos.

O eg. Tribunal de origem deu parcial provimento ao apelo defensivo para reduzir a pena para 1 (um) ano e 6 (seis) meses de detenção.

Aduzem os Impetrantes que não poderia ser aplicada a causa de aumento prevista no art. 121, § 4º do CP, pois a vítima teve morte instantânea. Assevera que “a incidência de tal majorante só se admite quando cabível o socorro. Se a vítima falece no momento do fato, torna-se impossível falar-se na exasperação da pena. A norma violada não se sustenta no caso concreto, uma vez que não há crime quando o socorro é inútil, desnecessário” (fl. 04).

Requerem, ao final, seja excluída a majorante referente à omissão de socorro.

Informações prestadas às fls. 1.039-1.118.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 1.122-1.125, manifestou-se pela *denegação da ordem*:

Direito Penal e Processual Penal Art. 121, § 3º, c/e o § 4º do CP. Majorante mantida

- A manutenção da majorante da omissão de socorro está devidamente fundamentada e justificada no conjunto probatório e análises circunstanciais,

aptas a confirmarem a condenação pelo crime de homicídio culposo com aumento de pena (art. 121, § 30, c.c. o § 40 do Código Penal).

- Parecer pela denegação da ordem do *habeas corpus*.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de *habeas corpus* substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956-PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012; RHC n. 121.399-SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º.8.2014 e RHC n. 117.268-SP, Rel. Ministra Rosa Weber, DJe de 13.5.2014).

As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do *writ* substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176-RJ, Quinta Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe de 2.9.2014; HC n. 297.931-MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28.8.2014, HC n. 293.528-SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4.9.2014 e HC n. 253.802-MG, Sexta Turma, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4.6.2014).

Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de *habeas corpus* substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

A questão ora em debate consiste em saber se é possível, consideradas as circunstâncias do caso concreto, o afastamento da *causa de aumento referente à omissão de socorro* no crime de homicídio culposo (art. 121, § 4º, do CP).

Dispõe o texto legal que, nesta hipótese, a pena pode ser aumentada “se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima”.

Por ocasião do julgamento do *REsp n. 207.148-MG*, assentei que:

“A majorante, no caso, não se identifica totalmente com a estrutura da omissão de socorrer (art. 135 do CP). Aqui (§ 4º), tem-se um dever que, inobservado, aumenta a pena, ressalvado o risco pessoal. É, na verdade, aplicação

do princípio da especialidade em relação aos arts. 135 e 13 § 2º, alínea c, do CP, este último levando a uma conclusão muito mais rigorosa. A lei, no texto enfocado, diz ‘deixa de prestar imediato socorro à vítima (...)’. A origem do citado dever de solidariedade, por si, basilar, comezinha obrigação, é diferente do caso de omissão genérica. Ele, réu, foi causador do evento. Não fosse a regra especial, responderia por homicídio doloso em decorrência do insculpido na alínea c do art. 13 § 2º do estatuto repressivo. Na omissão geral ele não é causador. Conseqüentemente, no § 4º, mesmo com outras pessoas atendendo e não havendo risco pessoal, a sua atuação é legalmente exigida. *O desinteresse total pela sorte da vítima dá o suporte para a majoração*. Se, *ex hypothesis*, a atuação de terceiros tivesse tornado inequivocamente despicienda a efetiva colaboração do acusado, aí sim, não teria sentido a majoração”.

Portanto, exige-se a conduta, consubstanciada na imediata prestação de socorro, daquele que, culposamente, produziu o resultado morte. Na linha de consagrada doutrina “o que constitui a agravante é a descaridade, a indiferença egoística do agente, que, podendo, ele próprio, prestar imediato socorro à vítima, deixa de fazê-lo” (HUNGRIA, Nelson *in* “Comentários ao Código Penal, volume V”, 5ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1979, p. 192).

Tal obrigação, a meu ver, somente pode ser afastada de plano quando *inequívoca a impossibilidade* de ação por parte do agente (quando, por exemplo sua integridade física puder ser comprometida por populares ou quando terceiros prestem o socorro de imediato), situação não configurada na hipótese, conforme evidenciam os seguintes trechos colhidos da sentença condenatória e do v. acórdão que lhe sucedeu, *verbis*:

“Cumpre, ainda, analisar a questão da qualificadora do § 4º do artigo 121 do CP, da omissão de socorro.

Não obstante, alegado pelo acusado de que após a colisão, retornou imediatamente para casa, pois imaginou ter ‘batido em um toco’, tenho que restou evidenciado que o acusado percebeu ter colidido em algo que não um simples toco, pois segundo o depoimento da testemunha Thiago Rosito, ele chegou a gritar avisando a existência de pessoas na água, porém, o acusado não conseguiu evitar o abalroamento e ‘passou com a lancha por cima do barco das vítimas’.

Admitido pelo réu que, após ‘bater em algo’, o qual pensou ser um ‘toco’, entendeu por retornar imediatamente à sua residência, sob a alegação de que poderia ter ocorrido alguma avaria na lancha. Ocorre que, em vez, de atracar

no ponto mais perto, desembarcar seus tripulantes e prestar socorro as vítimas, optou por navegar até a sua casa, guardar a lancha, pegar um jet ski e retornar ao local do abalroamento, demonstrando total ausência de solidariedade humana. Assim, reconheço a qualificadora da omissão de socorro” (fl. 857).

(...)

“Quanto ao aumento de pena constante no § 4º do artigo 121 do Código Penal, também deverá ser mantido, não merecendo respaldo a tese defensiva.

Diferente do que alegado pela defesa, o recorrente teve ciência de que havia atingido uma outra embarcação, bem como de que restaram pessoas em perigo. Nesse sentido, imperioso mencionar o relato da testemunha Thiago Fagundes Rosito (fls. 365-385) que de forma categórica informa que após a colisão alertou o apelante de que havia ouvido gritos de uma menina pedindo socorro, tendo solicitado que o recorrente retornasse para prestar auxílio, momento que lhe foi dito por Alexandre de que este retorno poderia gerar problemas.

Quanto ao argumento de que a vítima sofreu morte instantânea, motivo pelo qual não poderia se falar na majorante por omissão de socorro, também não merece prosperar, uma vez que segundo entendimento doutrinário “pouco importa se o socorro prestado pelo agente pudesse salvar a vida da vítima, pois o juízo maior de reprovação está na omissão em si, não no resultado lesivo”.

Ademais, em princípio, a alegada *morte instantânea da vítima*, de igual modo, *não serve* de fundamento para se afastar a obrigação legal de prestação de socorro.

O aumento imposto à pena, como já enfatizei, decorre do “desinteresse total pela sorte da vítima”. Portanto, *a não ser que* seja evidente a morte instantânea, *perceptível por qualquer pessoa*, o dever imposto ao agente autor do homicídio remanesce. Em outras palavras, havendo dúvida sobre a ocorrência do óbito imediato, compete ao réu envidar os esforços necessários para minimizar as consequências do fato.

A propósito, conforme já decidiu esta Corte “ao agressor, não cabe, no momento do fato, presumir as condições físicas da vítima, medindo a gravidade das lesões que causou e as consequências de sua conduta. Tal responsabilidade é do especialista médico, autoridade científica e legalmente habilitada para, em tais circunstâncias, estabelecer o momento e a causa da morte” (REsp n. 277.403-MG, *Quinta Turma*, Rel. Min. *Gilson Dipp*).

Insta consignar que o caso objeto do recurso especial acima referido foi alçado ao col. *Supremo Tribunal Federal*, que manteve a mesma orientação perfilhada no âmbito desta Corte. Nesse sentido:

Ementa: Habeas Corpus. 2. Homicídio culposo agravado pela omissão de socorro. 3. Pedido de desconsideração da causa de aumento de pena prevista no art. 121, § 4º, do Código Penal, para que se opere a extinção da punibilidade, em face da conseqüente prescrição da pretensão punitiva, contada pela pena concreta. 4. Alegação de que, diante da morte imediata da vítima, não seria cabível a incidência da causa de aumento da pena, em razão de o agente não ter prestado socorro. Alegação improcedente. 5. Ao paciente não cabe proceder à avaliação quanto à eventual ausência de utilidade de socorro. 6. Habeas Corpus indeferido” (HC n. 84.380-MG, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 4.5.2005, grifos aditados).

Vale destacar, ainda, o que consta da Exposição de Motivos do Código Penal na parte que trata das causas de aumento relativas ao homicídio culposo:

“O projeto visa, principalmente, a condução de automóveis, que constitui, na atualidade, devido a um generalizado descaso pelas cautelas técnicas (notadamente quanto à velocidade), uma causa frequente de eventos lesivos contra a pessoa, agravando-se o mal com o procedimento *post factum* dos motoristas, que, tão obstante com o fim egoístico de escapar à prisão em flagrante ou à ação da justiça penal, sistematicamente imprimem maior velocidade ao veículo, desinteressando-se por completo da vítima, ainda quando um socorro imediato talvez pudesse evitar-lhe a morte”.

Nessa senda, atento ao infelizmente sempre crescente número de mortes em decorrência de acidentes de trânsito, o legislador, ao editar o Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503/1997), no art. 304, previu o crime de *omissão de socorro*, assim delineado:

“Deixar o condutor do veículo, na ocasião do acidente, de prestar imediato socorro à vítima, ou, não podendo fazê-lo diretamente, por justa causa, deixar de solicitar auxílio da autoridade pública”.

O *parágrafo único* do artigo em referência traz relevante esclarecimento nos seguintes termos: “incide nas penas previstas neste artigo o condutor do veículo, ainda que a sua omissão seja suprida por terceiros *ou que se trate de vítima com morte instantânea* ou com ferimentos leves”.

Insta sublinhar, por necessário, que referida regulamentação legal, a toda evidência, não se aplica à espécie, cuja conduta esta enquadrada em tipo previsto

no Código Penal (art. 121, § 3º). Não obstante, evidencia, com maior ênfase, a *ratio* da majorante inserta no parágrafo 4º do art. 121 do CP, cujo móvel é a observância do dever de solidariedade que deve reger as relações na sociedade brasileira (*ex vi* do art. 3º, inciso I, da CF/1988).

Em suma, o que pretende a regra em destaque é realçar a importância da alteridade. Assim, o agente deve demonstrar interesse pela integridade da vítima, a despeito de a possibilidade do socorro prestado vir a ter êxito ou não. Tanto é que não só a omissão de socorro majora a pena no caso de homicídio culposo, mas também se o agente “não procura diminuir as consequências do seu ato, ou foge para evitar a prisão em flagrante”.

No caso em apreço, como já ressaltado, não havia, no momento do acidente, certeza por parte do Paciente quanto à morte imediata da vítima, circunstância que evidencia a adequação na manutenção da majorante.

Ante o exposto, não conheço do *writ*.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 304.404-PI (2014/0237731-2)

Relator: Ministro Jorge Mussi

Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Piauí

Advogado: Defensoria Pública do Estado do Piauí

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Piauí

Paciente: Hélio dos Santos Feitosa

EMENTA

Habeas corpus. Homicídio e tentativa de homicídio. Termo de apelação formulado pelo acusado por intermédio da Defensoria Pública. Desistência do recurso pelo defensor intimado para apresentar as respectivas razões. Inexistência de anuência do réu. Cerceamento de defesa. Constrangimento ilegal caracterizado. Concessão da ordem.

1. Conquanto não haja dúvidas de que os recursos são regidos pelo princípio da voluntariedade, não havendo como se impor a sua interposição pela parte, o certo é que na hipótese em apreço o acusado, ainda que por meio de seu defensor, manifestou interesse em apelar do édito repressivo, não se podendo admitir que na segunda instância, quando deveriam ser apresentadas as respectivas razões, haja a desistência da irresignação, especialmente sem a anuência do interessado, o que cerceia o seu direito de defesa. Precedentes do STJ e do STF.

2. Ordem concedida para anular o trânsito em julgado da condenação, determinando-se que outro Defensor Público seja intimado para apresentar as razões de apelação, a fim de que seja apreciada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Piauí.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ-SC), Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ-SP) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 9 de dezembro de 2014 (data do julgamento).

Ministro Jorge Mussi, Relator

DJe 17.12.2014

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Mussi: Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de *Hélio dos Santos Feitosa*, apontando como autoridade coatora Desembargador da 1ª Câmara Especializada Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, Relator da Apelação Criminal n. 2013.00001.004154-9.

Noticiam os autos que o paciente foi condenado pelo Tribunal do Júri e, inconformado, interpôs, por seu Defensor, recurso de apelação, requerendo que as respectivas razões fossem apresentadas na instância *ad quem*.

Recebidos os autos no Tribunal estadual, o Desembargador Relator determinou a intimação do Defensor de Categoria Especial para apresentar as citadas razões, tendo este se manifestado por cota nos autos desistindo do recurso, o que foi homologado.

Sustenta o impetrante que não seria admissível o arquivamento de apelação a pedido de defensor sem poderes especiais para tal e sem anuência do acusado, que manifestou expressamente seu desejo de recorrer.

Aduz que, havendo conflito entre o defensor e a parte no que tange a recorrer ou não, deveria prevalecer a vontade deste.

Alega que seria inequívoco o interesse em recorrer, tendo em vista a existência de erro material quanto à aplicação da pena que, corrigido chegaria a 8 (oito) anos e 8 (oito) meses de reclusão, tendo constado da sentença 10 (dez) anos.

Defende que teria havido ilegalidade na fixação da pena, tanto na análise das circunstâncias judiciais, quanto na fração de diminuição pela tentativa.

Requer a concessão da ordem para que seja cassada a decisão que determinou o arquivamento da apelação interposta, desconstituindo o trânsito em julgado da condenação, intimando-se a Defensoria Pública para apresentar as respectivas razões.

A liminar foi indeferida, nos termos da decisão de fls. 30-31.

O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 39-43, manifestou-se pela concessão da ordem de ofício para que seja anulado o despacho que arquivou o recurso, afastando trânsito em julgado da condenação e, conseqüentemente, apreciada a apelação pelo Tribunal de Justiça do Estado do Piauí.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Mussi (Relator): Por meio deste *habeas corpus* pretende-se, em síntese, a desconstituição do trânsito em julgado da condenação, determinando-se que o Tribunal Estadual aprecie a apelação interposta pela defesa.

Como se sabe, em favor do acusado em processo penal - por meio do qual o Estado é legitimado a exercer o seu direito de punir quando constatada a violação à determinada norma penal incriminadora - são previstas certas garantias estabelecidas constitucionalmente contra possíveis arbitrariedades por parte do ente estatal no curso do procedimento deflagrado para a apuração da responsabilidade criminal.

Dentre estas, pode-se citar o direito do acusado de ser ver processado de acordo com o devido processo legal, consubstanciado, dentre outras, na garantia à ampla defesa e ao contraditório (artigo 5º, inciso LV, da CF/1988), permitindo-se o equilíbrio e o tratamento isonômico das partes integrantes da causa levada à apreciação do Poder Judiciário.

Assim, reveste-se de ilegalidade qualquer ação penal na qual são mitigadas tais garantias, por se tratar de um retrocesso à arbitrariedade já vista em plúmbeos tempos e repudiada pela sociedade brasileira, tendo em vista os esforços árduos para a concretização de um Estado Democrático de Direito com todas as características que lhe são inerentes.

Com efeito, nos dias atuais não se pode conceber o exercício da pretensão punitiva por parte do Estado sem que sejam observadas as garantias do acusado à ampla defesa e ao contraditório, as quais, frise-se, não se prestam somente para zelar pelo interesse deste, mas também para que seja preservada a imparcialidade do órgão julgador, ao conduzir um processo no qual as partes foram tratadas de forma parelha, sem nenhuma vantagem para qualquer delas.

O estudo de tais institutos garantistas indica que um se constitui em complemento do outro, ou a sua razão de existência. Nos dizeres dos Professores Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, “é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas é essa - como poder correlato ao de ação - que garante o contraditório” (As nulidades no processo penal. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 87).

No caso dos autos, o paciente, por intermédio do Defensor Público que o patrocinava em juízo, interpôs apelação contra a sentença condenatória, pugnando que as respectivas razões fossem apresentadas no Tribunal de Justiça (e-STJ fl. 16).

O Desembargador Relator intimou a Defensoria Pública Especial para que apresentasse as razões do inconformismo, tendo esta desistido o reclamo

sob o argumento de que a pena teria sido aplicada dentro dos parâmetros legais (e-STJ fl. 22), o que foi homologado (e-STJ fl. 22).

Ora, conquanto não haja dúvidas de que os recursos são regidos pelo princípio da voluntariedade, não havendo como se impor a sua interposição pela parte, o certo é que na hipótese em apreço o acusado, ainda que por meio de seu defensor, manifestou interesse em apelar do édito repressivo, não se podendo admitir que na segunda instância, quando deveriam ser apresentadas as respectivas razões, haja a desistência da irresignação, especialmente sem a anuência do acusado.

Tal procedimento, à toda evidência, cerceia o seu direito de defesa, impedindo que exerça o direito ao duplo grau de jurisdição.

Nesse sentido orienta-se a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça:

Habeas corpus. Crime de furto. Deficiência da defesa técnica. Paciente devidamente assistido por Defensor Público durante toda a fase cognitiva. Prejuízo não demonstrado. Aplicação da Súmula n. 523 do Supremo Tribunal Federal. Condenado que manifesta desejo de apelar. Defensor Público que desiste de apresentar as referidas razões recursais. Cerceamento de defesa evidenciado. *Habeas corpus* parcialmente concedido.

1. Descabe considerar indefeso réu que foi satisfatoriamente assistido durante a instrução criminal por Defensor Público que atuou em todos os atos processuais, compareceu às audiências e apresentou alegações finais. Incidência da Súmula n. 523 do Supremo Tribunal Federal.

2. Evidente, de outro lado, a nulidade do processo-crime quando a defesa técnica, contrariando a vontade expressa do condenado, desiste do recurso de apelação sob o fundamento de que a autoria estava comprovada e a pena adequada, mormente quando rechaçadas as alegações finais defensivas quanto ao pedido de reconhecimento de redução da pena pela confissão espontânea.

3. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida para anular a ação penal a partir da fase de apresentação das razões de apelação defensivas, com nomeação de outro Defensor Público para apresentá-las.

(HC n. 168.240-MG, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 2.8.2012, DJe 13.8.2012)

Habeas corpus. Homicídio qualificado. Pronúncia. Recurso em sentido estrito. Interesse em recorrer manifestado pessoalmente pelo réu. Desistência apresentada somente pelo Defensor Público. Impossibilidade. Voluntariedade recursal. Desistência. Requisitos. Ampla defesa. Constrangimento ilegal não evidenciado.

1. O princípio constitucional do duplo grau de jurisdição concretiza-se processualmente na possibilidade da parte impugnar, por meio do recurso, a decisão judicial da qual não se conforma.

Nesse sentido, a voluntariedade constitui característica do recurso, estabelecido no art. 574 do CPP.

2. A desistência ao recurso é possibilitada à defesa, desde que regularmente manifestada. É dizer, ao patrono constituído, exige-se representação com poderes especiais para “confessar, (...) desistir” (arts. 38 do CPC c.c. 3º do CPP); ao Defensor Público, demanda-se a manifesta anuência do réu juntamente ao petítório.

4. Na hipótese de interesses colidentes entre réu e defensor, isto é, há desistência por um e não por outro, o recurso seguirá seu curso normal, em consagração ao princípio da ampla defesa.

5. *In casu*, verifica-se que o paciente manifestou pessoalmente interesse em recorrer, enquanto que a desistência foi apresentada unicamente pelo Defensor Público, razão por que corretamente o Tribunal de origem não homologou do pedido.

(...)

2. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada.

(HC n. 190.056-SP, de minha Relatoria, Quinta Turma, julgado em 18.8.2011, DJe 29.8.2011)

Na mesma esteira, colhe-se o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

Ementa: Recurso ordinário em habeas corpus. Penal. (...) Desistência da apelação por parte da Defensoria Pública Estadual. Prevalência do interesse do paciente em recorrer. Inexistência de vício a ser sanado. Recurso conhecido em parte e improvido (...) 4. Prevalência do interesse de recorrer manifestada pelo réu em relação ao pedido de desistência formulada pela Defensoria Pública. Encaminhados os autos ao TJ-TO, o ora recorrente, por meio de advogada constituída, apresentou suas razões recursais, alegando todas as teses que julgava convenientes. Inexistência de vício a ser sanado. (...) 7. Recurso ordinário conhecido em parte e improvido. (RHC n. 119.590, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 13.5.2014, processo eletrônico DJe-102 divulg 28.5.2014 public 29.5.2014)

Ante o exposto, *concede-se* a ordem para anular o trânsito em julgado da condenação, determinando-se que outro Defensor Público seja nomeado para apresentar as razões de apelação, a fim de que seja apreciada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Piauí.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 308.473-ES (2014/0287775-5)

Relator: Ministro Jorge Mussi

Impetrante: Vanessa Moreira Vargas

Advogado: Homero Junger Mafra e outro(s)

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo

Paciente: Nestor Ribeiro Dantas

EMENTA

Habeas corpus. Homicídio qualificado. Concessão da ordem em *mandamus* impetrado na origem. Decisão unânime. Posterior anulação do julgamento em decorrência do impedimento de um dos desembargadores. Manifestação que não altera a decisão proferida. Necessidade de manutenção do julgado. Constrangimento ilegal caracterizado.

1. De acordo com a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, os julgamentos só são anulados em decorrência da participação de autoridade judicial impedida quando a sua manifestação é capaz de alterar a decisão proferida.

2. No caso dos autos, a ordem foi concedida à unanimidade de votos, motivo pelo qual, ainda que subtraído o voto do Desembargador que posteriormente se declarou impedido, o resultado seria o mesmo, revelando-se incorreta, por conseguinte, a decisão da Corte Estadual que, em questão de ordem, anulou o acórdão já prolatado.

Novo julgamento do mandamus com base em documentos apresentados pelo Ministério Público e sobre os quais o impetrante não teve a oportunidade de se manifestar. Ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório. Concessão da ordem.

1. No caso dos autos, em sede de remédio constitucional destinado a preservar a liberdade de locomoção do acusado, a autoridade apontada como coatora, ao reapreciar o *writ* originário após a anulação do primeiro julgamento em decorrência da participação de Desembargador impedido, denegou a ordem então concedida com base em documentos apresentados pelo Ministério Público

após a mencionada decisão, e sobre os quais o impetrante não teve a oportunidade de se manifestar, o que caracteriza evidente violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

2. Ordem concedida para anular o julgamento da Questão de Ordem no HC n. 0018067-29.2014.8.08.0000, restabelecendo-se o acórdão proferido na sessão realizada em 3.9.2014, a fim de que o paciente aguarde em liberdade o julgamento da ação penal mediante o cumprimento das medidas cautelares previstas nos incisos I, III, IV e V do artigo 319 do Código de Processo Penal, sem prejuízo de que nova ordem de segregação seja proferida caso se demonstrem presentes quaisquer das hipóteses previstas no artigo 312 do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ-SC), Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ-SP) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de dezembro de 2014 (data do julgamento).

Ministro Jorge Mussi, Relator

DJe 3.2.2015

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Mussi: Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de *Nestor Ribeiro Dantas*, apontando como autoridade coatora a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, que denegou a ordem pleiteada no HC n. 0018067-29.2014.8.08.0000.

Noticiam os autos que o paciente foi pronunciado como incurso no artigo 121, § 2º, incisos II e IV, do Código Penal.

Designada sessão de julgamento, a intimação pessoal do paciente não se realizou, tendo o oficial de justiça certificado que se encontrava em local incerto e não sabido, motivo pelo qual foi decretada sua prisão preventiva.

A defesa formulou pedido de revogação da custódia cautelar, que foi indeferido pelo magistrado singular, motivo pelo qual foi impetrado o *mandamus* na origem, tendo a ordem sido concedida, em sessão realizada em 3.9.2014, para aplicar ao paciente as medidas cautelares previstas nos incisos I, III, IV e V do artigo 319 do Código de Processo Penal.

No entanto, o Ministério Público, em petição datada de 9.9.2014, requereu a anulação do acórdão, pois o Desembargador Adalto Dias Tristão, que participou do julgamento, já havia “manifestado o seu impedimento para atuar nos autos originários em que figura o paciente” (e-STJ fl. 153).

O citado Desembargador arguiu questão de ordem na qual afirmou estar impedido de atuar no *habeas corpus* em razão de parentesco com o togado de piso, restando anulado o aresto, tendo o Relator pedido vista dos autos.

Em novo julgamento, realizado em 24.9.2014, a ordem foi denegada, por maioria, mantida a custódia cautelar do paciente.

Sustenta o impetrante que o impedimento do mencionado Desembargador não mais existiria, pois possuiria parentesco com magistrado que havia atuado anteriormente nos autos da ação penal, salientando que a decisão impugnada teria sido proferido por outro Juiz.

Defende que, ainda que impedido, o voto do citado Desembargador não teria alterado o resultado, pois os outros dois julgadores haviam concedido a ordem.

Afirma que o Ministério Público deveria ter interposto o recurso cabível para modificar o resultado proclamado no julgamento do *habeas corpus*, reputando teratológica a decisão que declarou a nulidade do acórdão que havia concedido a ordem em favor do paciente.

Entende que seria ilegal a manifestação do Ministério Público antes do novo julgamento, na qual requereu a denegação da ordem e a juntada de documentos, sem que se fosse dada à defesa a oportunidade de se manifestar.

Requer a concessão da ordem para que seja cassado o mencionado aresto, restabelecendo-se aquele no qual foi revogada a prisão preventiva decretada em desfavor do paciente.

A liminar foi deferida, nos termos da decisão de fls. 230-232.

O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 244-246, manifestou-se pela concessão da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Mussi (Relator): Por meio deste *habeas corpus* pretende-se, em síntese, o restabelecimento de acórdão no qual se permitiu ao paciente aguardar em liberdade o julgamento, mediante o cumprimento das medidas cautelares previstas nos incisos I, III, IV e V do artigo 319 do Código de Processo Penal.

Inicialmente, das peças processuais acostadas ao *mandamus*, é impossível aferir se o Desembargador Adalto Dias Tristão estaria ou não impedido de atuar no julgamento do *writ* originário, pois os documentos anexados ao feito não permitem verificar em que atos do processo teria atuado o magistrado que com ele teria parentesco.

Por outro lado, é desnecessária a verificação da ocorrência ou não do impedimento do referido Desembargador pois, como se sabe, os julgamentos só são anulados em decorrência da participação de autoridade judicial impedida quando a sua manifestação é capaz de alterar a decisão proferida.

Assim, nos casos em que, subtraído o voto do julgador impedido, o resultado permaneceria o mesmo, inexistente prejuízo às partes, mantendo-se, por conseguinte, o julgamento.

Nesse sentido orienta-se a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça:

Habeas corpus impetrado em substituição ao recurso previsto no ordenamento jurídico. (...) 2. Participação de Desembargadora impedida no julgamento do recurso em sentido estrito. Nulidade não configurada. Dano não demonstrado. Preclusão. 3. *Habeas corpus* não conhecido.

(...)

2. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, para que se tenha por comprometida a imparcialidade do julgamento, é necessário que o magistrado declarado impedido se manifeste sobre o mérito da causa. Em suma, para o reconhecimento da invalidade, deve se demonstrar que a subtração da manifestação do julgador declarado parcial alteraria o resultado final da decisão.

Na espécie, embora a Desembargadora impedida tenha participado da sessão, o resultado do julgamento foi unânime. Assim, ainda que subtraído o seu voto, permaneceriam válidos os demais e idêntico seria o resultado do julgamento. Ademais, ocorreu a preclusão, pois, muito embora o julgamento do recurso em sentido estrito tenha ocorrido em 6.12.2007, a defesa ficou-se inerte, arguindo a referida irregularidade após transcorridos mais de 6 (seis) anos da data da sessão e quase 2 (dois) anos após o julgamento do recurso de apelação interposto contra a sentença condenatória do paciente pelo Tribunal do Júri.

3. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC n. 284.867-GO, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 24.4.2014, DJe 2.5.2014)

Habeas corpus. (...) Nulidade. Composição do órgão especial. Desembargador que à época respondia a procedimento criminal. Inexistência de prova quanto ao seu afastamento das funções jurisdicionais por ocasião do julgamento. Exceção de suspeição ajuizada quanto a outros magistrados. Impedimento. Eiva inexistente.

1. Não acarreta a nulidade do julgamento a participação de Desembargador que à época respondia a procedimento criminal se, a par de seu voto não alterar o resultado final do decisum, não havia qualquer impedimento decorrente de deliberação afastando-o das suas funções jurisdicionais.

2. A mera alegação de haver arguição de suspeição de Magistrados, que participaram do julgamento dos aclaratórios, em outros processos criminais, sem a comprovação de que efetivamente encontravam-se na situação apontada, aliada à ausência de juntada de peças referentes às exceções aventadas e de decisões a respeito da questão, demonstram a fragilidade da nulidade ventilada.

(...)

2. *Habeas corpus* parcialmente conhecido, sendo nesta extensão denegada a ordem.

(HC n. 112.444-SP, de minha Relatoria, Quinta Turma, julgado em 1º.9.2009, DJe 13.10.2009)

Na mesma esteira, colhe-se o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

Habeas corpus. Constitucional. Processual Penal. Crime de peculato (art. 312 do CP). Condenação mantida no Superior Tribunal de Justiça. Embargos declaratórios em recurso especial. Participação de Ministros impedidos no julgamento dos embargos. Decisão unânime. A exclusão dos votos dos Ministros impedidos não modifica o resultado do julgamento. Inutilidade de pronunciamento da nulidade absoluta. Aplicação do art. 563 do CPP. Precedente. *Habeas corpus* denegado e liminar cassada. 1. O pronunciamento da nulidade absoluta não terá nenhum

efeito prático no mundo jurídico, devendo imperar, na espécie, o disposto no art. 563 do Código de Processo Penal, segundo o qual “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”. 2. Não há nenhuma utilidade na anulação de julgamento que teve como resultado votação unânime pela rejeição dos embargos, pois a subtração dos votos dos Ministros impedidos não teria o condão de modificar o resultado antes verificado. 3. *Habeas corpus* denegado e liminar cassada. (HC n. 92.235, Relator(a): Min. Menezes Direito, Primeira Turma, julgado em 6.11.2007, DJe-026 divulg 14.2.2008 public 15.2.2008 DJ 15.2.2008 Ement Vol-02307-03 pp-00577 RTJ Vol-00205-03 pp-01332)

No caso dos autos, verifica-se que a decisão proferida no julgamento no qual foi concedida a ordem em favor do paciente se deu à unanimidade de votos, ou seja, ainda que excluído o voto do Desembargador que posteriormente se declarou impedido o resultado seria o mesmo, motivo pelo qual não se revela correta a decisão da Corte Estadual que, em questão de ordem, anulou o acórdão já prolatado.

Mas não é só. Em total desrespeito às garantias do contraditório e da ampla defesa, e em sede de remédio constitucional destinado a preservar a liberdade de locomoção do acusado, a autoridade apontada como coatora, ao reapreciar o *writ* originário após a anulação do primeiro julgamento, denegou a ordem então concedida com base em documentos apresentados pelo Ministério Público após a mencionada decisão, e sobre os quais o impetrante não teve a oportunidade de se manifestar.

Com efeito, antes da renovação do julgamento do prévio *habeas corpus*, o Ministério Público ofertou nova petição na qual reafirmou seu entendimento no sentido de ser denegada a ordem, juntando, para tanto, documentos, dentre os quais “notícias publicadas em jornais de grande circulação a respeito de *Ameaça sofrida pela Promotora de Justiça Dra. Paula Fernanda Almeida supostamente realizada pelo Paciente*” (e-STJ fl. 164).

A despeito de ter o Relator ratificado o teor do julgamento anterior, “embora ciente da nova e grave informação de que a Promotora de Justiça vem sendo ameaçada” (e-STJ fl. 207), o Desembargador Fernando Estevam Bravin Ruy, no voto vencedor, após tecer inúmeras considerações acerca do comportamento do paciente, que estaria “criando óbice ao trâmite processual, colocando em risco a aplicação da lei penal em eventual caso de condenação” (e-STJ fl. 218), manifestando-se sobre os mencionados documentos juntados pelo órgão acusatório, entendeu necessária a manutenção da custódia cautelar

também para a garantia da ordem pública, “especificamente no que diz respeito a preservação da própria instituição do Ministério Público e de seus membros, bem como para manutenção da paz social que ao que aparenta está sendo atormentada por diversas atividades nas quais fortes indícios demonstram a participação do acusado” (e-STJ fls. 221-222).

Constata-se, então, que a prisão preventiva do paciente foi mantida não só em razão de sua não localização para ser intimado quanto à sessão de julgamento designada - fundamento do decreto proferido pelo magistrado de origem -, mas também em decorrência das novas informações e documentos trazidos aos autos pelo *Parquet*, sem que à defesa tenha sido dada a oportunidade de sobre elas se manifestar, o que viola os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Ante o exposto, *concede-se* a ordem para anular o julgamento da Questão de Ordem no HC n. 0018067-29.2014.8.08.0000, restabelecendo-se o acórdão proferido na sessão realizada em 3.9.2014, a fim de que o paciente aguarde em liberdade o julgamento da ação penal mediante o cumprimento das medidas cautelares previstas nos incisos I, III, IV e V do artigo 319 do Código de Processo Penal, sem prejuízo de que nova ordem de segregação seja proferida caso se demonstrem presentes quaisquer das hipóteses previstas no artigo 312 do Código de Processo Penal.

É o voto.

—

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 32.523-MG (2012/0073988-4)

Relator: Ministro Gurgel de Faria
Recorrente: Oscar José de Castro Lacerda
Recorrente: Lenir Leite de Castro Lacerda
Recorrente: Antônio Fernando Bonisatto
Recorrente: Sérgio Moraes Sampaio
Recorrente: Nadir de Castro Neves
Advogado: Jair Leonardo Lopes e outro(s)
Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

EMENTA

Penal e Processual Penal. Recurso em *habeas corpus*. Busca e apreensão. Poderes investigatórios do Ministério Público. Nulidade inexistente. Prévia autorização judicial. Recurso desprovido.

1. Esta Corte assentou entendimento no sentido de que, em princípio, são válidos os atos investigatórios realizados pelo Ministério Público, cabendo-lhe ainda requisitar informações e documentos, a fim de instruir seus procedimentos administrativos, com vistas ao oferecimento da denúncia.

2. Está implícito o poder de investigação criminal do Ministério Público, porquanto diretamente ligado ao cumprimento de sua função de promover, privativamente, a ação penal pública.

3. Os procedimentos realizados pelo Ministério Público, na hipótese dos autos, revestem-se de legalidade, uma vez que investidos do legítimo poder de investigação e, no que tange à busca e apreensão, antecedida da necessária determinação judicial.

4. Não há que se falar em cerceamento do exercício da ampla defesa, uma vez que, nos termos da Súmula Vinculante n. 14 do STF, o acesso aos dados colhidos sob sigilo é restrito aos documentos já colacionados aos autos, não se estendendo às diligências ainda em curso, sob pena de tornar ineficaz o meio de coleta de prova, tal qual a busca e apreensão cuja validade discute o recorrente.

5. 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 Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ-SC), Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ-SP), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de outubro de 2014 (data do julgamento).

Ministro Gurgel de Faria, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gurgel de Faria: Trata-se de Recurso Ordinário em *habeas corpus*, interposto por *Oscar José de Castro Lacerda*, contra acórdão proferido pela 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, o qual reputou válido procedimento de busca e apreensão conduzido contra o recorrente.

Consta dos autos que o Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Uberaba deferiu medida cautelar de busca e apreensão em face do recorrente e de terceiros, baseando-se em investigações presididas de forma sigilosa pelo Ministério Público para apurar a possível prática de crime contra a ordem tributária.

O recorrente teve *habeas corpus* impetrado em seu favor, com o escopo de anular o referido procedimento de busca e apreensão, sob o fundamento de que a investigação criminal conduzida pelo Ministério Público estaria eivada de nulidade, porque configurada usurpação de competência atribuída constitucional e exclusivamente à polícia judiciária.

Inicialmente, diante da notícia do pedido ministerial de extinção do procedimento investigatório, o Tribunal de Origem julgou prejudicado o *habeas corpus*. No entanto, atendendo a pedido de reconsideração, a referida Corte conheceu do *habeas corpus* impetrado em favor do recorrente e, no mérito, denegou a ordem.

Irresignado, o recorrente pugna pelo reconhecimento da nulidade do procedimento de busca e apreensão movido contra si alegando em síntese: (a) ilegalidade do procedimento investigatório presidido pelo Ministério Público; (b) ilegalidade das provas colhidas ao longo da fase inquisitiva, porque o procedimento teria sido conduzido sob sigilo, sem que os investigados tivessem ciência da investigação; (c) extinção da punibilidade em relação aos autos de infração fiscal relacionados às fls. 15-16 do processo cautelar, em razão da liquidação do débito fiscal.

O Ministério Público se manifestou pelo parcial conhecimento do recurso e, na parte conhecida, pelo seu desprovimento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gurgel de Faria (Relator): Esta Corte assentou entendimento no sentido de que, em princípio, são válidos os atos investigatórios realizados pelo Ministério Público, cabendo-lhe ainda requisitar informações e documentos, a fim de instruir seus procedimentos administrativos, com vistas ao oferecimento da denúncia.

A legitimidade do Ministério Público para conduzir atos investigatórios decorre do próprio texto constitucional que lhe confere, na letra de seus arts. 127 e 129, “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, o exercício do “controle externo da atividade policial”, incumbindo-lhe, ainda, “requisitar diligências investigatórias e a instauração do inquérito policial”, bem como “outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade”.

Desse modo, está implícito o poder de investigação criminal do Ministério Público, porquanto diretamente ligado ao cumprimento de sua função de promover, privativamente, a ação penal pública.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados:

*Processo Penal. Recurso em habeas corpus. Quadrilha armada. (1) Ministério Público. Poderes investigatórios. Ilegalidade. Ausência. (2) Escuta ambiental. Embasamento para decretação em desfavor de outros investigados. Legitimidade. Ausência. 1. A compreensão firmada no seio desta Corte é que não há ilegalidade na investigação criminal encetada pelo Ministério Público (ressalva de entendimento da relatora). 2. Não é apropriado o ajuizamento de *habeas corpus* em favor de certo paciente a fim de discutir suposta ilegalidade que teria acometido outros investigados. *In casu*, foi determinada a escuta ambiental, no parlatório de presídio, para a colheita dos diálogos de supostos membros de facção criminosa paulista com seus advogados, a fim de se colher elementos sobre a planificação de homicídios de autoridades do governo bandeirante. 3. O sigilo das comunicações entre advogados e clientes é inviolável. Todavia, tal garantia não tem o condão de acobertar o suposto emprego espúrio do múnus público para a prática delitiva. 4. Recurso em *habeas corpus* a que se nega provimento. (RHC n. 26.063-SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 20.9.2012, DJe 2.10.2012)*

Habeas corpus. Crimes contra a ordem tributária. Quebra de sigilo bancário pleiteada pelo Ministério Público em procedimento investigatório por ele deflagrado. Alegada necessidade de instauração de inquérito policial prevista no artigo 1º, § 4º, da Lei Complementar n. 105/2001. Desnecessidade. Inteligência do artigo 6º,

inciso XVIII, alínea a, da Lei Complementar n. 75/1993. Constrangimento ilegal não evidenciado. Ordem denegada. 1. De acordo com entendimento consolidado na Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, amparado na jurisprudência do Pretório Excelso, ainda que não se permita ao Ministério Público a condução do inquérito policial propriamente dito, e tendo em vista o caráter meramente informativo de tal peça, não há vedação legal para que aquele órgão proceda a investigações e colheita de provas para a formação da *opinio delicti*. 2. Dentre as providências que podem ser tomadas pelo *Parquet* para a reunião de provas no curso das investigações por ele promovidas está a de representar pela quebra do sigilo de dados, consoante o disposto no inciso XVIII do artigo 6º da Lei Complementar n. 75/1993. 3. Embora o § 4º do artigo 1º da Lei Complementar n. 105/2001 estabeleça que a quebra de sigilo poderá ser decretada em qualquer fase do inquérito ou de processo judicial, o certo é que tal disposição legal não impede que a medida seja autorizada em procedimento investigatório conduzido pelo órgão ministerial, como previsto na Lei Complementar n. 75/1993. 4. O requerimento de quebra do sigilo bancário por parte do Ministério Público prescinde da prévia instauração de inquérito policial, permitindo-se que a medida seja requerida ao Poder Judiciário no curso de investigação por ele dirigida. Precedentes. 5. Ordem denegada. (HC n. 168.184-SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 2.2.2012, DJe 15.2.2012)

No mesmo sentido é o entendimento da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal:

“Habeas corpus”. Alegação de inépcia da denúncia. Inocorrência. Observância dos requisitos fixados pelo art. 41 do CPP. Peça acusatória que atende, plenamente, às exigências legais. Falta de justa causa. Necessidade de indagação probatória. Inviabilidade na via sumaríssima do “habeas corpus”. Recebimento de denúncia. Ausência de fundamentação. Alegação de ofensa ao art. 93, IX, da Constituição. Inocorrência. Legitimidade jurídica do poder investigatório do Ministério Público. Jurisprudência (Segunda Turma do STF). Inexistência de constrangimento ilegal. Recurso de agravo improvido. (HC n. 107.066 AgR, Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 12.11.2013, processo eletrônico DJe-233 divulg 26.11.2013 public 27.11.2013)

Destarte, os procedimentos realizados pelo Ministério Público, na hipótese dos autos, revestem-se de legalidade, uma vez que investidos do legítimo poder de investigação e, no que tange à busca e apreensão, antecedida da necessária determinação judicial.

No que concerne à alegação de ilegalidade do procedimento de busca e apreensão conduzido sob sigilo, entendo não haver restado configurado cerceamento do exercício da ampla defesa, uma vez que, nos termos da Súmula

Vinculante n. 14 do STF, o acesso aos dados colhidos sob sigilo é restrito aos documentos já colacionados aos autos, não se estendendo às diligências ainda em curso, sob pena de tornar ineficaz o meio de coleta de prova, tal qual a busca e apreensão cuja validade discute o recorrente.

Ademais, apesar de o recorrente defender a inexistência de “prova robusta” hábil a autorizar a medida cautelar de busca e apreensão, entendo que tal análise não se mostra compatível com a via estreita do *habeas corpus*, a qual não permite revolver o conjunto fático-probatório coligido aos autos. O mesmo se diga em relação ao pedido de extinção da punibilidade com base na liquidação dos débitos objeto dos autos de infração relacionados às fls. 15-16 do processo cautelar, cuja análise demandaria aprofundamento de provas.

Ante o exposto, *nego provimento* ao recurso.

É o voto.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 52.407-RJ (2014/0258008-5)

Relator: Ministro Felix Fischer

Recorrente: Ricardo Fernandes da Silva Porto (preso)

Advogado: Joaquim Queiroga Neto e outro(s)

Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

EMENTA

Processual Penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Falsidade ideológica. Uso de documento falso. Prisão preventiva. Superveniência de sentença condenatória. Regime inicial semiaberto. Negativa do direito de apelar em liberdade. Incompatibilidade. Recurso ordinário provido.

I - A prisão cautelar deve ser considerada exceção, já que, por meio desta medida, priva-se o réu de seu *jus libertatis* antes do pronunciamento condenatório definitivo, consubstanciado na sentença transitada em julgado. É por isso 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. A prisão preventiva, portanto, 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 (*HC* n. 93.498-MS, *Segunda Turma*, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 18.10.2012).

II - É incompatível a imposição/manutenção de prisão preventiva na sentença condenatória a réu condenado a cumprir a pena no regime inicial diverso do fechado, notadamente quando não há recurso da acusação quanto a este ponto.

III - A tentativa de compatibilização da custódia cautelar com as regras do regime aberto ou semiaberto, neste caso, implica indevida execução provisória da pena. (*Precedentes do STF*).

Recurso ordinário provido para revogar a prisão preventiva do recorrente, substituindo-a por prisão domiciliar, nos termos do art. 318, do Código de Processo Penal, cujos critérios deverão ser fixados pelas instâncias ordinárias.

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 Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ-SC) e Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ-SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentaram oralmente: Dr. Joaquim Queiroga Neto (p/ recte) e Ministério Público Federal.

Brasília (DF), 10 de dezembro de 2014 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJe 18.12.2014

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus*, interposto por *Ricardo Fernandes da Silva Porto*, contra v. acórdão proferido pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Depreende-se dos autos que o recorrente foi preso em flagrante no dia 22 de março de 2011, pela prática, *em tese*, do delito tipificado nos arts. 299 e 304 do Código Penal. Em dia 31 de março de 2011, foi concedida sua liberdade provisória, oportunidade em que o recorrente firmou termo de compromisso de comparecer mensalmente àquele juízo, sob pena de revogação da liberdade, não podendo se ausentar de sua residência por mais de oito dias, sem prévia autorização, bem como informar eventual mudança de endereço. Em virtude do descumprimento do compromisso assumido pelo recorrente, foi decretada sua prisão preventiva, em 24 de janeiro de 2014, com amparo no art. 282, § 4º, do Código de Processo Penal.

Irresignada, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o eg. Tribunal *a quo*, com pedido de liminar, tendo sido a ordem denegada em acórdão, cuja ementa transcrevo a seguir:

Habeas corpus. *Falsidade ideológica e uso de documento falso (artigos 299 e 304, ambos do Código Penal)*. Alegação de constrangimento ilegal consubstanciado na ausência de requisitos para decretação do ergástulo cautelar do paciente decisão adequadamente fundamentada. Presença de *fumus comissi delicti e periculum libertatis*. Análise de argumentos que necessitam de prova pré-constituída. Dilação probatória incabível na via estreita do *writ*. Constrangimento ilegal incorrente. Ordem conhecida e denegada.

Daí o presente recurso, no qual sustenta o recorrente, em síntese, a desnecessidade da custódia preventiva do recorrente. Argumenta que, no requerimento de revogação da prisão preventiva, foi feito pedido alternativo para que esta fosse convalidada em prisão domiciliar, em razão do seu grave estado de saúde, bem como pelo fato de o recorrente ser advogado.

Requer, assim, a possibilidade de substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar, seja em virtude da condição de advogado do recorrente, seja em virtude do seu debilitado estado de saúde.

Não houve pedido liminar.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 107-109, manifestou-se pela prejudicialidade do recurso, em razão da existência de novo título judicial a fundamentar a prisão preventiva.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Preliminarmente, afirmo que, a despeito da superveniência de sentença condenatória, consoante informa o parecer do Ministério Público Federal, às fls. 107-109, entendo que não ocorreu a perda do objeto do presente recurso, uma vez que, ao negar ao recorrente o recurso em liberdade, o magistrado sentenciante utilizou-se dos mesmos fundamentos que embasaram o decreto de prisão preventiva, de fls. 3-4, razão pela qual ele permanece hígido. Vejamos:

“Denego ao réu o direito de recorrer em liberdade, uma vez que descumpriu o compromisso de comparecer mensalmente em Juízo e, atualmente, se encontra foragido, mostrando que sua liberdade representa risco à aplicação da lei penal” (fl.109).

Portanto, presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Pretende o recorrente, por meio do presente recurso ordinário em *habeas corpus*, a revogação da prisão preventiva a ele imposta ou a substituição da custódia cautelar pela prisão domiciliar, em razão de ser advogado, regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, bem como em virtude do seu estado de saúde.

Insta consignar, inicialmente, que a prisão cautelar deve ser considerada exceção, já que, por meio desta medida, priva-se o réu de seu *jus libertatis* antes do pronunciamento condenatório definitivo, consubstanciado na sentença transitada em julgado. É por isso 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. A prisão preventiva, portanto, 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.

Neste sentido, cito o seguinte precedente do col. *Pretório Excelso*:

Ementa: "Habeas corpus". Prisão cautelar. Falta de adequada fundamentação. Caráter extraordinário da privação cautelar da liberdade individual. Utilização, pelo magistrado, no decreto de prisão preventiva, de critérios incompatíveis com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (gravidade objetiva do delito). Indispensabilidade da verificação concreta de razões de necessidade subjacentes à utilização, pelo Estado, dessa medida extraordinária. Situação excepcional não verificada na espécie. Injusto constrangimento configurado. Irrelevância, para efeito de controle de legalidade da decisão que decreta a prisão cautelar, de eventual reforço de argumentação acrescentado pelas instâncias superiores. Precedentes. "Habeas corpus" deferido. Prisão cautelar. Caráter excepcional. - *A privação cautelar da liberdade individual - cuja decretação resulta possível em virtude de expressa cláusula inscrita no próprio texto da Constituição da República (CF, art. 5º, LXI), não conflitando, por isso mesmo, com a presunção constitucional de inocência (CF, art. 5º, LVII) - reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser ordenada, por tal razão, em situações de absoluta e real necessidade. A prisão processual, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe - além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e indício suficiente de autoria) - que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu. Doutrina. Precedentes. **A prisão preventiva - Enquanto medida de natureza cautelar - Não pode ser utilizada como instrumento de punição antecipada do indiciado ou do réu.** - A prisão cautelar não pode - nem deve - ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. A prisão cautelar - que não deve ser confundida com a prisão penal - não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal. Precedentes. **Inadmissibilidade do reforço de fundamentação, pelas instâncias superiores, do decreto de prisão cautelar.** A legalidade da decisão que decreta a prisão cautelar ou que denega liberdade provisória deverá ser aferida em função dos fundamentos que lhe dão suporte, e não em face de eventual reforço advindo de julgamentos emanados das instâncias judiciárias superiores. Precedentes. A motivação há de ser própria, inerente e contemporânea à decisão que decreta (ou que mantém) o ato excepcional de privação cautelar da liberdade, pois a ausência ou a deficiência de fundamentação não podem ser supridas "a posteriori". *A presunção constitucional de inocência impede que o Estado trate como se culpado fosse aquele que ainda não sofreu condenação penal irreversível.* - A prerrogativa jurídica da liberdade - que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) - não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante*

discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem. Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível - por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) - presumir-lhe a culpabilidade. Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser tratado como culpado, qualquer que seja o ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional do estado de inocência, tal como delineado em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes (HC n. 93.498-MS, *Segunda Turma*, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 18.10.2012).

No mesmo sentido é a sedimentada jurisprudência desta eg. Corte: AgRg no RHC n. 47.220-MG, Quinta Turma, Rel. Ministra Regina Helena Costa, DJe de 29.8.2014; RHC n. 36.642-RJ, Sexta Turma, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 29.8.2014; HC n. 296.276-MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 27.8.2014; RHC n. 48.014-MG, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 26.8.2014.

Tendo em vista a manifestação ministerial que, às fls. 107-109, noticiou a superveniência de sentença condenatória em face do recorrente, *em consulta ao sítio do eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, obtive o inteiro teor do documento e reproduzo, a seguir, a fundamentação da dosimetria da pena e do regime inicial a ele aplicado:

“Diante de todo o exposto, *julgo procedente* o pedido contido na denúncia para *condenar Ricardo Fernandes da Silva Porto*, como incurso nas penas do artigo 304 c.c. artigo 299, ambos do Código Penal. Passo, assim, à dosimetria da pena, observando critério Nelson Hungria esculpido no artigo 68 da Lei Geral de Crimes. Na primeira fase da dosimetria, atento às circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP, verifico que o acusado agiu com culpabilidade extrema, pois, na condição de parceiro comercial de longa data da vítima, sua deslealdade exacerbada reclama maior rigor. O réu é portador de maus antecedentes, pois ostenta uma condenação definitiva não apta a gerar reincidência. A conduta social do réu é, de todo, viciosa, pois passou anos se aproveitando da confiança de terceiros, especialmente da vítima, para atingir vantagens econômicas imediatas, insensível às consequências falimentares ocasionadas nos lesados. A

personalidade do réu, à míngua de laudo especializado, deve ser presumida como favorável. As circunstâncias do crime exigem maior rigor, pois a falsidade visava produzir consequências em investigação criminal, o que eleva sua gravidade. O motivo da infração também é abjeto, pois, além de pretender se safar do inquérito policial, o réu também ansiava por colocar sua ex-companheira na condição de indiciada. As consequências do crime foram minoradas pelo fato de a falsidade ter sido descoberta antes que pudesse ter efeitos. A vítima, por fim, não contribuiu para o desiderato criminoso. *Assim, sendo majoritariamente negativas as circunstâncias judiciais, fixo a pena base em 02 anos de reclusão e 20 dias-multa. Na segunda fase, pela agravante do artigo 61, inciso II, alínea b do CP (vítima idosa), aumento a pena em 04 meses de reclusão e 03 dias-multa, chegando a 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 23 (vinte e três) dias-multa, que se estabiliza face à ausência de causas modificativas.* Condene o réu, ainda, ao pagamento de custas processuais, na esteira do artigo 804 do Código de Processo Penal. *O regime inicial de cumprimento da pena há de ser o semiaberto, diante do quadro de circunstâncias judicial próximo à total negatividade, observando, assim, a disposição do artigo 59, inciso III do CP.* Considerando que o réu é advogado, possuindo residência em local valorizado na cidade, fixo o valor do dia-multa em 02 (dois) salários mínimos cada. Deixo de converter a pena privativa de liberdade em restritiva de direitos uma vez que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem a insuficiência de resposta penal mais branda. *Denego ao réu o direito de recorrer em liberdade, uma vez que descumpriu o compromisso de comparecer mensalmente em Juízo e, atualmente, se encontra foragido, mostrando que sua liberdade representa risco à aplicação da lei penal.*”

Do excerto acima reproduzido, verifica-se que o recorrente foi condenado em 1ª instância à pena de 2 (dois) e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, sendo-lhe negado o direito de recorrer em liberdade.

Estabelecido o regime *semiaberto* como o inicial para o cumprimento de pena, tenho para mim ser *incompatível*, neste caso, a *negativa do direito de recorrer em liberdade*.

Isso porque, uma vez estabelecido na condenação que o regime adequado para o início do cumprimento de pena é o semiaberto, não há como impor ao recorrente a segregação cautelar até o trânsito em julgado, caso pretenda recorrer da sentença, ainda que sob o fundamento de estarem presentes os requisitos ensejadores da prisão preventiva insertos no art. 312 do CPP. Ao admitir essa

possibilidade, chegar-se-ia ao absurdo de ser mais benéfico ao réu *renunciar ao direito de recorrer* e iniciar imediatamente o cumprimento da pena no regime estipulado do que exercer seu direito de impugnar a decisão perante o Segundo Grau.

Dessarte, a manutenção ou imposição da prisão cautelar consistiria, a meu ver, flagrante *vulneração do princípio da proporcionalidade*.

Impende consignar que não se trata de prognose, ou seja, de se imaginar que a pena a ser imposta possa, hipoteticamente, ser substituída por restritivas de direitos ou que o regime fixado venha a ser diverso do fechado. Trata-se, na verdade, de uma certeza que, à vista da não interposição de recurso pela acusação, não será futuramente alterada.

Portanto, definido o regime inicial de cumprimento de pena, acaso seja diverso do fechado, não há como sustentar a necessidade de manutenção da prisão cautelar. Conforme leciona abalizada doutrina “as exigências derivadas do princípio da proporcionalidade visam impedir ou restringir a prisão cautelar, com o escopo de evitar que o acusado sofra um mal maior do que a própria sanção penal” (CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão Cautelar - Dramas, Princípios e Alternativas*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2011. p. 99).

É que, por ocasião da prolação da sentença, houve a avaliação de todas as circunstâncias do crime praticado pelo réu e, no caso de condenação, da sanção que lhe deve ser imposta, bem como o regime em que deve ser inicialmente cumprida. Como a pena ainda não poderá ser aplicada, pois ainda não verificado o trânsito em julgado, a única forma de manter-se ou impor-se, nesta fase, a prisão cautelar, será no caso de condenação cuja reprimenda tenha de ser resgatada no regime inicial fechado, único compatível com a forma de efetivação da segregação cautelar, pois como sublinhado pelo eminente Ministro *Rogério Schietti Cruz* “a idéia de prisão cautelar reclama o encarceramento *pleno* do agente” (*RHC* n. 46.604-MG, *Sexta Turma*, Rel. Min. p/ acórdão *Rogério Schietti Cruz*).

Entretanto, a prevalecer esse entendimento, dar-se-á maior efetividade e relevância à medida de natureza precária (manutenção da segregação cautelar) em detrimento da sentença condenatória (título judicial que, por sua natureza, realiza o exame exauriente da *quaestio*). Por conseguinte, a individualização da pena cederá espaço, indevidamente, à providência de cunho nitidamente

provisório e instrumental, subvertendo a natureza e finalidade do processo e de suas medidas cautelares.

Ora, não vejo como possa permanecer preso um acusado, nos moldes do regime fechado, que tenha o direito, reconhecido na sentença, de iniciar imediatamente o cumprimento de sua pena no regime aberto ou semiaberto, notadamente quando não há recurso da acusação quanto a este ponto.

Aliás, necessário sublinhar que essa orientação já predominou no âmbito da *Quinta Turma* desta eg. Corte:

Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Art. 121, § 1º e § 2º, inciso IV, c.c. art. 14, inciso II, ambos do Código Penal. Crime não elencado como hediondo. Pena-base fixada acima do mínimo legal. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Regime prisional semiaberto. Direito de apelar em liberdade.

[...]

III - Ante a fixação do regime semiaberto como o inicial de cumprimento da pena, deverá o réu aguardar o julgamento do recurso de apelação em liberdade, se por outro motivo não estiver preso (Precedentes).

Ordem parcialmente concedida a fim de fixar o regime semiaberto como inicial para cumprimento da reprimenda penal, bem como para que o paciente aguarde o julgamento do recurso de apelação em liberdade, devendo ser expedido o respectivo alvará de soltura, salvo se por outro motivo estiver preso (HC n. 153.728-SP, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe de 31.5.2010).

Contudo, não desconheço a jurisprudência ora dominante, que tem se orientado pela compatibilidade entre o regime diverso do fechado imposto na sentença e a negativa do apelo em liberdade, desde que adequadas as condições da prisão provisória às regras do regime imposto. A título ilustrativo: “Verificado que foi imposto ao recorrente o regime inicial semiaberto de cumprimento da pena, faz-se necessário compatibilizar a segregação processual com o modo de execução que lhe foi determinado na sentença condenatória, sob pena de estar-se impondo ao apenado regime mais gravoso de segregação tão somente pelo fato de ter optado pela interposição de recurso” (*RHC* n. 48.138-SP, *Quinta Turma*, Rel. Min. *Jorge Mussi*, DJe de 4.11.2014).

Contudo, tal alternativa implica, na prática, o *restabelecimento da orientação jurisprudencial antes prevalente na jurisprudência do col. Supremo Tribunal Federal, que admitia a execução provisória da pena*, atualmente rechaçada, ao entendimento de que ela *vulnera o princípio da presunção de não culpabilidade* inserto no art. 5º, inciso LVII da CF/1988.

Isso porque, se a sentença condenatória ainda não transitou em julgado, só se permite a segregação em decorrência da imposição de prisão cautelar, cuja principal característica, como já ressaltado, significa segregação total do réu.

Em outras palavras, a prisão cautelar não admite temperamento para ajustar-se a regime imposto na sentença diverso do fechado. Tal solução, impende consignar, equivale a admitir a vedada execução provisória da pena.

Nessa linha, cito os seguintes precedentes do *Pretório Excelso*:

Habeas corpus. Processual Penal. Roubo circunstanciado. Sentença condenatória. Fixação de *regime semiaberto*. Vedação ao direito de recorrer em liberdade. Incompatibilidade entre o estabelecimento de *regime semiaberto* com a manutenção ou decretação da *prisão cautelar*. Ordem concedida.

1. Fixado o *regime semiaberto*, torna-se incompatível a manutenção da *prisão preventiva*, mormente porque, até a data do deferimento da medida cautelar, o paciente já teria cumprido, considerada a detração, 1 ano e 6 meses da pena em *regime fechado* (= *prisão preventiva*). Logo, sua manutenção no cárcere representaria, em verdade, desvincular o aspecto cautelar inerente à *prisão preventiva* e legitimar a execução provisória da pena em *regime* mais gravoso do que aquele fixado na própria sentença condenatória (= *semiaberto*).

2. Ordem concedida (HC n. 118.257-PI, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Zavaski, DJe de 6.3.2014).

Habeas corpus. 2. Roubo majorado pelo emprego de arma (art. 157, § 2º, I, do CP). Paciente condenada à pena de 2 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicialmente aberto. 3. Manutenção da custódia cautelar da paciente, sendo-lhe vedado o recurso em liberdade. 4. Violação ao princípio da proporcionalidade. Constrangimento ilegal configurado. 5. Ordem concedida (HC n. 115.786-MG, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 20.8.2013).

Habeas corpus. Penal. Corrupção ativa (CP, art. 333). Paciente condenado à pena de 3 (três) anos e 3 (três) meses de reclusão, em regime inicialmente aberto. Manutenção da custódia cautelar do paciente, sendo-lhe vedado o recurso em liberdade. Questão não analisada pelo Superior Tribunal de Justiça. Inadmissível supressão de instância. Precedentes. *Writ* extinto. Ordem concedida de ofício.

[...]

2. Ofende o princípio da não culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do Código de Processo Penal. Precedentes.

3. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul determinou a expedição de mandado de prisão, sem, contudo, explicitar os motivos cautelares justificadores da medida extrema, doutrinariamente considerada a última *ratio* das medidas cautelares.

4. A pena imposta ao paciente foi de três (3) anos e três (3) meses de reclusão, a ser descontada inicialmente em regime aberto, o que não justificava a manutenção da prisão preventiva do paciente.

5. *Habeas corpus* extinto. Ordem concedida de ofício (HC n. 114.288-RS, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 7.6.2013).

Desse modo, caso haja condenação à pena que deva ser cumprida em regime inicial diverso do fechado, não será admissível a decretação ou manutenção de prisão preventiva, haja vista a flagrante incompatibilidade delineada neste caso.

A propósito do tema, confira-se lição da doutrina no mesmo sentido:

“Se o magistrado fixar o regime semiaberto para início de cumprimento da pena, torna-se incompatível a manutenção ou decretação da prisão cautelar para a fase recursal. Sabe-se, afinal, que a prisão cautelar é cumprida em regime fechado. Não há cabimento algum em se estipular regime mais brando para o início do cumprimento da pena (semiaberto ou mesmo aberto) e manter o acusado no cárcere até que ocorra o trânsito em julgado. Portanto, se não for estabelecido o regime fechado para iniciar a execução da pena, deve o réu recorrer em liberdade” (NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 13ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014. p. 804).

Imposto regime mais brando, significa que o Estado-Juiz, ao aplicar as normas ao caso concreto, concluiu pela possibilidade de o réu poder iniciar o desconto da reprimenda em circunstâncias que não se compatibilizam com a imposição/manutenção de prisão provisória. Caso seja necessário, poderá se valer, quando muito, de *medidas alternativas diversas à prisão*, previstas no art. 319 do CPP, inquestionavelmente mais adequadas à hipótese.

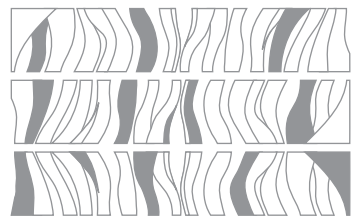
Com efeito, a reforma operada pela *Lei n. 12.403/2011*, ao prever novas medidas cautelares, constitui um novo marco no direito processual penal, historicamente marcado pela utilização demasiada das diversas modalidades de prisão cautelar.

Em suma, a hipótese em análise traduz situação em que a aplicação das medidas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal revelar-se-ia mais consentânea com o princípio da proporcionalidade ao se ajustar ao conteúdo da sentença condenatória.

Não obstante o acima aduzido, dadas as condições de saúde do recorrente, impõe-se a substituição da custódia cautelar por prisão domiciliar, nos termos do *art. 318, inciso II, do Código de Processo Penal*.

Ante o exposto, *dou provimento ao recurso ordinário* para revogar a prisão preventiva do recorrente, substituindo-a por prisão domiciliar, nos termos do art. 318, inciso II, do Código de Processo Penal, cujos critérios deverão ser fixados pelas instâncias ordinárias.

É o voto.



Sexta Turma

HABEAS CORPUS N. 213.481-SP (2011/0165563-0)

Relator: Ministro Nefi Cordeiro
Impetrante: Rafael Folador Strano - Defensor Público
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Paciente: Hernani de Carvalho Costa

EMENTA

Penal e Processual Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso especial. Não conhecimento do *writ*. Crimes de tráfico de drogas e de porte ilegal de arma de fogo com numeração suprimida. Dosimetria. Aumento da pena pela existência de condenação definitiva em dois momentos, como maus antecedentes e como reincidência. Possibilidade em face da existência de mais de uma condenação. Súmula n. 241-STJ. *Bis in idem* não demonstrado. Pleito de incidência da atenuante do art. 66 do CP, ante a configuração da co-culpabilidade. Questão não examinada na origem. Supressão de instância. Primeiro julgamento da apelação anulado pelo STJ. Realização de novo julgamento pelo TJ. Inobservância do limite da condenação imposto no primeiro julgamento anulado. *Reformatio in pejus indireta* configurada. Ilegalidade flagrante evidenciada. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício.

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. Não se presta a existência de uma única condenação definitiva a fundamentar o aumento da pena como maus antecedentes e como reincidência, sob pena de *bis in idem*, nos termos do disposto na Súmula n. 241-STJ: “A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial”.

3. Hipótese em que as instâncias ordinárias não se valeram de apenas uma condenação definitiva para exasperar a pena em dois

momentos, na medida em que constam na Folha de Antecedentes Criminais 6 (seis) condenações definitivas, três delas, usadas na primeira fase da dosimetria, como maus antecedentes e as demais, como reincidência múltipla, daí o aumento de 1/4 (um quarto), na segunda fase. Não há falar, portanto, em *bis in idem*. Precedentes.

4. Quanto à pretendida incidência da atenuante da co-culpabilidade, nos termos do art. 66 do CP (“[a] pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”), uma vez que não foi examinada pelo Tribunal de 2º Grau, não poder ser conhecida por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

5. Verificada a presença de ilegalidade flagrante, porquanto, após procedida à anulação do primeiro julgamento da apelação, no qual a pena havia sido reduzida, o novo julgamento foi realizado sem que se observassem os limites impostos no primeiro julgamento, importando, assim, em inegável *reformatio in pejus* indireta. Precedentes.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Concedida a ordem, de ofício, para anular o segundo julgamento da apelação, a fim de outro seja realizado, observando o limite de pena imposto no primeiro julgamento do apelo defensivo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ-SP), Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Rogério Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília (DF), 4 de novembro de 2014 (data do julgamento).

Ministro Nefi Cordeiro, Relator



RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nefi Cordeiro: Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, impetrado em favor de *Hernani de Carvalho Costa*, sem pedido de liminar, em face do *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em 1º Grau, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 e no art. 16, parágrafo único, IV, da Lei n. 10.826/2003, às penas de 11 (onze) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime fechado, e 741 (setecentos e quarenta e um) dias-multa.

Interposta apelação, foi negado provimento ao recurso, mantendo-se incólume a condenação.

No presente *writ*, alega a impetrante, em suma, constrangimento ilegal, tendo em vista a violação ao princípio do *ne bis in idem*, “pois a vida pregressa do paciente restou duplamente valorada” (fl. 3e).

Sustenta que “a alegação de ser possível o duplo aumento da pena em face da reincidência e dos maus antecedentes quando derivados de fatos diversos não merece guarida, vez que o mesmo fato, qual seja a condenação com trânsito em julgado ostentado pelo paciente, foi considerado duas vezes na fixação da pena, caracterizando, portanto, *bis in idem*” (fl. 4e), nos termos da Súmula n. 241-STJ.

Aduz, ainda, que o paciente faz jus à atenuante da co-culpabilidade prevista no art. 66 do Código Penal.

Requer, assim, a concessão da ordem, a fim de que seja fixada a pena-base no mínimo legal, “incidindo tão somente a exasperação em razão da reincidência, a qual deverá ser integralmente compensada com a atenuante da co-culpabilidade” (fl. 8e).

Foram prestadas as informações, às fls. 46-85e, 104-105e e 107e.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 88-91e).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nefi Cordeiro (Relator): O presente *habeas corpus* foi impetrado em substituição a recurso especial, previsto no art. 105, III, da Constituição Federal.

Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* quando utilizado em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal (HC n. 213.935-RJ, Rel. Ministro *Gilson Dipp*, *Quinta Turma*, DJe de 22.8.2012; e HC n. 150.499-SP, Rel. Ministra *Maria Thereza de Assis Moura*, *Sexta Turma*, DJe de 27.8.2012), assim alinhando-se a precedentes do Supremo Tribunal Federal (HC n. 104.045-RJ, Rel. Ministra *Rosa Weber*, *Primeira Turma* DJe de 6.9.2012).

Nada impede, contudo, que, de ofício, constate a Corte Superior a existência de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia, o que ora passo a examinar.

Compulsando os autos, verifica-se que o paciente foi condenado pela prática dos crimes de tráfico de drogas e de porte ilegal de arma de fogo com numeração suprimida, às penas de 11 (onze) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime fechado, e 741 (setecentos e quarenta e um) dias-multa.

Insurge-se o impetrante contra a dupla exasperação da pena em razão da vida pregressa do paciente.

Por oportuno, trago à colação os seguintes excertos da sentença e do acórdão que a confirmou, *in verbis*:

Passo a fixar as penas.

O réu possui condenações transitadas em julgado por crimes contra o patrimônio. Revela má conduta social e má índole, por conseguinte, fixo as penas-base aumentadas em 1/6 e as estabeleço em cinco anos e dez meses de reclusão e quinhentos e oitenta e três dias-multa para o tráfico de drogas e três anos e seis meses de reclusão e onze dias-multa para o crime de posse de arma de fogo com numeração raspada.

O réu é reincidente, conforme certidões de fls. 132, 136 e 140, razão pela qual elevo as penas e 1/4, fixando-as em sete anos, três meses e quinze dias de reclusão e setecentos e vinte e oito dias-multa para o tráfico de drogas e quatro anos, quatro meses e quinze dias de reclusão e treze dias-multa para o crime de posse de arma de fogo com numeração raspada.

Não há circunstâncias atenuantes a considerar.

O réu não se beneficia do disposto na Lei n. 11.343/2006 que no seu art. 33, § 4º, inovou ao estabelecer nova causa de diminuição de pena calcada na primariedade e bons antecedentes do acusado que não se dedique às atividades criminosas e não integre organização criminosa, esta é a hipótese dos autos, uma vez que é reincidente.

Em razão do concurso material de crimes como as penas e fixo em onze anos e oito meses de reclusão e setecentos e quarenta e um dias-multa.

O regime inicial de cumprimento de pena será o fechado, observada a aplicação da Lei n. 11.464 de 28 de março de 2007 que alterou a Lei n. 8.078/1990 e permitiu a progressão de regime prisional nos crimes hediondos e equiparados (fls. 15-16e - sentença).

As penas foram corretamente estabelecidas, com base nos péssimos antecedentes e reincidência do réu, mediante contumaz que, após se evadir de presídio, voltou quatro dias após a delinquir, traficando, armado, grande quantidade de cocaína, a dar conta de sua extrema periculosidade, daí porque tais reprimendas não merecem nenhuma modificação, da mesma forma que o regime prisional inicial estabelecido no caso (fls. 26-27e - acórdão).

Como é consabido, em regra, não se presta o remédio heroico à revisão da dosimetria das penas estabelecidas pelas instâncias ordinárias. Contudo, a jurisprudência desta Corte admite, em caráter excepcional, o reexame da aplicação das penas, nas hipóteses de manifesta violação aos critérios dos arts. 59 e 68, do Código Penal, sob o aspecto da ilegalidade, nas hipóteses de falta ou evidente deficiência de fundamentação ou ainda de erro de técnica.

A propósito:

Dosimetria. Pena-base fixada acima do mínimo legal ante a personalidade e conduta social do acusado e circunstâncias do delito. Fundamentação idônea. Inexistência de flagrante ilegalidade. Denegação da ordem.

1. De acordo com a jurisprudência pacífica deste Superior Tribunal de Justiça, o *exame da dosimetria da pena por meio de habeas corpus somente é possível quando evidenciado de plano, sem a necessidade de exame de provas, flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu.*

2. No caso dos autos, não se constata qualquer abuso ou irregularidade na dosagem da reprimenda imposta ao paciente, pois sua pena-base foi fixada acima do mínimo legal com base em elementos idôneos, não inerentes ao tipo penal supostamente violado.

3. Ademais, é imperioso frisar que não foi anexada à inicial do presente *mandamus* a íntegra da ação penal em apreço, de modo que não é possível verificar se os depoimentos mencionados pelas impetrantes, e que foram utilizados pelo magistrado de origem para fundamentar o exame das circunstâncias judiciais da personalidade e da conduta social do acusado, não se referiram à pessoa do paciente, mas sim ao seu irmão.

4. Como se sabe, o rito do *habeas corpus* pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca, por

meio de documentos que evidenciem a pretensão aduzida, a existência do aventado constrangimento ilegal suportado pelo paciente, ônus do qual não se desincumbiram as impetrantes.

5. Ordem denegada (STJ, HC n. 152.775-PR, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 16.8.2011, DJe de 1º.9.2011).

Habeas corpus. Impetração. Art. 121, § 2º, I e III, do Código Penal. (1) Sucedâneo de revisão criminal. Improriedade da via eleita. (2) Júri. Condenação. Julgamento contrário à prova dos autos. Não reconhecimento. Reexame de provas. Ausência de ilegalidade patente. (3) Dosimetria. Pena aplicada. Fundamentação concreta. Ilegalidade não evidenciada. Duas qualificadoras. Reconhecimento da segunda como agravante ou circunstância judicial. Possibilidade. (4) Não conhecimento.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como sucedâneo de revisão criminal.

2. Concluindo o Tribunal de origem que não ocorreu julgamento contrário à prova dos autos, porque, sopesando as provas e fatos dos autos, afirmou que o Júri optou por uma das teses que encontram amparo no processo penal, não há ilegalidade flagrante a reparar. Aferição, ademais, que demanda revolvimento fático, não condizente com âmbito mandamental e restrito do *habeas corpus*.

3. Inexiste ilegalidade na dosimetria da pena se o Tribunal de origem aponta motivos concretos para a fixação da pena no patamar estabelecido. *Em sede de habeas corpus não se afere o quantum aplicado, desde que devidamente fundamentado, como ocorre na espécie, sob pena de revolvimento fático-probatório*. A fixação da pena-base acima do mínimo legal foi concretamente fundamentada. E, havendo duas qualificadoras, é possível que uma seja utilizada na primeira ou segunda fase da dosimetria da pena.

4. *Writ* não conhecido (HC n. 252.449-DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 27.5.2014, DJe 9.6.2014).

Consoante consta do acórdão impugnado, verifica-se que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, tendo em vista os *maus antecedentes* do paciente, assim considerados, diante da existência de condenação definitiva em seu desfavor. Em seguida, foi aumentada em 1/4 na segunda fase da dosimetria, pela reincidência.

Com efeito, a teor do disposto na Súmula n. 241-STJ: “[a] reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial”.

Cito, a propósito, os seguintes precedentes:

Direito Penal. *Habeas corpus*. Art. 180, art. 297 (3 vezes) e art. 304 (2 vezes), na forma do art. 69, do Código Penal. (1) Impetração substitutiva de recurso especial. Improriedade da via eleita. (2) Art. 180 do CP: dosimetria. Antecedentes e reincidência. *Bis in idem*. Súmula n. 444-STJ. (3) Confissão espontânea. Compensação. Reincidência. (4) *Writ* 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 contra acórdão de apelação, como se fosse um indevido sucedâneo recursal.

2. Não se pode considerar a mesma condenação transitada em julgado a fim de majorar a pena-base pelos antecedentes e agravar a reprimenda pela reincidência, sob pena de evidente *bis in idem*, como tampouco a existência de inquéritos penais ou ações penais em curso para valorar negativamente a personalidade, em violação do princípio da presunção de não culpabilidade, nos termos do Enunciado n. 444 da Súmula deste Tribunal.

3. A a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do EREsp n. 1.154.752-RS, pacificou o entendimento no sentido de que a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea são igualmente preponderantes, pelo que devem ser compensadas.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, no tocante à Ação Penal n. 2009.063.000729-5 da 2ª Vara da Comarca de Três Rios-RJ, a fim de reduzir a pena do paciente para 11 (onze) anos de reclusão, mais 60 (sessenta) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão (HC n. 231.813-RJ, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 20.3.2014, DJe 9.4.2014).

Penal e Processual Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso especial. Furto qualificado pelo rompimento de obstáculo e concurso de pessoas (art. 155, § 4º, I e IV, do Código Penal). Utilização do remédio constitucional como sucedâneo de recurso. Não conhecimento do *writ*. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Apelo defensivo. Acórdão do Tribunal de 2º grau, que, reformando, em parte, a sentença condenatória, excluiu a circunstância judicial relativa à culpabilidade. Revisão da dosimetria da pena. Hipóteses excepcionais. Pena-base fixada acima do mínimo legal, em face dos maus antecedentes e da personalidade do agente. Não comprovação do apontado *bis in idem*, no tocante ao aumento da pena-base, pelos maus antecedentes, e à aplicação da agravante da reincidência. Impossibilidade de dilação probatória, em sede de *habeas corpus*. Personalidade voltada para a prática delituosa. Fundamento inidôneo. Súmula n. 444-STJ. Pena de reclusão inferior a 04 anos. Fixação de regime prisional fechado. Réu reincidente. Pena-base fixada acima do mínimo legal. Circunstância judicial desfavorável. Não incidência da Súmula n. 269 do STJ. Ordem não conhecida. Existência de manifesta ilegalidade, a ensejar a concessão de *habeas corpus*, de ofício.

[...]

VI. Hipótese em que o Tribunal de origem, ao dar parcial provimento ao apelo defensivo, considerou, como circunstâncias judiciais desfavoráveis, os antecedentes e a personalidade do paciente, afastando a elevação da pena-base, a título de culpabilidade, ao considerar inidôneo o seu fundamento, e, por conseguinte, reduziu a reprimenda básica - fixada, pelo Juízo de 1º Grau, em 05 anos e 06 meses de reclusão e 180 dias-multa - para 05 anos e 03 meses de reclusão e 160 dias-multa.

VII. Não há como concluir, de forma incontroversa, se procede a alegação de *bis in idem*, ao argumento de que as duas condenações, transitadas em julgado, que teriam sido utilizadas para aumentar a pena-base, a título de antecedentes, e, posteriormente, para fins de reincidência, referem-se ao mesmo fato criminoso.

VIII. Não havendo prova inequívoca de que, na hipótese, estar-se-ia considerando, por duas vezes, o mesmo fato criminoso, não há como, na via estreita do *habeas corpus*, proceder à ampla dilação probatória, já que deve o remédio constitucional vir instruído com todas as provas capazes de comprovar o quanto alegado na impetração, o que não ocorreu, na hipótese.

IX. *A jurisprudência da 3ª Seção do STJ, interpretando a Súmula n. 444-STJ, tem entendido que "inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam a majorar a pena-base, seja a título de maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade" (STJ, HC n. 206.442-SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe de 2.4.2013).*

X. *A utilização de registros criminais, sem notícia de condenação com trânsito em julgado, para exasperar a pena-base, pela valoração negativa de qualquer circunstância judicial - tais como maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, tal como ocorreu, na terceira hipótese -, constitui afronta à Súmula n. 444 do STJ.*

XI. O Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que "é admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais" (Súmula n. 269-STJ).

XII. Tendo sido fixada a pena-base acima do mínimo legal, porque desfavorável a circunstância judicial relativa aos maus antecedentes, não faz jus o paciente, em face de sua reincidência, ao regime inicial semiaberto, a despeito de a sanção final ter sido estabelecida, neste *writ*, em 03 anos e 06 meses de reclusão.

XIII. *Habeas corpus* não conhecido.

XIV. Ordem concedida, de ofício, para, redimensionando a pena-base, estabelecer a sanção definitiva do paciente em 03 anos e 06 meses de reclusão - a ser cumprida em regime inicial fechado, em face de circunstância judicial

negativa, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, e da reincidência -, além do pagamento de 90 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 155, § 4º, I e IV, do Código Penal (HC n. 215.095-MS, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Sexta Turma, julgado em 11.2.2014, DJe 28.2.2014).

Como se vê, o que não se admite, por contrastar com o princípio do *ne bis in idem* é a utilização de uma mesma condenação para aumentar a pena na primeira e na segunda fases.

Ocorre que, compulsando os autos, em especial a Folha de Antecedentes Penais do paciente, acostada aos autos às fls. 72-85e, verifica-se que, ao contrário do alegado, as instâncias ordinárias não se valeram de apenas uma condenação definitiva para exasperar a pena em dois momentos, na medida em que nela constam 6 (seis condenações definitivas, três delas, usadas na primeira fase da dosimetria, como maus antecedentes e as demais como reincidência múltipla, daí o aumento de 1/4 (um quarto), na segunda fase.

Nesse contexto, não há falar em *bis in idem*.

No mais, quanto à pretendida incidência da atenuante da co-culpabilidade, nos termos do art. 66 do CP (“[a] pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”), compulsando os autos verifica-se que a questão não foi examinada pelo Tribunal de 2º Grau, razão pela qual não poder ser conhecida por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

Ademais, aferir acerca da existência ou não de parcela de responsabilidade do Estado no que diz respeito ao cometimento dos delitos *sub examine* também refoge aos estritos limites do *writ*.

Vislumbro, contudo, a presença de ilegalidade flagrante apta a justificar a concessão da ordem, de ofício, independentemente de alegação.

Consoante consta das informações prestadas pelo Tribunal *a quo*, contra a sentença condenatória, foi interposto recurso de apelação, o qual foi julgado em 23.4.2009, oportunidade em que foi dado parcial provimento ao recurso, justamente para afastar os maus antecedentes, na primeira fase da dosimetria, reduzindo-se as penas a 10 (dez) anos de reclusão e 637 (seiscentos e trinta e sete) dias-multa.

Seguiu-se, então, a anulação do julgado pelo STJ, nos autos do HC n. 151.703-SP, no qual foi concedida a ordem a fim de que fosse renovado o julgamento do recurso, porquanto realizado por Câmara composta

majoritariamente por juízes convocados. Sobrevindo o novo julgamento, o Tribunal de origem houve por bem negar provimento ao recurso, mantendo-se incólume a sentença condenatória, não observando, portanto, o limite da condenação imposta em 2º Grau, no julgamento anterior – anulado pelo STJ –, no qual as penas haviam sido reduzidas, importando, assim, em inegável *reformatio in pejus* indireta.

A propósito:

Habeas corpus substitutivo ao recurso apropriado. Descabimento. Roubos majorados. Julgamento da apelação criminal anulada, em sede de *habeas corpus*. Novo julgamento. Majoração da reprimenda. *Reformatio in pejus* indireta. Ocorrência de ilegalidade manifesta. *Writ* concedido de ofício.

1. O entendimento desta Corte é no sentido de que “nos casos em que há a anulação da decisão recorrida por intermédio de recurso exclusivo da defesa ou por meio de impetração de *habeas corpus*, o órgão julgador que vier a proferir uma nova decisão ficará vinculado aos limites do que decidido no julgado impugnado, não podendo agravar a situação do acusado, sob pena de operar-se a vedada *reformatio in pejus indireta*” (HC n. 263.085-SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, DJe 26.2.2014).

2. *Habeas corpus* concedido, de ofício, para anular o julgamento da Apelação Criminal n. 993.08.005200-0, determinando-se a realização de novo julgamento, com a observância aos limites do artigo 617, do CPP (HC n. 193.717-SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Quinta Turma, julgado em 13.5.2014, DJe 19.5.2014).

Processo Penal. *Habeas corpus*. (1) Impetração substitutiva de recurso especial. Impropriedade da via eleita. (2) Prévia ordem concedida por esta Corte para anular o acórdão da apelação. Câmaras compostas majoritariamente por juízes convocados. Segundo julgamento. *Reformatio in pejus* indireta. Ilegalidade. Reconhecimento. (3) *Writ* não conhecido.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. A regra da proibição da *reformatio in pejus indireta* é apanágio da segurança jurídica, que confere ao cidadão o conforto normativo de que o exercício do direito de se insurgir, diante de uma situação processual consolidada para a acusação, não lhe acarretará futuro revés. *In casu*, tendo esta Corte anulado o acórdão da apelação, na segunda deliberação, não é possível a fixação de pena mais elevada, em razão de ter o Ministério Público se contentado com o patamar punitivo estabelecido na primeira deliberação.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para anular o segundo julgamento da apelação, determinando-se o seu refazimento,

respeitando-se os limites punitivos constantes da primeira assentada (HC n. 213.224-SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 10.12.2013, DJe 17.12.2013).

Ante o exposto, voto por não conhecer do *writ*. Concedo, todavia, *habeas corpus*, de ofício, para anular o segundo julgamento da apelação, a fim de outro seja realizado, observando o limite de pena imposto no primeiro julgamento do apelo defensivo.

Oficie-se à Ouvidoria deste Tribunal, informando o julgamento do presente *writ*.

HABEAS CORPUS N. 283.267-MS (2013/0391712-9)

Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz
Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul
Advogado: Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso do Sul
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul
Paciente: Misael Ibanhes de Oliveira

EMENTA

Habeas corpus. Tráfico de drogas. *Writ* substitutivo de recurso próprio. Desvirtuamento. Execução. Regime inicial fechado. Modo mais brando. Pretendida imposição. Impossibilidade. Recurso de apelação. Fundamentos novos. *Reformatio in pejus*. Não ocorrência. Manifesto constrangimento ilegal não evidenciado.

1. A proibição de reforma para pior garante ao recorrente, na espécie ora versada, o direito de não ter sua situação agravada, direta ou indiretamente. *Não obsta, entretanto, que o tribunal, para dizer o direito – exercendo, portanto, sua soberana função de juris dictio – encontre motivação própria, respeitados, insisto, a imputação deduzida pelo órgão de acusação, a extensão cognitiva da sentença impugnada e os limites da pena imposta no juízo de origem.*

2. Não há que se invalidar o julgamento de apelação em que o tribunal – *no exercício de sua jurisdição, obrigado, por imposição constitucional, a indicar as razões de sua convicção* (art. 93, inciso IX, da C.R.), e no âmbito da *devolutividade plena inerente ao recurso* em apreço – *melhor explicita* as circunstâncias judiciais reconhecidas de modo mais sucinto na sentença impugnada exclusivamente pela defesa, *respeitado o limite da pena fixada em primeiro grau e o espectro fático-jurídico sobre o qual se assentou a decisão recorrida*, para, ao final, manter o regime fechado para início do cumprimento da pena.

3. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, não conhecer da ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, vencidos a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior que concediam a ordem de ofício. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ-SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 7 de outubro de 2014 (data do julgamento).

Ministro Rogerio Schietti Cruz, Relator

DJe 1º.12.2014

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz: *Misael Ibanhes de Oliveira*, paciente neste *habeas corpus*, estaria sofrendo coação ilegal em seu direito de locomoção, em decorrência de acórdão proferido pelo *Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul* (Apelação Criminal n. 0056681-60.2012.8.12.0001).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 3 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no artigo 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (Processo n. 0056681-60.2013.8.12.0001).

A impetrante sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que deveria ser fixado ao paciente o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena, mesmo que a pena-base tenha sido fixada acima do mínimo legal.

Pondera que, não obstante o tribunal de origem haja mantido a imposição do regime inicial fechado com base na quantidade de drogas apreendidas, deixou de sopesar o fato de que quase todas as circunstâncias judiciais foram tidas como favoráveis ao paciente.

Requer a concessão da ordem, para que seja fixado o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena.

Não houve pedido de liminar.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus*.

VOTO

O Sr. Ministro Rogério Schietti Cruz (Relator): Preliminarmente, releva salientar que o Superior Tribunal de Justiça, na esteira do que vem decidindo o Supremo Tribunal Federal, não admite que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso próprio (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco à revisão criminal, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de *habeas corpus*.

Sob tais premissas, *não identifico suficientes razões*, na espécie, para engendrar a concessão, *ex officio*, da ordem.

I.

Pelos documentos trazidos à colação, verifico que, em primeiro grau, o paciente foi condenado à pena de 6 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, porque mantinha em depósito, para fins de comércio, 7.205 g (*sete mil, duzentos e cinco gramas*) de *maconha*, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Inconformada com a condenação, a defesa interpôs apelação ao tribunal de origem, à qual foi dado parcial provimento, apenas para aplicar em 1/2 a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006 e, conseqüentemente, reduzir a reprimenda do paciente para 3 anos de reclusão e pagamento de 600 dias-multa.

II.

O juiz sentenciante assim fundamentou a imposição do regime inicial *fechado* de cumprimento de pena (fl. 304):

Na forma do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, o tráfico ilícito de entorpecentes é considerado crime hediondo por equiparação, com incidência sobre a conduta da norma estipulada em seu § 1º, de modo que a pena privativa de liberdade deve ser cumprida inicialmente em regime fechado.

O tribunal de origem, por sua vez, manteve inalterada a fixação do modo inicialmente mais gravoso, consoante a seguir descrito (fl. 410):

Por fim, registra-se que, apesar da pena definitiva do acusado ter sido conduzida abaixo de quatro anos, o regime inicial de cumprimento de pena não deve ser alterado, tampouco a pena corporal deve ser convertida em restritiva de direitos, *em face da grande quantidade de droga apreendida*, nos termos do § 3º do art. 33, e art. 44, III, do Código Penal.

Imperioso salientar que, quando do julgamento do HC n. 111.840-ES, realizado em sessão extraordinária do dia 27.6.2012, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a nova redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, assim, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e de outros a eles equiparados.

Dessa forma, reconhecida a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/1990, a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da reprimenda imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto (como, por exemplo, a quantidade e a natureza de drogas apreendidas), para que, então, seja escolhido o regime carcerário que, à luz do disposto no artigo 33 e parágrafos do Código Penal, se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.

No caso dos autos, observo que o juiz sentenciante *deixou de apontar elementos concretos dos autos* (como a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, a natureza ou a quantidade de drogas apreendidas, por exemplo) que, à luz do artigo 33, § 3º, do Código Penal, efetivamente evidenciassem a necessidade de imposição do regime inicial fechado de cumprimento de pena.

Não obstante, verifico que a Corte estadual, quando do julgamento da apelação, manteve a imposição do regime inicial mais gravoso, em razão “da grande quantidade de droga apreendida” (fl. 410), qual seja, 7.205,0 g (*sete mil, duzentos e cinco gramas*) de maconha.

Nesse ponto, destaco que o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, ao manter o regime inicial fechado de cumprimento de pena, *não incorreu em violação à regra que veda a reforma da sentença para pior*.

III.

A proibição da *reformatio in pejus*, derivação da regra mais ampla do *favor rei* (LOZZI, Gilberto. *Favor rei e processo penale*. Milano, Giuffrè, 1968, p. 115), traduz-se na vedação a que, em recurso interposto exclusivamente pelo acusado, o Tribunal *a quo* agrave a situação do recorrente, em relação à decisão impugnada, aceita pelo acusador. Proíbe-se, outrossim, a *reformatio in pejus indireta*, para impedir que, nos casos em que a decisão impugnada pelo acusado seja anulada pelo tribunal, a nova decisão venha a ser mais gravosa aos interesses da defesa.

O princípio do *ne reformatio in pejus* é adotado, no plano dogmático, pela generalidade dos países ocidentais, sendo de destacar-se que, no Brasil, embora seja positivado no art. 617 do Código de Processo Penal, não encontra previsão constitucional.

Entendo que o verdadeiro fundamento do princípio em estudo reside em uma *opção de política criminal* do processo penal praticado hodiernamente, mais voltado à proteção do inocente do que à punição do acusado. Em verdade, antes do interesse do Estado em punir o infrator, encontra-se o interesse, do mesmo Estado, em tutelar a liberdade individual daquele que se encontra na posição de acusado.

Sob tal orientação finalística da atividade punitiva do Estado, e certo de que o direito de defesa encontra na possibilidade de recorrer uma de suas principais expressões, “(...) a proibição da *reformatio in pejus* se perfila como

indispensável premissa para dar efetividade ao direito” (MONTAGNA, Mariangela. *Divieto di reformatio in peius e appello incidentale*. IV: A. Gaito, (org.). *Le impugnazioni penali*. Torino: Utet, 1998, p. 377), pois a finalidade da impugnação é precisamente a de eliminar ou amenizar um precedente provimento que se mostre, ou se afirme, injusto manter.

Deveras, não pudesse o acusado, por temer o agravamento de sua situação penal e processual, livremente exercer a sua defesa, “com os meios e recursos a ela inerentes” (Constituição Federal, art. 5º, LV), ficaria tal direito esvaziado, gerando o trânsito em julgado de uma sentença que, ao menos para ele, como destinatário do comando judicial, materializou uma iniquidade.

Sem embargo, Julio MAIER (*Derecho procesal penal*. I. Fundamentos. 2. ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2002, p. 590) a despeito de referir que a Corte Suprema da Argentina tem afirmado, reiteradamente, que a proibição de *reformatio in peius* “*es también una garantía constitucional, cuya inobservancia afecta al debido proceso y lesiona el derecho de defensa del acusado*”, pontua que a regra proibitiva de reforma para pior da sentença decorre do princípio acusatório e seus consectários lógicos, entre os quais os que se expressam nos seguintes aforismos: *nemo iudex sine actore; ne procedat iudex ex officio; sententia debet esse conformis libello; ne eat iudex extra et ultra petita partium*.

Fica evidenciado, em cada um desses renomados doutrinadores, que o princípio do *ne reformatio in peius* tem por objetivo impedir que, em recurso exclusivo da defesa, *o réu tenha agravada a sua situação*, no que diz respeito à pena que lhe foi impingida no primeiro grau de jurisdição.

Em nenhum desses estudos, porém, se faz qualquer referência à proibição de que, em impugnação contra sentença condenatória, possa o órgão de jurisdição superior, no exercício de sua competência funcional, agregar fundamentos à sentença recorrida, quer para aclarar-lhe a compreensão, quer para conferir-lhe melhor justificação.

Logo, *não há impedimento a que, sem agravamento da situação penal do réu, o tribunal a quem se devolveu o conhecimento da causa, por força de recurso (apelação ou recurso em sentido estrito) manejado tão somente pela defesa, possa emitir sua própria e mais apurada fundamentação sobre as questões jurídicas ampla e dialeticamente debatidas no juízo a quo, objeto da sentença impugnada no recurso*.

Não me refiro, evidentemente, aos casos – que têm merecido o correto repúdio do STJ e do STF – nos quais, em ação de *habeas corpus*, o tribunal supre o vício formal da decisão do juiz de origem, para acrescentar fundamentos que,

v.g., venham a demonstrar a necessidade concreta de uma prisão preventiva. Em hipóteses tais, tem-se entendido que “os argumentos trazidos no julgamento do *habeas corpus* original pelo Tribunal *a quo*, tendentes a justificar a prisão provisória, não se prestam a suprir a deficiente fundamentação adotada em primeiro grau, sob pena de, em ação concebida para a tutela da liberdade humana, legitimar-se o vício do ato constritivo ao direito de locomoção do paciente” (RHC n. 45.748-MG, de minha relatoria, DJe 26.5.2014).

Aqui está-se a cuidar de hipótese distinta, qual seja, recurso de apelação, contra sentença condenatória, em que se discute a validade da fundamentação do acórdão proferido pelo tribunal, para confirmar, com novos argumentos, a dosimetria da pena impingida em primeiro grau.

A proibição de reforma para pior garante ao recorrente, na espécie ora versada, o direito de não ter sua situação agravada, direta ou indiretamente. *Não obsta, entretanto, que o tribunal, para dizer o direito – exercendo, portanto, sua soberana função de juris dictio – encontre motivação própria, respeitados, insisto, a imputação deduzida pelo órgão de acusação, a extensão cognitiva da sentença impugnada e os limites da pena imposta no juízo de origem.*

Nesse sentido grassam diversos julgados dos tribunais superiores, notadamente em tema de *individualização da pena*, em que, não raro, o tribunal, em recurso exclusivo da defesa, de fundamentação livre e de efeito devolutivo amplo, encontra outros fundamentos em relação à sentença impugnada, não para prejudicar o recorrente, mas para manter-lhe a reprimenda imposta no juízo singular, *sob mais qualificada motivação.*

Já se chegou a sustentar, no Supremo Tribunal Federal, a possibilidade até mesmo de substituição de uma circunstância por outra para manter a pena fixada em primeiro grau. Confira-se:

(...) II. Apelação criminal: individualização da pena: devolução ampla. *A apelação da defesa devolve integralmente o conhecimento da causa ao Tribunal, que a julga de novo, reafirmando, infirmando ou alterando os motivos da sentença apelada, com as únicas limitações de adstringir-se à imputação que tenha sido objeto dela* (cf. Súmula n. 453) e de não agravar a pena aplicada em primeiro grau ou, segundo a jurisprudência consolidada, piorar de qualquer modo a situação do réu apelante. Insurgindo-se a apelação do réu contra a individualização da pena, não está, pois, o Tribunal circunscrito ao reexame dos motivos da sentença: reexamina a causa, à luz do art. 59 e seguintes do Código, e *pode, para manter a mesma pena, substituir por outras as circunstâncias judiciais ou legais de exasperação* a que a decisão de primeiro grau haja dado relevo.

(HC n. 76.156-SP, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, j. 31.3.1998, Primeira Turma DJ 8.5.1998 pp-00004, destaquei.)

Em seu voto, seguido à unanimidade, o Ministro Relator assentou que a) “a apelação da defesa devolve integralmente o conhecimento da causa ao Tribunal, que a julga de novo, reafirmando, infirmando ou alterando os motivos da sentença apelada, com as únicas limitações de adstringir-se à imputação que tenha sido objeto dela (cf. Súmula n. 453) e de não agravar a pena aplicada em primeiro grau ou, segundo a jurisprudência consolidada, piorar de qualquer modo a situação do réu apelante”; b) “[s]e se insurge a apelação da defesa contra a individualização da pena, não está, pois, o Tribunal circunscrito ao reexame dos motivos da sentença: reexamina a causa, à luz do art. 59 e seguintes do Código, e pode, para manter a mesma pena, substituir por outras as circunstâncias judiciais ou legais de exasperação a que a decisão de primeiro grau haja dado relevo” e c) “a restrição a observar no ponto é que as novas circunstâncias do fato hão de estar explícitas ou implicitamente contidas na acusação, o que, no caso, parece indiscutível”.

O exemplo, a meu sentir, foi mais longe do que admite a proibição de reforma para pior. Sem embargo, em outros arestos mais recentes, da relatoria da Ministra Cármen Lúcia, admitiu-se expressamente a suplementação de fundamentos pelo tribunal *ad quem*:

EMENTA: *Habeas corpus*. Constitucional. Penal e Processual Penal. Tráfico de entorpecentes. Incidência da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Alegação de motivação inidônea da sentença penal condenatória e de *reformatio in pejus*. Pedido de fixação da minorante no patamar máximo e de consequente substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito. Efeito devolutivo do recurso de apelação. Correta análise das circunstâncias fáticas na segunda instância. Ordem denegada.

1. Não se comprova a presença de constrangimento ilegal a ferir direito da Paciente nem ilegalidade ou abuso de poder a ensejar a concessão da presente ordem de *habeas corpus*.

2. Ainda que em recurso exclusivo da defesa, o efeito devolutivo da apelação autoriza o Tribunal a rever os critérios de individualização definidos na sentença penal condenatória para manter ou reduzir a pena, limitado tão-somente pelo teor da acusação e pela prova produzida.

3. Inexistência de *reformatio in pejus* e inviabilidade do pedido de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

4. Ordem denegada. (HC n. 101.917-MS, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ªT., DJe-026 9.2.2011)

1. Não se comprova a presença de constrangimento ilegal a ferir direito do Paciente nem ilegalidade ou abuso de poder a ensejar a concessão da presente ordem de *habeas corpus*.

2. Ainda que em recurso exclusivo da defesa, o efeito devolutivo da apelação autoriza o Tribunal a rever os critérios de individualização definidos na sentença penal condenatória para manter ou reduzir a pena, limitado tão-somente pelo teor da acusação e pela prova produzida. 3. Inexistência de *reformatio in pejus*. (...)

(HC n. 106.113-MT Relator(a): Min. Cármen Lúcia j. 18.10.2011, 1ªT., DJe-022, 1º.2.2012. No mesmo sentido, HC n. 99.972-PR Relator(a): Min. Cármen Lúcia j. 9.8.2011, 1ªT., Publicação DJe-175, 13.9.2011, destaquei).

A relatora deixou claro em seu voto que, “para se cogitar da *reformatio in pejus*, a decisão do Tribunal de Justiça mato-grossense teria que reconhecer, em desfavor do Paciente, circunstância fática não reconhecida em primeiro grau, de modo que o recurso da defesa causaria prejuízo ao Paciente, o que, indubitavelmente, não aconteceu, conforme antes demonstrado.”

Também aqui no *Superior Tribunal de Justiça*, por ambas as turmas, a questão tem sido enfrentada. Um exemplo, em sentido contrário à possibilidade do acréscimo de fundamentação em julgamento de apelação, é o seguinte julgado, ao qual, sem maior reflexão, então aderi:

(...) 2. O acórdão de apelação que, julgando recurso exclusivo da defesa, agrega novos fundamentos ao decisum condenatório, reconhecendo o furto consumado não considerado pelo Magistrado sentenciante, incorre em *reformatio in pejus*.

3. O pedido de relaxamento da prisão provisória está prejudicado, tendo em vista o trânsito em julgado da condenação. 4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para reduzir a reprimenda para 1 (um) ano, 9 (nove) meses e 23 (vinte e três) dias de reclusão, além do pagamento de 11 (onze) dias-multa. Mantidos os demais termos do acórdão vergastado. HC n. 223.524-SP, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ªT., j. 19.9.2013, DJe 27.9.2013. No mesmo sentido, HC n. 207.366-RS, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 19.10.2011, HC n. 201.453-DF, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 21.3.2012 e REsp n. 1.117.700-ES, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 28.8.2013).

A seu turno, confira-se o seguinte aresto, permissivo ao afastamento da incidência da *reformatio in pejus*, em *habeas corpus* relatado pelo Ministro Sebastião Reis Júnior:

(...) 1. O princípio da “ne *reformatio in pejus*” não vincula o Tribunal aos critérios e fundamentos adotados pelo Juízo monocrático, mas apenas o impede de agravar a

situação do réu (HC n. 88.952, Quinta Turma, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJ 10.12.2007). 2. A fixação de regime prisional mais gravoso foi fundamentada de forma concreta e adequada com base no “modus operandi” do crime e no concurso de elevado número de agentes, circunstâncias que evidenciam a elevada reprovabilidade da ação, bem como a periculosidade acentuada do paciente. 3. Ordem denegada. (HC n. 218.858-SP, Relator(a) Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ªT., j. 6.3.2012, DJe 26.3.2012, destaquei).

Observo, outrossim, que a *Sexta Turma*, em julgamento do HC n. 68.220-PR (DJe 9.3.2009), relatado pelo Ministro Nilson Naves, acompanhado, unanimemente, pelos Ministros Paulo Gallotti, Maria Thereza de Assis Moura, Og Fernandes e Jane Silva (Desembargadora convocada do TJMG), afastou a alegação de violação à proibição de reforma em prejuízo da parte, relativamente à fundamentação – mais extensa e minuciosa – empreendida pelo tribunal de origem, na individualização da pena imposta em primeiro grau, objeto de recurso exclusivo do réu.

Em seu voto, o Ministro Nilson Naves bem ponderou que:

Corretamente também lá se procedeu quanto à culpabilidade e às circunstâncias: primeiro, porque de ambas obviamente havia tratado a sentença; segundo, porque incensurável se me afigura o discurso do acórdão quanto à valoração das duas circunstâncias, isto é, foram elas, a meu ver, satisfatoriamente fundamentadas. Há, no pormenor, efetiva, racional e lógica motivação. Se é possível dela discordar – e creio até que sim, no plano das idéias, das convicções, da filosofia, etc. –, a discordância daí advinda não implica em mudança do que lá se decidiu, porque lá se decidiu também segundo lógico raciocínio.

Por sua vez, a *Quinta Turma* perfila entendimento de que a proibição da reforma para pior *não impede a inovação de fundamentos pelo tribunal* ad quem, *desde que mantida, obviamente, a pena imposta na instância original*. Confirmam-se os seguintes arestos, com meu destaque:

(...)

II - *O princípio da “ne reformatio in pejus” não vincula o Tribunal aos critérios e fundamentos adotados pelo Juízo monocrático*, mas apenas o impede de agravar a situação do réu’ (HC n. 88.952, 5ª T., Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ de 10.12.2007).

III - Na espécie, o fato de e. Tribunal *a quo* ter se valido de fundamentos diversos para manter a r. sentença condenatória quanto à fração de 1/6 (um sexto), relativa à minorante do art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006, não implica ofensa ao princípio da “ne reformatio in pejus”, porquanto não houve agravamento na situação do

réu. (...) Ordem denegada. HC n. 133.127-SP Relator(a) Ministro *Felix Fischer*, 5ªT., 8.9.2009, DJe 13.10.2009

(...)

1. Realça-se a incidência da Súmula n. 284-STF na hipótese de simples alegação de violação genérica de preceitos infraconstitucionais, desprovida de fundamentação que demonstre a efetiva ofensa dos dispositivos legais pelo Tribunal de origem, não sendo, portanto, suficiente para fundamentar recurso especial.

2. *Mantido o quantum no mesmo patamar adotado pelo juízo monocrático, não há falar em ofensa ao princípio da vedação da "reformatio in pejus", diante da adoção de novos fundamentos a embasar a condenação.*

3. *"Segundo o princípio da 'ne reformatio in pejus', o juízo 'ad quem' não está vinculado aos fundamentos adotados pelo juízo 'a quo', somente sendo obstado no que diz respeito ao agravamento da pena, inadmissível em face de recurso apenas da Defesa. Inteligência do art. 617 do Código de Processo Penal" (HC n. 142.443-SP, Rel. Ministra *Laurita Vaz*, 5ªT., julgado em 15.12.2011, DJe 2.2.2012).*

4. Agravo regimental não provido. AgRg no AREsp n. 62.070-MG, Relator Ministro *Jorge Mussi*, 5ªT., j. 15.10.2013, DJe 23.10.2013; no mesmo sentido, no que diz respeito à tese jurídica, HC n. 260.934-RJ, Relator Ministro *Marco Aurélio Bellizze*, j. 23.4.2013, DJe 29.4.2013).

(...)

1. Conforme já se manifestou esta Corte Superior de Justiça, "[o] princípio da *ne reformatio in pejus* não vincula o Tribunal aos critérios ou fundamentos adotados pelo Juízo monocrático, mas apenas o impede de agravar a situação do réu" (HC n. 88.952-SC, 5ª T., Rel. Min. *Napoleão Nunes Maia Filho*, DJ de 10.12.2007).

2. Na hipótese, *embora a Corte de origem tenha acrescentado fundamento não utilizado na decisão de primeiro grau para afastar a incidência da causa de diminuição de pena pleiteada pelo ora Paciente, a situação do Réu não foi agravada, pois, com o desprovimento da apelação defensiva, manteve-se inalterada a sentença condenatória. Ausente, portanto, a arguida reformatio in pejus.*

3. Ordem de *habeas corpus* denegada. HC n. 215.333-MT, Relator(a) Ministra *Laurita Vaz*, 5ªT., 21.5.2013, DJe 28.5.2013. No mesmo sentido, HC n. 187.635-MS, Relator(a) Ministra *Marilza Maynard* Desembargadora convocada do TJ-SE), 5ªT., 14.5.2013, DJe 20.5.2013 e HC n. 236.211-RS Relator(a) Ministra *Marilza Maynard* (Desembargadora convocada do TJ-SE), 5ªT., 7.5.2013, DJe 10.5.2013.

De todo modo, registro que, em sessão de julgamento ocorrida no dia 4.9.2014, esta colenda Sexta Turma, ao julgar os HHCC n. 254.070-SP (à unanimidade) e 275.110-SP (por maioria), ambos de minha relatoria, reconheceu

a possibilidade de o tribunal suplementar a fundamentação do juiz de primeiro grau, em recurso exclusivo da defesa. Confira-se a ementa do acórdão (ainda não publicado):

*Habeas corpus. Tráfico de drogas. Writ substitutivo de recurso próprio. Desvirtuamento. Execução. Regime inicial de cumprimento de pena. Progressão concedida pelo Juízo das Execuções Criminais. Pleito prejudicado. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Vedação legal. Artigo 44 da nova Lei de Drogas. Declaração de inconstitucionalidade incidental pelo Supremo Tribunal Federal. Permuta em tese admitida. Recurso de apelação. Fundamentos novos. *Reformatio in pejus*. Não ocorrência. Artigo 44 do Código Penal. Requisitos. Ausência de preenchimento. Natureza e quantidade de drogas apreendidas. Direito de recorrer em liberdade. Trânsito em julgado da condenação. Prisão-pena. Manifesto constrangimento ilegal não evidenciado.*

1. Uma vez concedida, pelo Juízo das Execuções Criminais, a progressão da paciente ao regime aberto, resta superada a pretendida fixação do modo inicial mais brando de cumprimento de pena. Precedentes.

2. Diante da declaração de inconstitucionalidade, pela Corte Suprema, da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como da expressão “vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”, contida no artigo 44 do mesmo diploma normativo, mostra-se possível, em princípio, proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados pela prática do crime de tráfico de drogas, mesmo que perpetrado já na vigência da Lei n. 11.343/2006.

3. A proibição de reforma para pior garante ao recorrente, na espécie ora versada, o direito de não ter sua situação agravada, direta ou indiretamente. *Não obsta, entretanto, que o tribunal, para dizer o direito – exercendo, portanto, sua soberana função de juris dictio – encontre motivação própria, respeitada, insisto, a imputação deduzida pelo órgão de acusação, a extensão cognitiva da sentença impugnada e os limites da pena imposta no juízo de origem.*

4. Não há que se invalidar o julgamento de apelação em que o tribunal – no exercício de sua jurisdição, obrigado, por imposição constitucional, a indicar as razões de sua convicção (art. 93, inciso IX, da C.R.), e no âmbito da *devolutividade plena* inerente ao recurso em apelo – explicitou as circunstâncias judiciais reconhecidas de modo sucinto na sentença impugnada exclusivamente pela defesa, sendo certo que respeitou o limite da pena fixada em primeiro grau e o espectro fático-jurídico sobre o qual se assentou a decisão recorrida.

5. Não há constrangimento ilegal no ponto em que foi negada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em *razão da natureza e da quantidade de drogas* apreendidas (60 pinos de cocaína), consoante o disposto no inciso III do artigo 44 do Código Penal.

6. Transitada em julgado a condenação da paciente, resta superada a análise da eventual presença dos fundamentos ensejadores da custódia preventiva (artigo 312 do Código de Processo Penal), por tratar-se, agora, de prisão-pena e não mais de prisão processual.

7. *Habeas corpus* não conhecido.

À vista dessas ponderações e com lastro nos inúmeros precedentes citados, tanto desta Corte Superior quanto do Supremo Tribunal Federal, não vejo por que invalidar o julgamento de apelação em que o tribunal – no exercício de sua jurisdição, obrigado, por imposição constitucional, a indicar as razões de sua convicção (art. 93, inciso IX, da C.R.), e no âmbito da devolutividade plena inerente ao recurso em apreço – melhor explicitou as circunstâncias judiciais reconhecidas de modo mais sucinto na sentença impugnada exclusivamente pela defesa, sendo certo que respeitou o limite da pena fixada em primeiro grau e o espectro fático-jurídico sobre o qual se assentou a decisão recorrida, *para, ao final, manter o regime fechado para início do cumprimento da pena.*

IV.

Dessa forma, embora no caso a Corte estadual tenha mencionado fundamentos não utilizados pelo juiz sentenciante para manter o regime inicial fechado de cumprimento de pena – quais sejam, a apreensão de grande quantidade de drogas (mais de 7 quilos) –, verifico que *a situação do paciente não foi, direta ou indiretamente, agravada*, pois, com o improvimento do recurso de apelação nesse ponto, manteve-se inalterada a sentença condenatória.

Assim, conquanto o paciente tenha sido condenado a reprimenda inferior a 8 anos de reclusão, entendo que referidas circunstâncias, somadas às peculiaridades do caso concreto (em especial, à existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal), evidenciam que o regime inicial fechado é, realmente, o que se mostra o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.

V.

À vista do exposto, *não conheço do habeas corpus* e, examinando seu conteúdo, não identifico constrangimento ilegal que pudesse me levar a, *ex officio*, conceder a ordem postulada.

VOTO VENCIDO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: O ilustre Relator, Ministro Rogério Schietti Cruz, assim sumariou a controvérsia:

Misael Ibanhes de Oliveira, paciente neste *habeas corpus*, estaria sofrendo coação ilegal em seu direito de locomoção, em decorrência de acórdão proferido pelo *Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul* (Apelação Criminal n. 0056681-60.2012.8.12.0001).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 3 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no artigo 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (Processo n. 0056681-60.2013.8.12.0001).

A impetrante sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que deveria ser fixado ao paciente o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena, mesmo que a pena-base tenha sido fixada acima do mínimo legal.

Pondera que, não obstante o tribunal de origem haja mantido a imposição do regime inicial fechado com base na quantidade de drogas apreendidas, deixou de sopesar o fato de que quase todas as circunstâncias judiciais foram tidas como favoráveis ao paciente.

Requer a concessão da ordem, para que seja fixado o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena.

Não houve pedido de liminar.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus*.

Sua Excelência entendeu que não há *reformatio in pejus* se, em recurso exclusivo da defesa, o Tribunal de origem, ao manter o regime mais gravoso (fechado), acrescenta fundamento (grande quantidade de droga apreendida).

O voto do Relator foi acompanhado pelo Ministro Nefi Cordeiro e pelo Ministro Ericson Maranhão, Desembargador convocado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Ouso divergir, contudo, por entender que há reforma para pior.

Em recurso exclusivo da defesa não pode o Tribunal de Justiça, ainda que tenha reduzido a reprimenda final, manter o regime mais gravoso com acréscimo de fundamento que não foi aventado pelo juízo de primeiro grau.

In casu, a nuance da quantidade de drogas não foi levada em conta pelo magistrado singular para fixar o regime fechado, mas apenas e tão-somente

invocou a hediondez do delito, já superada, como é cediço. Cabia, então, ao colegiado *ad quem*, ao julgar a apelação da defesa, constatando que o fundamento era inidôneo, fixar o regime consentâneo com a quantidade de pena final encontrada (três anos de reclusão) e com as circunstâncias judiciais e não suprir a omissão do primeiro grau, sob pena, penso, de incorrer em *reformatio in pejus*, no particular.

Ante o exposto, não conheço da impetração, mas concedo a ordem, *ex officio*, para fixar o regime semiaberto.

É como voto.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 41.316-SP (2013/0330658-0)

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Recorrente: Josmar Alves Dias

Advogados: Marcela Moreira Lopes

Paola Martins Forzenigo

Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA

Processual Penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Roubo circunstanciado. Explosão. Artigo 16, *caput*, c.c. o artigo 20, ambos da Lei n. 10.826/2003. Mandado de busca e apreensão. Fundamentação. Exauriente requerimento policial. Manifestação ministerial. Referências. *Per relationem*. Autorização judicial. Eiva. Inexistência. Condução da medida. Corregedoria da Polícia Militar. Ilegitimidade. Não ocorrência. Supervisão da autoridade policial. Cumprimento do mandado. Subscrição do auto pela advogada. Inércia. Posterior alegação de nulidade. Violação da boa-fé objetiva: proibição do *venire contra factum proprium*. Armas e munições estranhas ao crime objeto do mandado de busca e apreensão. Encontro fortuito. Novel delito. Infração de cunho permanente. Flagrante. Possibilidade. Constrangimento ilegal. Inexistência. Recurso desprovido.

1. Determinada a expedição do mandado de busca e apreensão sob singelas linhas, em boa verdade, não se vislumbra eiva em seu teor, eis que se reportou ao exauriente requerimento policial, bem como à manifestação ministerial, em franca motivação *per relationem*, e se atendeu ao previsto no artigo 243 do Código de Processo Penal, citando-se, ainda, o disposto no artigo 240, § 1º, alíneas **b**, **e** e **h**, do Estatuto Processual Repressivo, com especial menção ao fato de a autoridade policial “proceder à apreensão de qualquer elemento de convicção”, ou seja, o juiz agregou tópicos outros, não se circunscrevendo a mera referência aos requerimentos.

2. Não obstante a estruturação das polícias com a atribuição de especialidades para cada órgão, nos termos do artigo 144 da Constituição Federal, a segurança pública é dever do Estado e responsabilidade de todos, exercida para a preservação da ordem pública, escopo comum a todos os entes policiais.

3. Não se configura qualquer pecha no cumprimento da medida por policiais militares da Corregedoria Militar, pois o suspeito é policial militar e a diligência foi precedida de requerimento do *Parquet* e autorização judicial, culminando pela supervisão da autoridade policial, delegado da polícia civil, que inclusive lavrou o auto de exibição e apreensão.

4. Inaceitável que a defesa avenge a tese de nulidade após quedar-se inerte no transcurso do cumprimento do mandado de busca e apreensão, subscrevendo o auto, não se insurgindo pela forma como conduzido.

5. A relação processual é pautada pelo princípio da boa-fé objetiva, da qual deriva o subprincípio da vedação do *venire contra factum proprium* (proibição de comportamentos contraditórios). Assim, diante de um tal comportamento sinuoso, não dado é reconhecer-se a nulidade.

6. Embora o escopo do mandado de busca e apreensão não fosse a localização de armas e munições, eis que somente se almejou detectar o artefato belicoso empregado no crime de roubo circunstanciado, descrito no requerimento policial, encontrando-se fortuitamente os objetos citados, indicativos de outro delito, de cunho permanente, possível se mostra o flagrante pelos policiais, que não se descuraram

da sua função pública, atuando prontamente ao descobrir novel crime quando em busca de elementos delitivos de outro feito.

7. Recurso a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogério Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ-SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 20 de novembro de 2014 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

DJe 12.12.2014

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Cuida-se de recurso em *habeas corpus*, com pedido liminar, interposto por *Josmar Alves Dias*, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC n. 0063722-57.2013.8.26.0000).

Consta dos autos que foi expedido mandado de busca e apreensão, no seio da Ação Penal n. 0000657-97.2012.8.26.0655 (Controle n. 47/2012 - da 2ª Vara Criminal da Comarca de Várzea Paulista-SP), mas, em razão das armas e cartuchos encontrados na residência do ora recorrente, iniciou-se outra ação penal, de n. 000771-36.2012.8.26.0655.

Insatisfeita, a defesa impetrou prévio *habeas corpus* perante o tribunal de origem, alegando a ausência de fundamentação da decisão que determinou a medida cautelar. Contudo, a ordem foi denegada, em acórdão assim sintetizado (fl. 29):

Habeas corpus. Nulidade da decisão que determinou busca e apreensão em domicílio. Inocorrência. Delito de porte de arma de uso restrito. Crime que nesta modalidade é permanente. Enquanto não cessada a permanência permite-se a

prisão em flagrante. Inteligência do artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal. Desnecessidade de autorização judicial. Presença de situação de flagrante autorizadora *per si* da entrada no domicílio. Ordem denegada.

Na presente irresignação, alega o recorrente que o juízo de primeiro grau, ao decretar a busca e apreensão, não mencionou os motivos e os fins da diligência e sequer especificou os objetos a serem procurados, relevantes para a investigação, configurando-se um mandado genérico.

Invoca o disposto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal e artigo 243 do Código de Processo Penal.

Aduz que o mandado foi cumprido por membros da Corregedoria da Polícia Militar, em clara usurpação das funções da Polícia Civil, responsável pelas investigações e pelo pedido de busca.

Sustenta que o aresto impugnado assentou-se em duas premissas falsas: (i) a de que o recorrente estaria em situação de flagrância quando os policiais realizaram a busca em sua residência, o que legitimaria a entrada sem ordem judicial; e (ii) a busca e apreensão se justifica porque inserida na mesma decisão que determinara a prisão do ora recorrente em razão da prática do crime de roubo.

Consigna que os policiais sequer tinham conhecimento do que buscavam.

Assere que a situação de flagrância “se verificou após a invasão ilegal do domicílio, ao encontrarem as armas” (fl. 48) e que o tribunal de origem já reconheceu a ilegalidade do decreto de prisão.

Enaltece que a acusação pelo delito de roubo, por si só, não justifica e nem autoriza, automaticamente, uma busca e apreensão.

Sublinha que, da leitura do *decisum* deferitório da constrição, apura-se que “não há qualquer motivação para a realização da diligência e tampouco menção ao delito para o qual se buscavam provas relacionadas, como também não foi feita qualquer delimitação ou mesmo referência a objeto a serem buscados e apreendidos” (fl. 43).

Reitera a alegação de ausência de fundamentação idônea do mandado de busca e apreensão, o que caracteriza sua ilegalidade.

Requer, liminarmente, o sobrestamento da Ação Penal n. 0000771-36.2012.8.26.0655 (n. 52/2012) até o julgamento deste recurso. No mérito, pretende seja reconhecida a “ilicitude e nulidade da decisão que determinou

a busca e apreensão” (fl. 53), originada nos autos da Ação Penal n. 0000657-97.2012.8.26.0655 (n. 47/2012), que deu origem à Ação Penal n. 0000771-36.2012.8.26.0655.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 67-69), sendo solicitadas informações ao juízo de primeiro grau, juntadas às fls. 86-87 e 96-118.

Requestada a reconsideração do pleito preambular, sob a assertiva de que o recurso ordinário não seria intempestivo, restou reconhecida a tempestividade recursal mas indeferida a reapreciação do *decisum* às fls. 80-82.

Com vista dos autos, o Ministério Público Federal opinou, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral Maria Silvia de Meira Luedemann (fls. 91-93), pelo não conhecimento do recurso.

Notícias colhidas no sítio do Tribunal de origem dão conta de que o feito referente ao crime de roubo circunstanciado encontra-se em curso, sendo realizada audiência de instrução e julgamento e estando os autos conclusos ao juiz (fls. 120-125).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): A questão trazida a deslinde na presente impetração cinge-se à ausência de fundamentação idônea para o mandado de busca e apreensão, o indevido flagrante após o cumprimento de ordem ilegal e a ilegitimidade da polícia militar para cumprir o mandado.

Nesse contexto, apercebe-se que, ao requestar a expedição da prisão temporária do acusado e do mandado de busca e apreensão, a autoridade policial assim se pronunciou, na data de 1º.2.2012, *verbis* (fls. 53-55 - Apenso I):

(...)

Dos Fatos

No dia 18 de janeiro de 2011, por volta de 2h40min, na Av. Fernão Dias Paes Leme, 819 - Várzea Paulista, pelo menos três pessoas explodiram o caixa eletrônico do Banco do Brasil, subtraindo certa quantia em dinheiro ainda, não informada pela agência bancária.

Da Apuração Preliminar

Durante a ação criminosa, enquanto pelo menos um marginal se encarregava do entrar na agência bancária, preparar o dispositivo explosivo e detonar a explosão, outros dois indivíduos armados faziam a vigilância externa do lado de fora, próximo ao Posto de combustível São José, do outro lado da via pública.

Em determinado momento, conforme se vê nas imagens gravadas pelo circuito externo do Auto Posto São José, quando um dos funcionários do referido estabelecimento se levanta para verificar o motivo do barulho que vinha da direção da agência bancária, rapidamente os dois indivíduos armados saem de trás de um caminhão e vão de encontro aos funcionários, rendendo-os sob a ameaça de pistolas.

Segundo os funcionários, antes da abordagem efetuam dois disparos, cujas cápsulas não foram localizadas, provavelmente, para impedirem a eventual evasão dos funcionários.

Logo após a explosão, deixam os dois funcionários rendidos e deitados no chão e fogem do local pelo mesmo caminho que fizeram ao chegarem, tomando o cuidado de se esconderem quando percebem a passagem de um ônibus. Nessa ação subtraem o celular de um dos funcionários do Auto Posto.

Durante a instrução dos autos, duas testemunhas foram ouvidas e disseram ter visto horas antes, em um Posto desativado, dois veículos, cujos ocupantes agiam de modo suspeito. De acordo com tais testemunhas, um dos veículos era um Ford KA de cor prata 'desbotado', cujas placas não foram anotadas e o outro era um GM-Astra, (...), cuja pesquisa revelou estar registrado em nome da Igreja Universal.

Outra testemunha foi ouvida nos autos sob a proteção do Provimto n. 00-32/00 e afirmou ter reconhecido nas imagens do Auto Posto São José, um dos marginais que teria rendido os seus funcionários. Apesar dos marginais estarem disfarçados com capuz, referida testemunha mostrou muita confiança ao afirmar que o conhecia pela postura, modo de andar, mania de cocar a cabeça e porte físico (alto e meio corcunda) e pelas roupas que usava.

Tal testemunha apontou a pessoa como sendo o policial militar *Josmar Alves Dias*, qualificado através de ofício enviado pela Polícia Militar, em resposta à indagação desta autoridade policial.

Também foi informado pela Polícia Militar que outro policial militar, também lotado na cidade de Várzea Paulista possui um veículo Ford KA de cor prata "desbotado".

Não podemos afirmar por enquanto, que o veículo seja o mesmo, contudo, as duas informações coincidem e convergem para a participação de policiais militares no roubo em investigação.

Do Pedido:

Diante do exposto, requeiro a Vossa Excelência, ouvido o digno representante do Ministério Público:

1. A decretação da prisão temporária, nos termos do artigo 1º, inciso I e III, letra **c** da Lei n. 7.960/1989, por cinco dias, prorrogável por igual período, com a expedição dos respectivos mandados de "prisão" sem prazo fixado para o seu cumprimento, para que possamos cumpri-los no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas, conforme prevê o artigo 2º, inciso II da Lei n. 9.034/1995 (ação controlada - organização criminosa) de:

Josmar Alves Dias, (...) policial militar, (...)

A expedição de mandado de busca domiciliar nos termos do artigo 240, parágrafo 1º, letras **b, d, e, f e h** c.c. artigo 243 e 250, cujo cumprimento obedecerá as formalidades do artigo 250, lavrando-se no final da diligência o auto circunstanciado, na forma do parágrafo 7º do artigo 245 do Código de Processo Penal, com a expedição dos mandados de busca sem prazo fixado para o seu cumprimento, para que possamos cumpri-los no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas, conforme prevê o artigo 2º, inciso II, da Lei n. 9.034/1995 (ação controlada - organização criminosa), *com o objetivo de proceder busca no endereço do policial militar acima (...), extensivo ao seu armário pessoal, junto ao 49º BPM-I, com o objetivo de encontrar a arma usada no crime (pistola de aço inox), o par de tênis branco com detalhes preto no calcanhar, a calça de agasalho cor cinza ou preto com listra branca, a camiseta nas cores cinza ou preta com detalhe em vermelho e a touca ninja, usadas durante o crime, conforme imagens gravadas, para posterior comparação.*

(...)

Já o *Parquet* encampou o dito sob estes termos (fl. 57 - Apenso I):

Esta Promotoria de Justiça concorda com o pedido de prisão temporária de *Josmar Alves Dias*, pelo prazo de 05 (cinco) dias.

Conforme indícios colhidos nestes autos de inquérito policial, o investigado está envolvido, em pelo menos um, crime de roubo à caixa eletrônico ocorrido neste Município e Comarca de Várzea Paulista. Ao que consta, o apontado autor faz parte do crime organizado especializado em delitos desta natureza.

Segundo consta dos autos, o investigado foi reconhecido nas imagens do Auto Posto São José como sendo um dos autores do delito, conforme se verifica de fls. 40.

Pelo exposto, para direcionamento das investigações, nada tenho, a opor, nos termos da Lei n. 7.960/1989, seja decretada a prisão temporária do apontado investigado. No mesmo sentido, não me oponho à expedição de Mandado de Busca e Apreensão, nos termos do requerido pela autoridade policial (fls. 49), determinando-se a remessa posterior de auto circunstanciado.

Por fim, observo que há nestes autos de I.P. testemunha protegida pelo Provimento n. 32/00. Assim, requeiro à zelosa Serventia que providencie a retirada

da qualificação da referida testemunha, cujo depoimento encontra-se a fls. 41, guardando-o em pasta própria.

Após a manifestação favorável do Ministério Público (fl. 57 - Apenso I), o magistrado singular assim decidiu (fls. 58-59 - Apenso I):

1. *Atendendo à representação da Autoridade Policial, ao parecer do Ministério Público e havendo fundados indícios de o representado ter praticado, em tese, o crime de roubo, e diante da imprescindibilidade da custódia provisória para as investigação policial, decreto a prisão temporária de Josmar Alves Dias com fundamento no art. 1º, incisos 1 e 111, da Lei n. 7.960/1989. Nos termos do art. 2º, parágrafo 4º, da lei n. 7.960/1989, c.c. art. 2º, parágrafo 3º, da Lei n. 8.072/1990, expeça-se mandado de prisão temporária, pelo prazo de 05 (cinco) dias, prorrogável por igual período.*

Anote-se no mandado que o preso temporário, a quem a autoridade Policial informará os direitos constitucionais, de acordo como o art. 2º, parágrafo 6º da Lei mencionada, deverá obrigatoriamente permanecer separado dos demais detentos, segundo o art. 3º da mesma lei, bem como que, decorrido o prazo de detenção temporária, deverá ele ser imediatamente colocado em liberdade.

Determino nos termos do art. 240, parágrafo 1º, alíneas **b, e e h**, do Código de Processo Penal, a busca no citado endereço, a fim de se proceder à apreensão de qualquer elemento de convicção.

A Autoridade Policial deverá atentar para as formalidades descritas no art. 245, do Código de Processo Penal - especialmente seu parágrafo 7º, bem como para o disposto no art. 248 do mesmo diploma legal.

Sem prejuízo, nos termos do Provimento n. 32/00, providencie a retirada da qualificação da testemunha, fls. 41, arquivando-se em pasta própria.

O mandado foi expedido, em 2.2.2012, nestes termos (fl. 61 - Apenso I):

A Doutora *Flávia Cristina Campos Luders*, Meritíssima Juíza de Direito da 2ª Vara Judicial da Comarca de Várzea Paulista - Estado de São Paulo na forma da lei,

*Determina a autoridade policial á busca domiciliar à Rua Cizidio Soares dos Santos, 214 - Cidade Nova II, Várzea Paulista-SP, extensivo ao seu armário pessoal, junto ao 49º BPM-I, nos termos do artigo 240, § 1º, **b, e e h**, do Código de Processo Penal, a fim de proceder à apreensão de qualquer elemento de convicção. A Autoridade Policial deverá atentar para as formalidades descritas no artigo 245 do Código de Processo Penal, especialmente § 7º, bem como para o disposto no art. 248 do mesmo diploma legal.*

Confirmam-se, ainda, os fundamentos declinados, em 6.6.2013, no aresto vergastado, *verbis* (fls. 30-32):

(...)

Não assiste razão ao paciente.

Nota-se que o delito objeto do processo em análise, qual seja, o de porte de arma de uso restrito, a depender do verbo núcleo que incide no caso, mostra-se, quanto à duração do momento consumativo, de natureza permanente, vez que a consumação se protraí no tempo, dependendo da vontade do agente.

Tem-se desta forma que enquanto a arma e o cartuchos estiverem sendo mantidos no domicílio do paciente, a consumação delitiva continua a ocorrer, até que algum ato cesse a permanência. Desta feita, temos aqui situação de delito permanente.

Guardada esta premissa de lado, passemos a analisar as situações nas quais pode se adentrar em um domicílio.

A inviolabilidade do domicílio é garantia fundamental, que busca resguardar os direitos à privacidade e intimidade, encontrando respaldo no artigo 5º, inciso XI da Constituição Federal.

Por tal dispositivo, apenas pode se mitigar mencionada garantia nos casos de flagrante delito, desastre, para prestar socorro ou durante o dia por ordem judicial. Acrescenta-se a tais situações uma óbvia, qual seja, a anuência do sujeito que permite a entrada em sua residência.

Ainda que se entenda que a decisão em apreço é eivada de nulidade, por não ter adequada fundamentação, há outra situação a ensejar a legalidade da busca e apreensão efetuada, conforme explicaremos adiante.

A situação de flagrante, oriunda do termo “flagrare” que significa arder, queimar, se mostra patente, não obstante sua ampliação pelo artigo 302 do Código de Processo Penal, no caso em que o sujeito está cometendo o delito há a situação mais elementar de flagrante denominada pela doutrina de flagrante próprio ou real.

No caso em apreço a não cessação da permanência delitiva enseja situação de constante prática criminosa e, em razão disso a qualquer momento é possível a prisão em flagrante, ainda que para isso se deva invadir o domicílio do sujeito, pois foi justamente essa uma das situações em que o constituinte permitiu que se desse a entrada em domicílio alheio, conforme supra demonstrado.

O artigo 303 do Código de Processo Penal expressamente trata da possibilidade de prisão em flagrante enquanto não cessar a permanência.

Destarte, a entrada no domicílio do paciente seria e é legítima, ainda que nula a decisão que determinou o mandado de busca e apreensão ou ainda que desde sempre não tivesse qualquer decisão que autorizasse tal ato, eis que a situação de flagrante já tem o condão de legitimar a diligência em apreço.

Aliás, neste caso, não há que falar-se em nulidade pelo ato ter sido praticado por policial militar, visto que no caso de crime permanente, onde presente

o flagrante, não há usurpação de função pública, como alegou a combativa impetrante.

Nestes termos é o entendimento tranqüilo do Superior Tribunal de Justiça.

(...)

Portanto, não há que se falar em ilicitude da prova obtida, uma vez que a situação de flagrante legitimou a entrada no domicílio “per sí” sendo despicienda decisão judicial que autorizasse tal conduta.

Por fim, a decisão determinou a busca e apreensão foi a mesma que determinou a prisão temporária em face da prática de crime de roubo. Logo, existindo indícios de que praticou crime de roubo, razoável se mostra a busca e apreensão para localização de produto de crime e elementos de convicção.

Logo, além dos motivos supra mencionados, ainda que sumariamente fundamentada, a decisão não se assoma ilegal.

Ante o exposto, *denego a ordem*.

De plano, pontue-se que o caso vertente não se assemelha ao julgado citado pelas causídicas no bojo recursal, HC n. 132.952-SP, pois naquela assentada constatou-se que o paciente foi preso em flagrante após a expedição de mandado de busca e apreensão coletivo, “sem que houvesse suspeita específica que recaísse sobre a sua pessoa”, o que difere da hipótese dos presentes autos.

De fato, na espécie, o ora recorrente, cabo da polícia militar, figurou como suspeito pelo cometimento de delito contra o patrimônio, em especial, após informações prestadas por testemunha protegida, “Alfa” (fl. 45 - Apenso I).

Em minucioso exame dos autos, creio que não encontra fôlego o pleito defensivo.

Verifica-se que foi determinada a expedição do mandado de busca e apreensão sob singelas linhas, em boa verdade, mas não se vislumbra eiva em seu teor. Ao que se me afigura, reportou-se o magistrado ao exauriente requerimento policial, bem como à manifestação ministerial, em franca motivação *per relationem*, e atendeu-se ao previsto no artigo 243 do Código de Processo Penal:

Art. 243. O mandado de busca deverá:

I - indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem;

II - mencionar o motivo e os fins da diligência;

III - ser subscrito pelo escrivão e assinado pela autoridade que o fizer expedir.

E, em atenção ao inciso II da norma, citou o juiz o disposto no artigo 240, § 1º, alíneas **b**, **e** e **h**, do Estatuto Processual Repressivo, com especial menção ao fato de a autoridade policial “proceder à apreensão de qualquer elemento de convicção” (fl. 61). Eis a redação da dita norma:

Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.

§ 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:

(...)

b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;

(...)

e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;

(...)

h) colher qualquer elemento de convicção.

Ou seja, observa-se que o magistrado agregou tópicos outros, não se circunscrevendo a mera referência aos documentos anteriores. E, ao mencionar o requerimento policial e a encampação ministerial, o juiz foi objetivo e sucinto a fim de evitar possível tautologia em seu *decisum*, o que não configura constrangimento ilegal a ensejar o provimento recursal, haja vista que a técnica de motivação adotada encontra plena ressonância na jurisprudência deste Sodalício e do Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, este Superior Tribunal de Justiça, bem como a Corte Constitucional, há muito já sedimentaram o entendimento de que não há cogitar nulidade do acórdão por ausência de fundamentação ou ofensa ao artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, se a instância ordinária, ao fundamentar o *decisum*, aliada à fundamentação própria, reporta-se à elementos informativos do inquérito policial ou mesmo à manifestação do Ministério Público, valendo-se da denominada fundamentação *per relationem*, ou ainda, da motivação por referência ou por remissão.

Pronunciando-se acerca da citada técnica de fundamentação, o Supremo Tribunal Federal reconheceu-a compatível com o disposto no art. 93, inciso IX, da Magna Carta, consoante resulta de diversos precedentes firmados pela Suprema Corte:

Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Penal e Processo Penal. 3. Apropriação indébita. Condenação. 4. Suposta violação ao art. 93,

inciso IX, da CF. Decisão que reproduziu trecho da sentença condenatória. 5. Acórdão recorrido suficientemente motivado. Motivação *per relationem*. Validade. Precedentes. 6. Revolvimento de fatos e provas. Enunciado n. 279 da Súmula do STF. 7. Suposta violação ao art. 5º, inciso LV, da CF. Alegação de ausência de intimação da data de julgamento da apelação. Inocorrência. 8. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 9. Agravo regimental a que se nega provimento.

(ARE n. 727.030 AgR, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 19.11.2013, processo eletrônico DJe-237 divulg 2.12.2013 public 3.12.2013)

Direito Processual Civil e Direito Civil. Veiculação de imagem sem autorização. Danos morais. Indenização. Suposta afronta aos arts. 5º, IV, IX e XIV, 93, IX, e 220 da Carta Maior. Motivação referenciada (per relationem). Ausência de negativa de prestação jurisdicional. Acórdão regional em que adotados e transcritos os fundamentos da sentença lastreada no conjunto probatório. Súmula n. 279-STF. Interpretação de normas de âmbito infraconstitucional. Eventual violação reflexa não viabiliza o manejo de recurso extraordinário. Consoante pacificada jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, tem-se por cumprida a exigência constitucional da fundamentação das decisões mesmo na hipótese de o Poder Judiciário lançar mão da motivação referenciada (per relationem). Precedentes. (...)

(AI n. 855.829 AgR, Relator(a): Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 20.11.2012, acórdão eletrônico DJe-241 divulg 7.12.2012 public 10.12.2012)

Agravo regimental no agravo de instrumento. Matéria criminal. Recurso que teve o seguimento negado monocraticamente. Possibilidade. Motivação per relationem. Legitimidade jurídico-constitucional dessa técnica de motivação. O julgamento monocrático de agravo de instrumento está expressamente previsto no art. 38 da Lei n. 8.038/1990 e no art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Esta Corte já firmou o entendimento de que a técnica de motivação por referência ou por remissão é compatível com o que dispõe o art. 93, IX, da Constituição Federal. Não configura negativa de prestação jurisdicional ou inexistência de motivação a decisão que adota, como razões de decidir, os fundamentos do parecer lançado pelo Ministério Público, ainda que em fase anterior ao recebimento da denúncia. Agravo a que se nega provimento.

(AI n. 738.982 AgR, Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 29.5.2012, acórdão eletrônico DJe-119 divulg 18.6.2012 public 19.6.2012)

Reveste-se de plena legitimidade jurídico-constitucional a utilização, pelo Poder Judiciário, da técnica da motivação *per relationem*, que se mostra compatível com o que dispõe o art. 93, IX, da Constituição da República. A remissão feita pelo magistrado - referindo-se, expressamente, aos fundamentos (de fato e/ou de direito) que deram suporte a anterior decisão (ou, então, a pareceres do Ministério Público ou, ainda, a informações prestadas por órgão

apontado como coator) - constitui meio apto a promover a formal incorporação, ao ato decisório, da motivação a que o juiz se reportou como razão de decidir.

(AI n. 825.520 AgR-ED-SP, rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJe 12.9.2011).

No mesmo diapasão, confirmam-se os seguintes julgados desta Corte:

Agravo regimental no agravo de instrumento. Penal e Processual Penal. Corrupção passiva e fraude processual. Alegada omissão no acórdão recorrido. Ausência de indicação do dispositivo legal violado. Súmula n. 284-STF. Incidência. Fração de redução pela delação premiada e perda do cargo público. Fundamentação *per relationem*. Possibilidade. Diminuição da pena em 1/2 (metade). Motivação concreta. Conclusão em contrário. Súmula n. 7-STJ. Perda do cargo público. Decisão devidamente motivada. Substituição da sanção reclusiva por restritivas de direitos e suspensão da execução da pena privativa de liberdade. Inovação recursal. Impossibilidade. Violação a dispositivo da Constituição. Via inadequada. Competência da Suprema Corte. Agravo improvido. Prescrição da pena privativa de liberdade em relação ao crime de fraude processual. Declaração de extinção da punibilidade nos termos do art. 61 do Código de Processo Penal.

1. O recorrente deve indicar precisamente o dispositivo legal violado pelo acórdão recorrido. Não o fazendo, estará seu recurso deficientemente fundamentado, situação que atrai o óbice previsto na Súmula n. 284-STF. No caso, a defesa, a despeito de alegar que o acórdão impugnado foi omissivo quanto à análise de teses expostas no recurso de apelação, não indicou qual o dispositivo legal violado, o que impede o provimento do agravo por deficiência de fundamentação.

2. É admitida pela jurisprudência dos tribunais superiores a utilização de motivação *per relationem*, passando a fazer parte da fundamentação as peças referidas como suporte argumentativo. Na espécie, a Corte local encampou os fundamentos da sentença condenatória quanto à fração de redução pela delação premiada e a necessidade de decretação da perda do cargo público, inclusive, com a transcrição de trechos do édito condenatório, estando, pois, devidamente motivado.

(...)

9. Agravo regimental a que se nega provimento. Contudo, nos termos do art. 61 do Código de Processo Penal, declaro extinta a punibilidade do agravante em relação ao crime de fraude processual pela prescrição superveniente da pretensão punitiva do Estado.

(AgRg no Ag n. 1.333.055-SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 5.9.2013, DJe 11.9.2013)

Penal. Processo Penal. *Habeas corpus*. Homicídio culposo. Art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro. Sentença condenatória mantida em sede de apelação.

Acórdão. Fundamentação *per relationem*. Suficiência, *in casu*. Art. 98, XI, da Constituição Federal. Ofensa não configurada. Ordem denegada.

1. Não há que se cogitar em nulidade de decisão judicial, por ausência de fundamentação ou ofensa ao artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, se o julgador, ao fundamentar sua decisão, reporta-se à outra anteriormente prolatada, ou mesmo ao parecer do Ministério Público, transcrevendo integralmente as razões de decidir destes.

2. *In casu*, a i. Des.a. Relatora do apelo defensivo utilizou, como razões de decidir, a fundamentação exarada na sentença anterior, proferida pelo Juízo da Primeira Vara Criminal da Comarca de Santa Cruz do Sul, evitando, assim, possível tautologia. Valeu-se a Corte de origem, deste modo, da denominada motivação por referência, por remissão ou “*per relationem*”, procedimento este que encontra plena ressonância na jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, pelo que não há falar em nulidade do julgado por ausência de fundamentação.

3. Ordem denegada.

(HC n. 78.368-RS, Rel. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ-PE), Sexta Turma, julgado em 9.8.2012, DJe 20.8.2012)

Habeas corpus. Corrupção ativa. Nulidade das interceptações telefônicas. Descabimento. Medida demonstrada necessária e eficaz.

Prorrogações devidamente motivadas. Fundamentação *per relationem*.

Prolongamento da medida necessário diante da complexidade do crime e do grande número de envolvidos. Imprescindibilidade para continuidade das investigações.

1. Inexiste ilegalidade na decisão que permite a quebra de sigilo telefônico, quando preenchidos os requisitos do art. 2º da Lei n. 9.296/1996.

2. Na hipótese, além de verificados fortes indícios de autoria, demonstrou-se que a prova, em toda sua extensão, não poderia ter sido obtida, de maneira eficaz, por outros meios, mas tão somente pelo monitoramento telefônico.

3. As decisões que deferiram a prorrogação possuem devida fundamentação, apesar de não apresentarem motivação exaustiva, pois se relacionam com a que autorizou o monitoramento das comunicações, passando a integrá-la - chamada fundamentação *per relationem* (HC n. 92.020-DF, Relator Min. Joaquim Barbosa, DJe de 8.11.2010).

4. A ocorrência de sucessivas prorrogações, durante, aproximadamente, sete meses, encontra justificativa na complexidade do crime e no grande número de envolvidos - 28 denunciados, bem como na demonstrada imprescindibilidade da medida para continuidade da investigação e elucidação do caso.

5. Ordem denegada.

(HC n. 128.211-PA, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 12.6.2012, DJe 29.8.2012)

No que tange ao cumprimento da medida por policiais militares, teço as seguintes considerações.

A Carta Magna assim dispõe sobre a atividade policial, em seu artigo 144, *verbis*:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

- I - polícia federal;
 - II - polícia rodoviária federal;
 - III - polícia ferroviária federal;
 - IV - polícias civis;
 - V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.
- (...)

§ 4º - às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

§ 5º - às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

Dos dispositivos supracitados, apura-se que a segurança pública é dever do Estado e responsabilidade de todos, exercida em prol da preservação da ordem pública, que não figura como atributo exclusivo da polícia militar mas sim escopo de todos os órgãos estatais policiais.

Em termos organizacionais, almejando o alcance do fim precípua, a Administração Pública estrutura-se para estabelecer as atribuições de cada ente. Pertine ressaltar que não há falar em exclusividade na atuação de um único órgão policial para cada atribuição, pois causa espécie a recusa de um policial a exercer o devido policiamento e o resguardo da ordem pública sob a alegação, *tout court*, de que não lhe incumbe certo proceder, ainda que relacionado ao cumprimento do dever estatal de combate às entidades criminosas. Exemplificando, o eventual exercício de policiamento ostensivo pela polícia civil é cabível, quando necessário, não se descurando de que o atributo constitucional fora destinado à polícia militar.

Ainda sobre estruturação policial, é de ver que, atendendo a cânones de especialização, a polícia militar destinou policiais para, no seio da nominada Corregedoria, dotada de devidos recursos, empreender e/ou acompanhar algumas medidas constritivas quando o agente é integrante da corporação, como no caso, em que o suspeito é cabo da polícia militar.

Na espécie, ao que se é dado perceber, houve um requerimento do delegado da polícia civil para a medida de busca e apreensão, encampado pelo *Parquet* e autorizado pelo juízo criminal, em desfavor de agente que figurava como policial militar.

Sublinhe-se que, não obstante a subscrição dos autos pelos funcionários da Corregedoria Militar (fls. 80 a 86 - Apenso I), a diligência foi supervisionada pela autoridade policial, consoante se depreende do ofício do delegado de polícia acostado à fl. 87 do Apenso I e à fl. 157 do Apenso II, que inclusive lavrou o auto de exibição e apreensão (fls. 89-91 - Apenso I).

Assim, constata-se que inexistente qualquer pecha em dado proceder.

Ademais, registre-se que consta do auto de busca e apreensão domiciliar, de fls. 84-86, a assinatura de uma das advogadas do increpado, Dra. Efigênia Alves Dias, que não se insurgiu contra a realização da diligência tal como fora efetivada (fl. 86 - Apenso I). Aliás, a mesma causídica assinou o auto de exibição e apreensão (fls. 89-91 - Apenso I), nada consignando sobre eventual irregularidade.

Portanto, a mim causa espécie a atuação da defesa, na contramão do que subscreveu outrora.

Nesse compasso, penso que feriria a boa-fé objetiva, na dimensão da vedação do *venire contra factum proprium*, promover-se a anulação pretendida.

De fato, ao meu sentir, é inaceitável que a defesa, após quedar-se inerte anteriormente, avenge a nulidade em sede de recurso ordinário em remédio heroico.

A relação processual é pautada pelo princípio da boa-fé objetiva, da qual deriva o subprincípio da vedação do *venire contra factum proprium* (proibição de comportamentos contraditórios). Assim, diante de um tal comportamento sinuoso, não dado é reconhecer-se a nulidade.

Acerca do tema, esclareceu o Ministro Luis Felipe Salomão:

O princípio segundo o qual a ninguém é dado contrariar os seus próprios atos, ou seja, agir contraditoriamente, tem matriz principiológica que remonta à Europa do início do século XX, a partir da obra *Venire contra factum proprium - Studien in Römischen, Englischen und Deutschen Civilrecht*, de Erwin Riezler, professor da Universidade de Freiburg, que extrai das fontes romanas, bem como das obras dos glosadores e pós-glosadores a idéia de *nemo potest venire contra factum proprium* (SCHERIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório - Tutela da confiança e venire contra factum proprium* - 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 65).

Consiste tal princípio em diretriz pautada sobretudo na boa-fé, segundo a qual “a ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com sua anterior conduta, quando essa conduta interpretada objetivamente segundo a lei, os bons costumes ou a boa-fé, justifica a conclusão de que não se fará valer o direito, ou quando o exercício posterior choque contra a lei, os bons costumes ou a boa-fé” (*Apud*, NERI JUNIOR, Nelson. *Código civil comentado (...)*, 6 ed. p.507). (Trecho do voto condutor do REsp n. 1.040.606-ES, *Quarta Turma*, julgado em 24.4.2012, DJE 16.5.2012)

Tendo em vista o primado em foco, por meio do qual à ordem jurídica repugna a ideia de comportamentos contraditórios, seria inadequado, num plano mesmo de eticidade processual, a declaração da nulidade.

O princípio da vedação do *venire contra factum proprium* já foi aplicado pelo Supremo Tribunal Federal, na seara processual penal, *verbis*:

Cumprido destacar que, no sistema das invalidades processuais, deve-se observar a necessária vedação ao comportamento contraditório cuja rejeição jurídica está bem equacionada na teoria do *venire contra factum proprium*, em abono aos princípios da boa-fé e da lealdade processuais.

Nesse diapasão, entendo que, levando em conta o fato de a defesa do paciente ter convergido para ocorrência da suposta nulidade — inversão da ordem de apresentação das alegações finais —, não pode, em momento posterior, visando a beneficiar-se de seu primeiro ato, vir a requerer a anulação do julgamento. É que tal comportamento, para mim, é inequivocamente contraditório, devendo, portanto, ser refutado. Cabe enfatizar, ainda, que essa linha de raciocínio que venho expor está prevista expressamente no art. 565 do CPP, quando dispõe que nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária *interesse*.

Diante de todas essas considerações, meu voto é no sentido de denegar a ordem de *habeas corpus*. (fecho do voto condutor do HC n. 108.476, Relator Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 27.3.2012, processo eletrônico DJE-073 divulg 13.4.2012 public 16.4.2012)

Idêntica solução foi alcançada no HC n. 104.185, Relator: Min. *Gilmar Mendes*, Segunda Turma, julgado em 2.8.2011, DJe-170 divulg 2.9.2011 public 5.9.2011 Ement vol-02580-01 pp-00063.

Nesta Corte, também, o princípio já foi aplicado no âmbito processual penal:

Habeas corpus. Homicídio qualificado. Nulidade do acórdão. Exclusão das qualificadoras. Pedido do próprio réu. Comportamento contraditório. *Venire contra factum proprium*.

1. Embora o entendimento desta Corte seja no sentido de que as qualificadoras só podem ser excluídas quando, de forma incontroversa, se mostrarem absolutamente improcedentes, sob pena de invadir a competência constitucional do Conselho de Sentença, na espécie, não há como anular o acórdão que acatou pedido do próprio réu.

2. Portanto, a ninguém é dado vir contra o próprio ato, sendo vedado o comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*).

3. Ordem denegada.

(HC n. 121.308-MG, Rel. Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ), Quinta Turma, julgado em 6.12.2011, DJe 3.2.2012)

Habeas corpus. Peculato e formação de quadrilha. Arguição de suspeição de magistrado. Improcedência.

1. Improcede a alegação de suspeição do Juiz de primeiro grau pelo fato de haver se reunido com o acusado, atendendo a pedido deste, fora das dependências do fórum, em gabinete do Procurador-Geral de Justiça do Estado.

2. A Lei Orgânica da Magistratura Nacional estabelece, como um dos deveres do juiz, "tratar com urbanidade as partes, os membros do Ministério Público, os advogados, as testemunhas, os funcionários e auxiliares da Justiça, e atender aos que o procurarem, a qualquer momento, quanto se trate de providência que reclame e possibilite solução de urgência." (art. 35, IV, da Lei Complementar n. 35/1975).

Mesmo no gozo de suas férias, nada mais fez o Juiz que atender a pedido da parte para que fosse atendida e ouvida.

3. Da dita reunião não se extraiu, pelos elementos de cognição contidos neste *habeas corpus*, aconselhamento jurídico levado a efeito pelo magistrado.

4. O fato de o encontro ter ocorrido fora das dependências do fórum, por si só, não acarreta a suspeição do magistrado, visto que o conteúdo e o alcance da conversação, presenciada, inclusive, pelo Procurador-Geral de Justiça, ficou bem delineada nos autos, e, de seu conteúdo, não se constata a existência de palavra ou atitude comprometedoras de isenção do juiz.

5. Em direito processual, é vedado às partes a adoção de comportamentos contraditórios (*nemo venire contra factum proprium*).

Na espécie, foi o réu quem solicitou, com insistência, o encontro com o juiz. Inadmissível que, agora, pretenda acoimar o ato de suspeito.

6. Ordem denegada.

(HC n. 206.706-RR, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 27.9.2011, DJe 21.3.2012)

Nem cabe aqui mencionar ser indevido o flagrante ocorrido quando do cumprimento do mandado de busca e apreensão.

É de ver que o escopo da medida não era a localização de armas e munições, visto que somente esperava-se encontrar uma pistola de aço inox usada no delito de roubo circunstanciado, conforme especifica o requerimento policial (fl. 55 - Apenso I). Ou seja, fortuitamente, encontrou-se mais do que o inicialmente previsto.

De se notar que o delito do artigo 16 da Lei n. 10.826/2003 é permanente, ou seja, o estado de flagrância persiste enquanto as armas e munições estiverem em poder do agente - artigo 303 do Código de Processo Penal.

Mostra-se, pois, devida a conduta policial em apreender os objetos ilegais encontrados, não se descurando da sua função pública, atuando prontamente ao descobrir novel crime quando em busca de elementos delitivos de outro feito, em cumprimento de medida judicial autorizada, de acordo com o anteriormente pontuado.

A propósito, confirmam-se estes julgados desta Casa de Justiça:

Ação penal originária. Recebimento da denúncia. Posse de arma de fogo de uso permitido, mas com registro vencido. Posse desautorizada de munição de uso restrito. Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado. Denúncia pela prática dos crimes previstos no arts. 12 e 16 da Lei n. 10.826/2003.

1. É permitido o recebimento da denúncia por delito diferente daquele capitulado equivocadamente na inicial acusatória, especialmente se considerado que o equívoco consiste em erro material que não prejudicou a defesa do acusado.

2. O acusado defende-se dos fatos que lhe são imputados, e não da tipificação feita na denúncia.

3. *A posse ilegal/irregular de armas e munições é crime permanente, cuja consumação se protraí no tempo, perdurando o flagrante delito enquanto não cessar a permanência.*

4. *A apreensão decorrente do conhecimento fortuito da posse ilegal/irregular das armas e munições não implica extrapolação ou nulidade do mandado expedido para a busca e apreensão de objetos referentes a crime diverso. O mandado foi adequadamente expedido, mas a apreensão decorreu do flagrante constatado no interior da residência do acusado.*

5. Não é inepta a denúncia que aponta a ação praticada pelo denunciado se a acusação indica o verbo do núcleo do tipo que foi executado no crime de conteúdo variado.

6. Para a configuração do tipo subjetivo do art. 12 da Lei n. 10.826/2003, basta que se apresente o dolo genérico do agente possuidor da arma de fogo em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

7. A análise das alegações do denunciado concernentes à inexistência do dolo de “possuir arma de fogo de uso permitido em desacordo com determinação legal ou regulamentar” necessita de prova da situação concreta para que se constate a inexistência do elemento subjetivo do tipo, que, a princípio, aparenta estar presente.

8. A posse de munição de uso restrito, ainda que desacompanhada da arma de fogo, revela crime de perigo abstrato e de mera conduta, que se perfaz com a simples posse da munição, sem a devida autorização pela autoridade competente, sendo desnecessária lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico.

9. No que diz respeito à posse de munições e de armas de fogo de uso restrito, os magistrados e os que a eles se equiparam estão sujeitos à disciplina da Lei n. 10.826/2003 e regulamentos específicos.

10. O fato de o denunciado ser militar da reserva remunerada não dispensa a autorização nem exime o denunciado de submeter-se às regras para possuir os artefatos de uso restrito com os quais foi flagrado.

11. Considera-se incurso no art. 12 da Lei n. 10.826/2003 aquele que possui arma de fogo de uso permitido com registro expirado, ou seja, em desacordo com determinação legal e regulamentar.

12. Considera-se incurso no art. 16 da Lei n. 10.826/2003 aquele que detém a munição de uso restrito sem autorização e sem registro da arma correspondente no Comando do Exército, contrariamente à determinação legal e regulamentar.

13. Constatada a verossimilhança de que há conduta típica e havendo indícios de autoria e materialidade do delito, tudo devidamente embasado por elementos probatórios suficientes, deve ser recebida a denúncia oferecida contra o acusado.

14. Denúncia recebida quanto à prática dos delitos previstos nos arts. 12 e 16 da Lei n. 10.826/2003.

(APn n. 686-AP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, julgado em 18.12.2013, DJe 5.3.2014)

Habeas corpus. Impetração originária. Substituição ao recurso ordinário. Impossibilidade. Respeito ao sistema recursal previsto na Carta Magna. Não conhecimento.

1. De acordo com o disposto no artigo 105, inciso II, alínea **a**, da Constituição Federal, o Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar, mediante recurso ordinário, os *habeas corpus* decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais e pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória.

2. A Primeira Turma do 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. 8.038/1990, passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* originário perante aquela Corte em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que deve ser adotado por este Superior Tribunal de Justiça, a fim de que restabelecida a organicidade da prestação jurisdicional que envolve a tutela do direito de locomoção.

3. Tratando-se de *writ* impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício.

Posse irregular de arma de fogo de uso permitido e porte ou posse ilegal de arma de foro de uso restrito (artigos 12 e 16 da Lei n. 10.826/2003). Alegada nulidade da prova obtida com a busca e apreensão realizada. Mandado referente à residência de pessoa diversa do paciente. Documento que já estaria vencido. Flagrante de crime permanente. Desnecessidade de expedição de mandado de busca e apreensão. Eiva não caracterizada.

1. Apesar de o mandado de busca e apreensão se referir somente à residência de pessoa conhecida como Germano de Souza, e haver sido expedido no dia 23.8.2011, com prazo de validade de 20 (vinte) dias, tendo sido cumprido em 16.9.2011, tais fatos são insuficientes para macular a prova obtida por ocasião do ingresso dos policiais na residência do paciente, que foi preso em flagrante pela prática de crimes de natureza permanente, quais sejam, os previstos nos artigos 12 e 16 da Lei n. 10.826/2003.

2. É dispensável o mandado de busca e apreensão quando se trata de flagrante de crime permanente, podendo-se realizar as medidas sem que se fale em ilicitude das provas obtidas (Doutrina e jurisprudência).

Apontado ingresso na residência do paciente no período noturno.

Inexistência de provas de que o acusado não teria autorizado a entrada dos policiais em sua casa. Situação de flagrante delito.

Possibilidade de busca, apreensão e custódia do agente ainda que durante a noite. Constrangimento ilegal não evidenciado.

1. Na hipótese em apreço, inexistem nos autos quaisquer informações de que o paciente tenha se insurgido contra a realização de busca em sua residência no período noturno, tampouco de que os policiais tenham ingressado na sua casa sem a sua autorização.

2. Da leitura dos depoimentos prestados no auto de prisão em flagrante, notadamente o do acusado, que estava acompanhado de seu advogado, não se constata qualquer ilegalidade na revista feita em sua moradia e que resultou na sua custódia.

3. Ainda que assim não fosse, não se pode olvidar que nos casos de flagrante de crimes permanentes, como os tratados no presente *writ*, é permitido o ingresso na residência do acusado ainda que durante o período noturno, não se vislumbrando, com tal procedimento, ofensa às normas constitucionais infraconstitucionais pertinentes. Precedentes do STJ.

Busca e apreensão realizada por agentes desprovidos de atribuição para o ato. Alegação fundada em matéria jornalística. Flagrante conduzido e testemunhado por policiais militares. Possibilidade de qualquer do povo efetuar a prisão em flagrante delicto. Inocorrência de nulidade.

1. Não procede a afirmação de que os executores do mandado de busca e apreensão não teriam atribuição para cumpri-lo, uma vez que tal alegação se encontra amparada unicamente em cópia de reportagem jornalística, pois os dados nela contidos não são dotados de fé pública, tratando-se de um relato, muitas vezes parcial, acerca de determinado acontecimento.

2. Ademais, há que se considerar que o condutor do flagrante, assim como a testemunha, são policiais militares lotados na 5ª CIA do 4º BPM, não havendo nos autos evidências de que agentes do IBAMA ou policiais ambientais tenham participado das diligências.

3. Em arremate, vale assinalar que ainda que a busca e apreensão na casa do paciente e a sua custódia tivessem sido efetivadas por policiais ambientais ou agentes do IBAMA, não se poderia considerar tais pessoas desprovidas de atribuição para as medidas, porque, como já ressaltado à saciedade, a hipótese cuida de flagrante de crimes permanentes, sendo que o artigo 301 do Código de Processo Penal autoriza qualquer do povo a prender quem quer que seja encontrado em situação flagrancial.

4. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC n. 244.016-ES, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 16.10.2012, DJe 5.11.2012)

Criminal. *Habeas corpus*. Tráfico de drogas. Prisão em flagrante convertida em preventiva. Apreensão realizada pela Polícia Militar. Nulidade não evidenciada. Mandados de busca e apreensão requisitados pelo Ministério Público. Legitimidade. Droga depositada na residência do paciente. Estado flagrancial

configurado. Crime permanente. Liberdade provisória. Gravidade do delito. Suposições abstratas. Ausência de fundamentação idônea. Artigo 44 da Lei n. 11.343/2006. Inconstitucionalidade do óbice declarada pelo plenário do STF. Ordem concedida.

I. Hipótese na qual policiais militares, durante o cumprimento de mandado de busca e apreensão na residência de corréu, foram por ele informados que o ora paciente seria o fornecedor das drogas apreendidas e, em seguida, dirigiram-se à sua casa, onde foi localizada quantidade expressiva de entorpecentes, além de uma balança de precisão.

II. Tratando-se de crime permanente, torna-se despicienda a expedição de mandado de busca e apreensão, sendo lícito ao policial militar ingressar na residência do agente, a qualquer hora do dia ou da noite, a fim de fazer cessar a prática criminosa e apreender a substância entorpecente encontrada no local.

III. Embora a controvérsia acerca do poder investigativo do Parquet ainda pendente de solução definitiva no Supremo Tribunal Federal, esta Turma esposou entendimento no sentido de ser o Ministério Público, como titular da ação penal, competente para promover a colheita de informações e documentos com vistas ao oferecimento de posterior denúncia, sem que tenha sido vislumbrada qualquer irregularidade no procedimento adotado nos autos (Precedente).

IV. A prisão preventiva é medida excepcional e deve ser decretada apenas quando devidamente amparada pelos requisitos legais, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade, sob pena de antecipar a reprimenda a ser cumprida quando da condenação definitiva.

V. Na hipótese, a decretação de prisão preventiva se fundou na necessidade de se preservar a ordem pública em razão da gravidade abstrata do delito e à suposta periculosidade do agente, dissociadas de qualquer elemento concreto, bem como na vedação legal do art. 44 da Lei n. 11.343/2006.

VI. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a existência de indícios de autoria e prova da materialidade do delito, bem como o juízo valorativo sobre a gravidade genérica do crime imputado ao paciente e sua periculosidade abstrata, não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão cautelar, se desvinculados de qualquer fator concreto ensejador da configuração dos requisitos do art. 312 do CPP.

VII. O Pleno do STF declarou a inconstitucionalidade da expressão “e liberdade provisória”, constante do art. 44, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, assim, não é cabível a manutenção da prisão preventiva aos crimes de tráfico de entorpecentes, em face do óbice legal afastado.

VIII. Deve ser cassado o acórdão atacado, bem como o decreto prisional proferido nos autos, para revogar a prisão preventiva imposta ao paciente, sem prejuízo de que seja decretada novamente a custódia, com base em fundamentação concreta.

IX. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.

(HC n. 233.302-SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 12.6.2012, DJe 20.6.2012)

Habeas corpus. Tráfico de substância entorpecente. Absolvição. Apelo ministerial provido. Condenação. Apontada nulidade da prisão em flagrante do paciente. Ingresso na residência do acusado sem autorização e sem mandado judicial. Ausência de documentação comprobatória das supostas máculas. Necessidade de prova pré-constituída. Autorização expressa mencionada na denúncia. Flagrante de crime permanente. Desnecessidade de expedição de mandado de busca e apreensão. Constrangimento ilegal não evidenciado.

1. Não há na impetração a cópia do auto de prisão em flagrante, documento a partir do qual seria possível a análise da alegada eiva dos elementos de prova colhidos na oportunidade, quedando-se isoladas as afirmações contidas *mandamus*.

2. O rito do *habeas corpus* pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca, por meio de documentos que evidenciem a pretensão aduzida, a existência do aventado constrangimento ilegal suportado pelo paciente.

3. Ademais, deve-se frisar que a denúncia mencionou que foi franqueada a entrada dos policiais na residência, circunstância que afasta a apontada ilegalidade do ato.

4. Não fosse isso, é dispensável o mandado de busca e apreensão quando se trata de flagrante de crime permanente, podendo-se realizar a apreensão sem que se fale em ilicitude das provas obtidas. Doutrina e jurisprudência.

Desconstituição do édito repressivo. Necessidade de revolvimento aprofundado de matéria fático-probatória. Impossibilidade na via estreita do writ. Condenação fundamentada no depoimento de policiais militares. Meio de prova idôneo. Fragilidade do conjunto probatório não demonstrada. Ordem denegada.

1. Para se desconstituir o édito repressivo como pretendido no *writ* seria necessário o exame aprofundado de provas, providência inadmissível na via estreita do *habeas corpus*, mormente pelo fato de que vigora no processo penal brasileiro o princípio do livre convencimento, em que o julgador pode decidir pela condenação, desde que fundamentadamente.

2. Conforme entendimento desta Corte, o depoimento de policiais responsáveis pela prisão em flagrante do acusado constitui meio de prova idôneo a embasar o édito condenatório, mormente quando corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal.

3. Ordem denegada.

(HC n. 223.715-SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 2.2.2012, DJe 15.2.2012)

Habeas corpus. Quadrilha e corrupção ativa (artigos 288 e 333 do Código Penal). Apontada discrepância entre os ofícios enviados às operadoras de telefonia e as decisões judiciais que autorizaram as interceptações telefônicas. Inocorrência. Requerimento expresso de fornecimento de contas reversas e dados cadastrais pelo Ministério Público. Pedido deferido pelo magistrado. Nulidade não configurada.

1. Extrai-se dos autos que desde a primeira manifestação do Ministério Público no sentido de obter dados telefônicos sigilosos, foram requeridas cópias de contas reversas, que nada mais são do que o detalhamento dos números a partir dos quais foram efetuadas ligações para determinado telefone, providência reiterada nas demais solicitações de diligências feitas pelo órgão ministerial.

2. A identificação dos terminais que mantiveram contato com os telefones interceptados, além do fornecimento dos respectivos dados cadastrais, constituíram medidas que foram efetivamente autorizadas pela decisão judicial, que acolheu todos os pedidos formulados pelo *Parquet*, dentre os quais se inseria o envio, por parte das operadoras de telefonia, das contas reversas de vários números, que, como dito alhures, constituem o detalhamento das linhas a partir das quais foram efetuadas ligações para determinado telefone.

3. Não há que se falar, portanto, em nulidade das informações cadastrais do paciente obtidas a partir da identificação de conversas que manteve com corrêu cujo sigilo das comunicações telefônicas estava afastado, e que culminaram com a interceptação de seu telefone e com a sua inclusão nas investigações e na ação penal em questão.

4. Em arremate, frise-se que o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal assegura o sigilo das comunicações telefônicas, nas quais, por óbvio, não se inserem os dados cadastrais do titular de linha de telefone celular. Precedente.

Interceptações telefônicas realizadas pela Coordenadoria de Inteligência do Sistema Penitenciário da Secretaria de Administração Penitenciária do Estado do Rio de Janeiro - CISPEN. Apontada incompetência do órgão para efetivar a medida, cuja atribuição seria exclusiva da autoridade policial. Inexistência de ofensa ao artigo 6º da Lei n. 9.296/1996. Constrangimento ilegal inexistente.

1. Dos artigos 6º e 7º da Lei n. 9.296/1996, não há como extrair que a autoridade policial seja a única autorizada a proceder às interceptações telefônicas, até mesmo porque o legislador não teria como antever, diante das diferentes realidades encontradas nas unidades da Federação, quais órgãos ou unidades administrativas teriam a estrutura necessária, ou mesmo as maiores e melhores condições para executar a medida.

2. Esta Corte Superior já decidiu que não se pode interpretar de maneira restrita o artigo 6º da Lei n. 9.296/1996, sob pena de se inviabilizar a efetivação de interceptações telefônicas.

3. Na hipótese dos autos, no pedido de interceptação formulado pelo Ministério Público, o próprio órgão ministerial indicou o Centro de Inteligência

do Sistema Penitenciário do Estado do Rio de Janeiro - CISPEN como responsável pelo monitoramento e gravação das comunicações telefônicas, o que foi deferido pelo Juízo, constando expressamente dos ofícios expedidos.

4. Verifica-se, ainda, que embora a CISPEN tenha centralizado a efetivação das interceptações telefônicas, houve a participação de delegado de polícia nas diligências.

Busca e apreensão realizada por policiais militares. Arguição de necessidade de efetivação da medida por autoridade policial.

Indigitada ofensa ao artigo 144 da Constituição Federal. Mácula não constatada. Ordem denegada.

1. Da decisão judicial que autorizou a busca e apreensão e do respectivo mandado não se retira a exclusividade da execução da medida por autoridade policial, a quem inclusive se franqueia a requisição de auxílio.

2. A realização de busca e apreensão por policiais militares não ofende o artigo 144 da Constituição Federal, não podendo ser acoimada de ilícita a prova que resulte do cumprimento do mandado por referidas autoridades. Precedentes do STF.

3. Ordem denegada.

(HC n. 131.836-RJ, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 4.11.2010, DJe 6.4.2011)

Portanto, a insurgência não se mostra em consonância com o entendimento deste Superior Tribunal.

Ante o exposto, *nego provimento* ao recurso.

É como voto.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 49.120-RJ (2014/0153478-2)

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Recorrente: Luciano Delgado Botelho (preso)

Advogados: Antonio Pedro Melchior e outro(s)

Leonardo dos Santos Rivera

Recorrido: Ministério Público Federal

EMENTA

Processual Penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Operação Replay. Concussão e formação de quadrilha. Denúncia. Inépcia. Inexistência. Fatos adequadamente narrados. Ocorrência. Exercício da ampla defesa. Possibilidade. Prisão preventiva. Fundamentação. Gravidade do crime. *Modus operandi* delitivo. Periculosidade do acusado. Renitência criminosa. Fuga do distrito da culpa. Elementos concretos a justificar a medida. Fundamentação idônea. Ocorrência. Exame de sanidade mental. Determinação pelo Tribunal *a quo*. Encarceramento para o aguardo do laudo. Razoáveis indícios de distúrbio mental. Aguardo da resultado da perícia e da manifestação judicial no próprio hospital psiquiátrico ou equivalente. Possibilidade. Princípios da dignidade da pessoa humana e da razoabilidade. Recurso desprovido. Ordem concedida de ofício.

1. Não há como reconhecer a inépcia formal da denúncia se a descrição da pretensa conduta delituosa foi feita de forma suficiente ao exercício do direito de defesa, com a narrativa de todas as circunstâncias relevantes, permitindo a leitura da peça acusatória a compreensão da acusação, com base no artigo 41 do Código de Processo Penal.

2. Não é ilegal o encarceramento provisório que se funda em dados concretos a indicar a necessidade da medida cautelar, especialmente em elementos extraídos da conduta perpetrada pelo acusado, quais sejam, o *modus operandi* delitivo, a renitência criminosa, a periculosidade do agente e a fuga do distrito da culpa, cifrados em sofisticado esquema de obtenção de informações privilegiadas, concernentes a investigações policiais, com a utilização delas para veicular concussão, servindo-se o increpado da função pública para constranger as testemunhas/vítimas, demonstrando-se, assim, a necessidade da prisão para a garantia da ordem pública e aplicação da lei penal.

3. Determinada pelo Colegiado de origem a submissão do réu ao exame de sanidade mental, sem prejuízo do cumprimento do decreto constritivo, mostra-se possível, em atenção aos brocardos da dignidade da pessoa humana e da razoabilidade, que o acusado, diante de fortes indícios de que seja portador de algum distúrbio de saúde, não aguarde no cárcere o resultado do exame, mas sim na própria instituição psiquiátrica ou equivalente, no Estado no qual reside.

4. Porventura o réu não compareça para a submissão ao exame, cabível novel viço ao decreto de prisão preventiva.

5. Recurso a que se nega provimento. Ordem concedida, de ofício, a fim de que, após se apresentar para o exame de sanidade mental, o recorrente aguarde o resultado do laudo no próprio Hospital Psiquiátrico ou equivalente, localizado no Estado do Espírito Santo, até a subseqüente apreciação do juiz sobre a perícia realizada, sendo facultado que se lhe revigore o decreto constritivo, acaso o réu não compareça para a submissão ao exame.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ-SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 18 de novembro de 2014 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

DJe 3.12.2014

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus*, com pedido liminar, interposto por *Luciano Delgado Botelho*, contra acórdão da Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (HC n. 0000896-60.2014.4.02.0000).

Colhe-se dos autos que, após deflagração da “Operação Replay” pela Polícia Federal, o paciente, policial federal, foi denunciado, juntamente com outros 10 (dez) acusados, pela prática, em tese, das condutas delituosas tipificadas nos artigos 288 e 316, na forma do artigo 29, todos do Código Penal (fls. 144-175) - Processo n. 0012453-04.2013.4.02.5101, da 8ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro-RJ.

O Juízo de primeiro grau decretou sua prisão preventiva em 17.12.2013 (fls. 177-223).

Irresignada, a defesa impetrou prévio *writ* perante o Tribunal de origem, que denegou a ordem, na data de 18.3.2014, em acórdão assim sumariado (fl. 295):

Direito Penal e Processual Penal. *Habeas corpus*. Prisão preventiva. *Fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*.

I - Se a prisão preventiva decretada em desfavor do paciente, decorre de decisão amparada por observar as formalidades legais que disciplinam a adoção dessa providência extrema, assim como lastreada em fundamentação vasta e idônea acerca do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis* exigidos pelo artigo 312 do Código de Processo Penal, não há ilegalidade ou constrangimento ilegal a ser sanado no *writ*.

II - Ordem denegada.

Opostos aclaratórios, restaram parcialmente acolhidos, sendo o aresto sintetizado deste modo (fl. 373):

Direito Processual Penal. *Habeas corpus*. Embargos de declaração. Omissão caracterizada. Demais vícios formais que não se configuram.

I - Configurada a omissão no julgamento no que toca à inépcia da denúncia quanto à imputação do crime de quadrilha, devem os embargos de declaração ser providos a fim de supri-la, afastando-se tal arguição da defesa.

II - Se os demais vícios formais não se configuram, apresentando-se a irresignação do paciente quanto à decisão de mérito propriamente dito, o provimento do recurso integrativo é apenas parcial.

III - Recurso parcialmente provido.

Daí o presente recurso, no qual assere o recorrente que não estaria inserido nos dois eventos narrados na incoativa, dias 1º.4.2013 e 9.4.2013, pois apenas compareceu à residência do empresário/vítima, em 3.4.2013, a fim de examinar algumas imagens do circuito interno de vigilância, reconhecendo que uma das pessoas que estiveram lá em 1º.4.2013 seria policial federal.

Alega a ocorrência de inépcia formal da denúncia, quanto ao delito de quadrilha, eis que “não há nenhuma circunstância ou fato descrito pelo órgão acusador que justifique essa imputação” (fl. 385).

Defende que a exordial acusatória carece da descrição das elementares do tipo penal de permanência e estabilidade, restando pautada somente na participação, em tese, no delito de concussão, supostamente praticado no dia 9.4.2013.

Sublinha não se descurar que o crime de quadrilha é delito autônomo, mas a narrativa do *Parquet* deve primar pela descrição delitiva, da qual somente se depreende o crime de concussão em concurso de agentes.

Sustenta, ainda, a existência de constrangimento ilegal, ao argumento de que não estão presentes os requisitos legais autorizadores da prisão preventiva.

Consigna que inexistiu proporcionalidade entre as circunstâncias do fato atribuído e a gravidade da medida extrema.

Registra que a gravidade abstrata do delito não se afigura elemento apto para a decretação da custódia cautelar, nem mesmo conjecturas do julgador se prestam a tanto.

Ressalta que o acusado “é portador de distúrbios psiquiátricos, estando, inclusive, afastado de suas funções por motivos de saúde” (fl. 394).

Enaltece que o réu foi vítima de tortura psicológica, sendo encarcerado em cela comum, com outros presos, dos quais se destaca um traficante internacional de drogas.

Menciona que “o quadro de saúde mental do paciente também era conhecido da autoridade policial e sua indicação, consta, inclusive, dos autos da medida cautelar de interceptação telefônica” (fl. 395).

Pontua que o increpado reside no Espírito Santo, cujo domicílio era conhecido da Polícia Federal, não se sustentando a assertiva de que não se apresentou para o cumprimento do decreto constritivo.

Requer, liminarmente, a expedição de salvo-conduto “para que o recorrente realize o exame de sanidade mental em qualquer Hospital Penal Psiquiátrico público do Estado do Espírito Santo, local em que reside, sem que deva esperar o resultado encarcerado no complexo penitenciário Bangu” (fl. 398).

No mérito, pugna pelo reconhecimento da inépcia formal da peça acusatória, quanto ao crime de quadrilha, e pela revogação da sua segregação cautelar com ou não a adoção de medidas cautelares alternativas (artigo 319 do Código de Processo Penal).

Interposto o presente recurso no período de férias forenses, o então Vice-Presidente desta Corte, Ministro Gilson Dipp, no exercício da Presidência, indeferiu o pedido liminar (fls. 418).

Com vista dos autos, o Ministério Público Federal opinou, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral Aurea Maria Etelvina (fls. 423-441), pelo desprovimento recursal, mas pela concessão de ordem, de ofício, a fim de se verificar a “situação de saúde do paciente, para posterior análise pelo Juízo de 1º grau”.

Em petição de fls. 445-464, o requerente informa a perda parcial do objeto recursal e pleiteia a reconsideração do *decisum* que indeferiu o pedido liminar.

Assevera que, após a negativa do juiz singular em instaurar o incidente mental do réu, novel *mandamus* foi ajuizado, cuja ordem foi concedida, em 7.10.2014, para submeter o acusado a exame pericial em um dos hospitais psiquiátricos do Espírito Santo. O aresto foi assim sintetizado (fl. 463):

Penal. *Habeas corpus*. Incidente de insanidade mental. Réu foragido.

1 - Trata-se de *habeas corpus* objetivando determinar à 8ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro a instauração do incidente de insanidade mental do paciente, requerendo a realização do “exame médico-legal em qualquer Hospital Penal Psiquiátrico Público no Estado do Espírito Santo”.

2 - Os documentos acostados aos presentes autos apontam para a existência de quadro de enfermidade mental do réu, motivo pelo qual o exame pleiteado pelos impetrantes deverá ser realizado, sem o prejuízo do cumprimento do decreto de prisão cautelar exarado em desfavor do réu.

3 - A realização do exame deverá acontecer no Espírito Santo, sendo este o Estado em que deverá permanecer recolhido quando se apresentar, haja vista ser o local em que residem seus familiares.

4 - Ordem concedida.

Ressalta que, como o acórdão manteve a determinação do recolhimento do recorrente à prisão, mesmo após ser determinada a feitura do laudo, persiste a necessidade de que o acusado aguarde “a conclusão dos laudos periciais psiquiátricos sem ser submetido ao complexo penitenciário” (fl. 448).

Enfatiza que “a insistência em submeter o acusado ao cárcere, antes da conclusão dos laudos, é contraditória com a preocupação judicial em preservar a sua saúde psíquica” (fl. 449).

Ao final, requesta a reconsideração do indeferimento da liminar, para que “aguarde a realização destes laudos em liberdade ou, alternativamente, em local compatível com o seu aparentemente precário estado de saúde (domicílio)” (fl. 448), ou mesmo lhe seja “concedida uma medida cautelar diversa à prisão preventiva” (fl. 450).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): De início, cumpre salientar que esses autos foram a mim distribuídos por prevenção ao HC n. 285.855-RJ, impetrado em favor de corréus, cujo seguimento foi negado, com espeque na Súmula n. 691 do Pretório Excelso.

A questão trazida a deslinde no presente recurso cinge-se à alegação de inépcia forma da incoativa, no tocante ao delito de quadrilha, à ausência de fundamentação idônea para o encarceramento provisório do recorrente e à necessidade de submissão do acusado ao exame de sanidade mental.

Das alegações constantes desta impetração, ater-me-ei primeiramente à menção sobre a inépcia da denúncia.

Para melhor análise da matéria *sub judice*, pertinente se faz reproduzir os termos da exordial acusatória, datada de 16.12.2013, *verbis* (fls. 148-173):

(...)

Inicialmente, impende assinalar que contexto fático subjacente à espécie, em cujo âmbito teve início e se desenvolveu a chamada operação replay é gravíssimo, na medida em que põe em evidencia que *os agentes da polícia federal Luciano Delgado Botelho, matr. 1860, Gerson Ribeiro da Costa, matr. 3495, José Carlos da Silva Dias, matr. 1598 e Márcio dos Santos Costa, matr. 2521, associados em bando, levaram a efeito a ação tipificada no artigo 316 do Código Penal - concussão -, em face do empresário Cláudio José de Oliveira. Como se verá, a investida criminosa dos referidos agentes públicos contou com a intervenção de outras pessoas estranhas ao Departamento de Polícia Federal (DPF), tais como Rony, ex-policia militar, e David, inspetor da polícia civil, e emergiu de uma situação pretérita, igualmente reprovável, reveladora da conduta descrita no artigo 158 do CP - extorsão -, desta feita protagonizada por Clayton da Silva, policial civil em atividade, Ronaldo da Cruz Vaz e Alfredo Silva Neto, estes últimos sócios da empresa Olecramtelecom Assessoria Monitoramento e Investigação Ltda., CNPJ 00624779000116, em detrimento do já mencionado empresário Cláudio*

José de Oliveira. Afora a identidade comum do sujeito passivo imediato, as práticas criminosas em referência - concussão e extorsão -, guardam entre si pontos de interseção suficientes para inseri-las em inegável contexto de conexão probatória, nos termos do artigo 76, III, do Código de Processo Penal. Antes de arrostá-las, algumas considerações acerca do início e do deslinde dos trabalhos investigatórios são necessárias.

Vejamos.

Do Início da Investigação

Em 4.6.2013, a partir das conclusões do relatório de investigação prévia n. 10/2013 (f. 82-88 do IPL n. 007/2013), o Departamento de Polícia Federal, por intermédio de sua Coordenação Assuntos Internos (COAIN), houve por bem instaurar o Inquérito Policial n. 007/2013, no propósito de apurar os contudentes fatos relatados por Cláudio José de Oliveira e corroborados por sua esposa Lucinara da Silva Oliveira (vide f. 17-25 do IPL).

A dinâmica dos acontecimentos, tal como a autoridade policial intui dos depoimento prestados por Cláudio e por sua esposa, foi circunstanciadamente exposta na representação de f. 11-19 dos autos da cautelar. Reproduzo-a em parte:

“Da síntese das oitivas de *Cláudio* e *Lucinara da Silva Oliveira* (esposa deste), temos que o empresário teria sido abordado por 02 (dois) supostos policiais federais, de uma equipe de 04 (quatro), em 1º.4.2013 no Posto do DETRAN-RJ, na Barra da Tijuca, Nesta ocasião foi-lhe apresentado um suposto Mandado de Busca e Apreensão em desfavor do mesmo, a ser cumprido em sua residência.

Ato contínuo, *Cláudio, Alexandre Sant’ Anna da Conceicao*, motorista deste, (usuário dos terminais 2134158151, 2180540197, 2181503236, 2199278151, 2131288151 e 2178209795), e mais dois seguranças particulares, ademais dos supostos policiais federais, deslocaram-se até a residência daquele, localizada à Av. Lúcio Costa n. 3650, Bl. 01, Apt. 407 Barra da Tijuca, Rio de Janeiro-RJ. Durante o cumprimento daquela suposta ordem judicial, os ditos policiais teriam dito que o alvo principal da investigação seria *Marcos Soares de Oliveira*, contratante de *Cláudio*.

Findo os trabalho de busca, nada tendo sido regularmente arrecadado ou apreendido, a não ser a quantia de R\$ 11.000,00 (onze mil reais) da qual foi posteriormente constatada a falta por *Lucinara*, foi exigida a soma de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) peia não atuação da equipe. Após negociações, esta quantia foi reduzida para R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais), a serem pagos em 07 (sete) dias.

Todavia, a titulo de garantia de que o pagamento seria feito, os supostos policiais federais exigiram a entrega do veículo Mercedes Bens SLK-200,

2009/2010, cor preta, Placas (...), e respectiva documentação, (CRLV e DUT em branco) de propriedade de *Cláudio*, o que foi feito.

Não bastasse o ocorrido, os supostos policiais federais ainda almoçaram as custas de *Cláudio* na Churrascaria Barra Grill, acompanhados deste e de seus seguranças.

Posteriormente, todo este histórico de fatos foi reportado a *David Pereira Almeida*, Policial Civil do Rio de Janeiro-RJ, lotado na Divisão Anti-Sequestro, que atua como chefe da segurança de *Cláudio*, (usuário dos terminais 2173761226, 2133476455 e 2178367902) o qual também passou a acompanhar a situação.

Dentre os supostos policiais federais que abordaram a vítima, um destes se apresenta como *Dr. Roberto*, o qual chefiou aquela atuação. Este passou a manter contato com *Cláudio* através do e-mail (...), pelo terminal (21) 6940(...), bem como por indeterminada pessoa de sua confiança através do terminal (21) 6980 (...), orientando ainda que tal contato deveria se dar utilizando-se uma linha pré-paga, habilitada exclusivamente para este fim.

Nestes contatos foi agendado o pagamento da quantia de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinqüenta mil reais) para o dia 9.4.2013, através de um motociclista que passaria em local e horário a ser marcado por *Roberto*. Este último ainda indicaria onde o veículo retido em garantia poderia ser encontrado.

No dia 3.4.2013 *Cláudio* foi apresentado por *David a Delgado*, o qual se apresentou como Delegado de Polícia Federal. Este suposto policial compareceu ao condomínio da vítima a fim de verificar as imagens dos outros policiais que realizaram aquela abordagem, confirmando tratar-se de policial federal o citado *Roberto*.

Entretanto, no dia 9.4.2013, momentos antes do encontro marcado para efetivar o pagamento, *Cláudio* foi novamente abordado, desta vez por três supostos policiais federais, a bordo de um Renault Megane, cor preta, placa não identificada e uma Viatura Ostensiva da Polícia Federal com a placa (...), posteriormente identificada como sendo uma Pajero Dakar da Delegacia de Dia da SR/DPF/RJ.

Observa-se que nesta nova abordagem estes supostos policiais demonstraram ter ciência da abordagem anterior, que *Cláudio* ia entregar determinada quantia e documentação àquela equipe. Teriam dito ainda que monitoravam suas ligações telefônicas há cerca de 06 (seis) meses.

Cláudio relatou ainda que, no curso desta abordagem, a qual deu-se em local ermo, afastado, sofreu agressões físicas por dois supostos policiais federais, sendo que um deles ainda fez menção de sacar a arma, em gesto intimidatório.

Esta suposta equipe de policiais também compareceu ao seu apartamento, e, da mesma forma que a anterior, realizou busca, sendo que esta se apossou de equipamentos eletrônicos e da quantia de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais)

que se encontrava ocultada em local de difícil acesso, do qual somente tinham conhecimento a vítima, sua esposa e o citado *David*. Observe-se que este último se negou a adotar quaisquer medidas legais em face àqueles.

Ao término da busca aqueles exigiram a quantia de R\$ 1.000.000,00 (hum milhão de reais), a ser pagos em duas parcelas de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), pela não atuação policial e a supressão de provas existentes contra os alegados investigados.

Posteriormente, em contato mantido pelo citado *Roberto* com *Cláudio*, o primeiro teria reproduzido ligação telefônica que demonstrara que *David* e *Alexandre* sabiam que haveria uma segunda abordagem policial à vítima.

Diante deste temerário quadro, das cobranças e do possível envolvimento de sua segurança pessoal com aquelas práticas criminosas, *Cláudio* e sua esposa resolveram se retirar do Rio de Janeiro-RJ rumo a São Paulo-SP.

Em uma das tratativas mantidas entre *Roberto* e *Cláudio*, no interesse de recuperar o veículo e, para tanto, objetivando o depósito dos exigidos R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais), o suposto policial forneceu a conta bancária da empresa *Radar Comércio e Serviços de Informações e Gerenciamento de Riscos Ltda* de n. 13002215-5, agência n. 3271, mantida no banco Santander. Em contrapartida enviaria o veículo por caminhão 'cegonha' para São Paulo-SP.

A seguir foram fornecidos por *Cláudio* áudios gravados pelo próprio de suas conversas com os criminosos, cujas degravações na íntegra encontram-se anexas ao volume principal deste, onde denota-se, de forma inequívoca, a prática criminosa; obtidas imagens do circuito interno do condomínio da vítima no dia 1º.4.2013 (as dos outros dias não haviam sido salvas, bem como as da churrascaria), sendo o Relatório desta imagens juntado ao volume principal; levantamentos em bancos de dados dos envolvidos, da referida empresa *Radar* (dados cadastrais e quadro societário) e dos veículos citados, bem como diligências *in locu* nos endereços apresentados. Aguarda-se retorno do reconhecimento fotográfico a ser feito por *Cláudio* e sua esposa de possíveis policiais federais envolvidos mencionados na epígrafe revelou a prática de diversos crimes, perpetrados por supostos policiais federais, em face de *Cláudio José de Oliveira*, no Rio de Janeiro-RJ, a partir de 1º.4.2013, dando início a chamada Operação Replay".

Das Medidas Adotadas em Sede Policial

As diligências realizadas em sede policial conferiram verossimilhança ímpar à narrativa de *Cláudio* e de sua esposa *Lucinara*: o resultado do cruzamento das informações prestadas pelas operadoras de telefonia em atendimento à determinação desse juízo, em especial o cruzamento das ERBs, o teor dos áudios gravados subrepticiamente por *Cláudio*, os registros de filmagens juntados aos autos, as pessoas que emergiram em sede de reconhecimento fotográfico por ele realizado, os diálogos interceptados com autorização judicial, todos

estes elementos probatórios são plenamente compatíveis com a dinâmica dos acontecimentos, tais como narrados pelas vítimas junto à COAIN.

Pois bem. Passo, agora, a narrar as condutas dos investigados identificados até o presente momento. A farei sob a forma de eventos, vinculando-os a suas respectivas células criminosas.

(...)

Evento 02

Após tomar conhecimento da abordagem sofrida por Cláudio pelos falsos policiais federais, *Davi D Pereira de Almeida*, policial civil em atividade e chefe da segurança do empresário Cláudio, vislumbrou a possibilidade de obtenção de lucro fácil. Assim, ao tempo em que combinou que no dia 9.4.2013 - data agendada com Cláudio para efetiva entrega do dinheiro, como visto no evento anterior - iria acompanhá-lo na entrega do referido montante, oportunidade em que uma equipe da polícia civil prenderia em flagrante a pessoa incumbida de recebê-lo, *David* arquitetou um engenhoso plano no propósito de interceptar os R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais) exigidos por *Alfredo* e seus asseclas. Para sua consecução, contou com a intervenção de seu amigo pessoal *Rony*, dos policiais federais **Delgado**, *Gerson*, *Dias*, *Márcio* e de *Alexandre*, este último motorista de Cláudio. Cada qual foi incumbido de desempenhar uma tarefa específica na dinâmica do plano orquestrado.

Nesse contexto, **Delgado**, na condição de policial federal, foi incumbido de conferir idoneidade à extorsão sofrida por Cláudio, de modo a incutir-lhe o temor necessário para ceder a ela, bem como de acionar os também policiais **Márcio**, **Dias** e **Gerson**, por sua vez, num momento posterior, o abordariam. A abordagem obedeceria a um duplo propósito: resgatar os R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais) e submeter Cláudio a um novo acaque.

Alexandre, previamente ciente de que Cláudio estaria na iminência de ser novamente extorquido, conduziria o veículo que seria interceptado pelos federais. **Rony** seria o elo de ligação entre **Davi** e **Delgado**, já que amigo pessoal de ambos. Interviria, também, numa fase posterior, desencorajando Cláudio a 'denunciar' seus algozes. *David*, mentor intelectual do estratagema, atuaria de forma velada, até mesmo para não gerar desconfiança em seu patrão, e se encarregaria de convencer negociar com seus comparsas a quantia por eles exigida, intermediando-a.

Nessa ordem de idéias, **Rony** aciona **Delgado**, que no dia 3.4.2013, é apresentado a Cláudio por **David** com a devida credencial de policial federal. Após analisar as imagens gravadas pelo circuito interno de TV do condomínio **Next Residence Service**, no afã de fazer com que Cláudio tomasse por séria e fundada a extorsão que sofreria, **Delgado** reconhece **Alfredo** como sendo policial federal e, por cautela típica de quem tem algo a temer, determina que Cláudio jamais invoque seu nome em vão.

No dia 9.4.2013, data marcada para a entrega dos 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais) e dos documentos exigidos por *Alfredo, David* contacta por telefone seu amigo e motorista *Alexandre* e, propositalmente, adia seu encontro com Cláudio, inicialmente marcado para as 08:00 hs, em frente ao Hotel Windsor, localizado na Barra da Tijuca, para as 10:00 hs. A esta altura, ambos, *David* e *Alexandre*, tinham plena ciência de que Cláudio estava na iminência de ser submetido a um novo achaque, o que, de fato, ocorreu.

Com efeito, em razão do adiamento, Cláudio, *Alexandre*, seu motorista, e Osvaldo, seu segurança, enquanto se dirigiam para uma revenda de veículos na Av. das Américas, foram abordados pelos policiais federais *Gerson, Dias, Márcio* e um outro ainda não identificado, que estavam bordo de um Renault Megane, cor preta, placa não identificada, e uma viatura ostensiva da Polícia Federal com a placa (...), posteriormente identificada como sendo uma Pajero Dakar da Delegacia DELDIA da SR/DPF/RJ.

Nesta oportunidade, os referidos policiais realizaram uma varredura no veículo de Cláudio em busca dos R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais) e da documentação referente a operações financeiras realizadas Marcos Soares de Oliveira. Após, reterem os celulares de Cláudio, *Alexandre* e Osvaldo, aterrorizaram o empresário, dizendo-lhe que ele e seu contratante seriam alvos de investigação, bem como afirmaram ter conhecimento do “acerto” que fizera. Após, se deslocaram para local um pouco mais afastado, onde *Gerson* o Cláudio, causando danos a sua integridade física.

Como não lograram êxito em achar o dinheiro e a documentação, os denunciados *Gerson, Dias e Márcio* se dirigiram para a residência de Cláudio. Enquanto *Dias* efetivamente ingressou em suas dependências, *Gerson* e *Márcio* aguardaram do lado de fora do prédio. Nesse contexto, *Dias* empreendeu nova “busca”, acompanhado de Cláudio e *David*, que desaguou na “apreensão” de equipamentos eletrônicos e da quantia de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), a qual se encontrava oculta na parte superior interna do ar condicionado condicionado.

David, que desde o início fez questão de permanecer alheio à abordagem, a fim de que não fosse levantada qualquer suspeita acerca de sua participação no evento, vai ao encontro de Cláudio muito tempo depois, embora os registros referentes à localização da antena de seu celular revelem sua proximidade com o palco dos acontecimentos. Chegando à residência de Cláudio, *David*, não obstante policial civil, em nenhum momento questiona o motivo da abordagem, nem sequer a eventual existência de mandado judicial de busca e apreensão. Em seguida, após dispensar Osvaldo, determinou que seu comparsa *Alexandre* retirasse Lucinara. Sem a presença de quaisquer pessoas estranhas à quadrilha, *David*, como visto no parágrafo anterior, acompanha Cláudio na “busca”, fornecendo para *Dias* as coordenadas para a localização dos R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) que apenas ele, *David*, e as vítimas sabiam existir.

Após deixarem a residência de Cláudio, os denunciados *Márcio, Gerson e Dias* exigiram-lhe a quantia de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), a ser paga em duas parcelas de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), em contrapartida a não instauração de uma investigação pela prática do crime de corrupção, no que concerne ao acordo levado a efeito por ele junto aos protagonistas do primeiro evento. Os referidos policiais disseram-lhe, ainda, que eliminariam as provas existentes contra ele e seu contratante Marcos, no âmbito de investigação policial que alegam existir. Por fim, disseram que caso a quantia não fosse paga, acabariam com a sua vida e de seus familiares. *David* não só testemunhou esta exigência, como incumbiu-se pessoa/mente de viabilizar a consumação do pagamento, agindo como intermediário entre Cláudio e seus comparsas. Nesse sentido, os áudios captados subrepticiamente por Cláudio são eloqüentes.

Por fim, algumas considerações sobre o papel aparentemente indiferente confiado a **Rony** na estrutura organizacional da quadrilha. *Sócio de Delgado na empresa Pereira e Botelho Consultoria e Intermediação de Negócios e amigo pessoal de David, Rony foi elo de ligação entre ambos. Coube a ele, também, repassar para David o teor das conversas mantidas com Delgado e Gerson. Até porque, é intuitivo, David não poderia se comunicar ou ser visto com os algozes de seu patrão. Nesse sentido, em 29.8.2013, Rony se encontra com Delgado e Gerson e, de imediato, marca encontro com David. Outrossim, apresentado a Cláudio por David no dia 10.4.2013, Rony atribuiu a si a falsa condição de policial federal e o desencorajou a adotar qualquer medida em face de seus comparsas, dizendo-lhe que era melhor pagar o valor exigido, pois sua vida correria risco. Por fim, impende assinalar que um dos aparelhos celulares apreendidos na segunda abordagem sofrida por Cláudio, passou a ser utilizado por Juan, filho de Rony. Tal fato é relevante, na medida em que o implica diretamente no evento.*

(...)

Já o Colegiado estadual assim se manifestou sobre a inépcia da incoativa nos aclaratórios (fls. 363-364):

(...)

Ultrapassado esse aspecto, quanto à alegada omissão no que diz respeito à arguição de inépcia da denúncia quanto à imputação do crime de quadrilha, assiste razão ao embargante, uma vez que, de fato, o tema não foi abordado pelo voto condutor do julgamento. Entretanto, a leitura atenta da denúncia, constante de fls. 143-174 dos autos, não deixa dúvidas de que o órgão acusatório, com riqueza de detalhes, narra uma associação estável e duradoura entre os denunciados, voltados ao cometimentos de ilícitos; situação essa que, a despeito de a imputação dos autos principais referir-se apenas ao delito do art. 316 do Código Penal, além do art. 288 do mesmo diploma, em concurso material, não afasta a afirmada intenção do grupo de praticar ilícitos vários.

É pensar que, como crime autônomo que é, pode haver, ao menos em tese, a imputação exclusiva do delito de quadrilha, desde que indiciada, por elementos mínimos de prova, a intenção dos denunciados de praticar crimes da mesma espécie ou não. Evidentemente desnecessária é a imputação, na mesma peça, dos possíveis crimes para os quais se associaram os réus denunciados pelo primeiro. Nesse passo, a conclusão firmada naquela peça inicial não deixa dúvidas quanto ao preenchimento dos requisitos do art. 41 do Código Penal nesse particular, permitindo aos denunciados o exercício amplo do direito de defesa. Leia-se:

(...)

Nesse passo, há de ser suprida a omissão para afastar a alegação de inépcia da denúncia quanto ao crime de quadrilha.

(...)

Nos termos do art. 5º, LV, da Constituição Federal, e do art. 41 do Código de Processo Penal, exige-se, para o ajuizamento de uma ação penal, a individualização da conduta criminosa imputada, cabendo ao acusador expor o fato criminoso “com todas as suas circunstâncias”.

Como se tem reiteradamente afirmado, a incoativa deve traduzir os sete elementos do injusto, indispensáveis à adequação de qualquer fato criminoso, conforme magistério doutrinário, a saber:

- a) *Quem* praticou o delito (*quis*)?
- b) Que *meios* ou instrumentos empregou? (*quibus auxiliis*)?
- c) Que *malefício*, ou perigo de dano, produziu o injusto (*quid*)?
- d) Que motivos o determinaram à prática (*cur*)?
- e) Por que *maneira* praticou o injusto (*quomodo*)?
- f) Em que *lugar* o praticou (*ubi*)?
- g) Em que *tempo*, ou instante, deu-se a prática do injusto (*quando*)?

O prévio conhecimento da imputação dirigida contra o acusado é pressuposto inarredável do exercício da ampla defesa:

A narração deficiente ou omissa, que impeça ou dificulte o exercício da defesa, é causa de nulidade absoluta, não podendo ser sanada porque infringe os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, *As nulidades no processo penal*, 9. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 109).

Nesse diapasão, a meu sentir, de forma suficiente, cuidou-se de identificar a vinculação do recorrente com a suposta prática do crime de quadrilha, visto o pontuar na exordial acusatória dos elementos delitivos.

De fato, verifica-se que, na peça incoativa, houve a narrativa da conduta criminosa imputada ao increpado com todas as circunstâncias relevantes, de maneira suficiente ao exercício do direito de defesa.

Ao oferecer a denúncia, o *Parquet* não se limitou a simplesmente repetir os termos da lei, mas, no meu sentir, apontou circunstâncias concretas que dariam azo à inauguração do processo penal, demonstrando a peça de ingresso liame entre a suposta atuação do requerente no ocorrido, o suposto vínculo dele com os demais corréus (fls. 166, 167 e 173), bem como a prática tida por delituosa.

A meu julgo, poder-se-ia acarretar em pernicioso imiscuição no trâmite da instrução processual uma descrição mais pormenorizada da conduta pretensamente praticada pelo recorrente, em prol da satisfação do intento defensivo no esmiuçar das ações que ensejaram o pretense crime em aspecto tão inaugural.

Assim, a narrativa empregada na incoativa exaure-se na definição normativa da quadrilha, ficando a cargo da instrução criminal o deslinde pormenorizado do quadro fático-probatório.

Com efeito, a leitura da peça acusatória permite a compreensão da acusação, não ensejando, conforme já explicitado, em inépcia da inicial, pois observou-se o contido no artigo 41 do Código de Processo Penal, expondo o fato criminoso com todas as suas circunstâncias relevantes.

Nesse sentido, confira-se o entendimento desta Casa de Justiça:

Processual Penal. *Habeas corpus*. Dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses previstas em lei. Condenação: pena de 3 anos de detenção. Apelação. Cerceamento de defesa, atipicidade da conduta, nulidades. Matérias não analisadas pelo Tribunal de origem. Supressão de instância. Não-conhecimento. Inépcia da denúncia. Não-ocorrência. Denúncia que narra o fato e suas circunstâncias. Falta de justa causa. Impossibilidade de análise no âmbito estreito do *writ*. Constrangimento ilegal não-evidenciado. Prescrição da pretensão punitiva. Não-ocorrência. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada.

(...)

2. O trancamento de ação penal em sede de *habeas corpus* reveste-se sempre de excepcionalidade, somente admitido nos casos de absoluta evidência de que, nem mesmo em tese, o fato imputado constitui crime.

3. Havendo estrita observância dos requisitos legais previstos no art. 41 do Código Processo Penal, quais sejam, a exposição do fato criminoso, narrando todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado e a tipificação dos delitos por ele cometidos, não há falar em inépcia da denúncia, nem em falta de justa causa para a ação penal.

4. Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o réu defende-se dos fatos narrados na denúncia, e não da capitulação nela contida.

5. Não há falar em prescrição da pretensão punitiva se não decorreu o prazo entre os marcos interruptivos.

6. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada.

(HC n. 85.356-SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 17.11.2009, DJe 7.12.2009)

Processo Penal. *Habeas corpus*. Lei n. 8.666/1993. Art. 89. Inépcia material da denúncia. Atipicidade. 1. Ausência de dolo. Suficiente descrição objetiva e subjetiva dos fatos. Constrangimento ilegal. Ausência. 2. Descrição do prejuízo da Administração Pública. Debate na inferior instância. Ausência. Conhecimento. Impossibilidade.

1. O trancamento de ação penal é medida excepcional, que somente se viabiliza quando exsurge de modo patente a violação de algum dos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal. *In casu*, o *Parquet* cuidou de narrar de maneira satisfatória o evolvente fático que, em tese, se amolda objetiva e subjetivamente ao disposto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993.

2. A matéria concernente à ausência de descrição do prejuízo que teria de amargar a Administração Pública no seio da incriminação em testilha não foi debatida na inferior instância, sendo, portanto, vedado a esta Corte dela conhecer, sob pena de indevida supressão da instância.

3. Ordem conhecida em parte, e, nesta extensão, denegada.

(HC n. 69.922-DF, de minha relatoria, Sexta Turma, julgado em 4.6.2009, DJe 22.6.2009)

Habeas corpus. Estelionato. Direito Processual Penal. Informações prestadas pela autoridade coatora. Irregularidade. Supressão de instância. Inépcia da denúncia. Inocorrência. Ausência de justa causa. Trancamento da ação penal. Improcedência. Acórdão impugnado. Omissão. Inocorrência. Ordem parcialmente conhecida e denegada.

1. A matéria relativa à irregularidade das informações prestadas pelo juízo natural da causa à Corte Estadual, efetivamente, não se constituiu em objeto do *decisum* impugnado, o que impede o seu conhecimento, pena de supressão de um dos graus de jurisdição.

2. Ajustada ao artigo 41 do Código de Processo Penal, enquanto descreve, de forma circunstanciada, as condutas típicas atribuídas ao paciente, realizadas em co-autoria, não há falar em inépcia da denúncia.

3. O trancamento da ação penal por ausência de justa causa, medida de exceção que é, somente pode ter lugar, quando o motivo legal invocado mostrar-se na luz da evidência, *primus ictus oculi*.

4. “As omissões da denúncia ou da queixa, da representação, ou, nos processos das contravenções penais, da portaria ou do auto de prisão em flagrante, poderão ser supridas a todo o tempo, antes da sentença final” (Código de Processo Penal, artigo 569).

5. A prova inicial que instrui a denúncia há de assegurar a viabilidade da ação penal, não se exigindo, contudo, que predefina a prova bastante à condenação.

6. Suficientemente fundamentado o acórdão impugnado, no sentido de considerar suficientes para a deflagração da *persecutio criminis* os elementos trazidos na denúncia, não há falar em constrangimento ilegal sanável pela via do *habeas corpus*, inexistindo ilegalidade qualquer na adoção, como razões de decidir, de trechos da própria denúncia e de informações prestadas pela autoridade coatora.

7. Ordem parcialmente conhecida e denegada.

(HC n. 28.554-SC, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, julgado em 30.5.2006, DJ 4.9.2006, p. 327)

Processo Penal. *Habeas corpus*. Lei n. 8.666/1993. Art. 89, parágrafo único. Inépcia formal da denúncia. Não ocorrência.

1. O trancamento de ação penal é medida excepcional, que somente se viabiliza quando exsurge de modo patente a violação de algum dos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal. *In casu*, o *Parquet* cuidou de narrar de maneira satisfatória o evolver fático que, em tese, se amolda objetiva e subjetivamente ao disposto no art. 89, parágrafo único, da Lei n. 8.666/1993.

2. Ordem denegada.

(HC n. 76.880-MS, de minha relatoria, Sexta Turma, julgado em 21.9.2010, DJe 7.2.2011)

No que tange à carência de fundamentação da constrição, confirmam-se os fundamentos declinados, em 17.12.2013, pelo magistrado singular no decreto de segregação do recorrente (fls. 179-223):

(...)

Dos Fatos

Como expus na decisão que decretou as prisões temporárias dos investigados, os fatos apurados nesta ação penal dão conta de que, em meados do primeiro semestre de 2013, o empresário *Claudio José de Oliveira*, residente no Rio de Janeiro, dirigiu-se à cidade de São Paulo e procurou o Tenente da Polícia Militar Carlos Cezar *Marera*, então assessor do Deputado Estadual Fernando Capez, a quem solicitou ajuda alegando estar sendo vítima de extorsão.

O tenente, então, fez chegar os fatos à Corregedoria Geral da Polícia Federal, instaurando-se, assim, o Inquérito Policial n. 007-2013-4-COAIN/COGER/DPF.

Inquirido (fls. 21-25 do IPL), *Claudio José de Oliveira* relatou que no dia 1º.4.2013, foi abordado no DETRAN-RJ por uma equipe composta por 04 (quatro) pessoas que se apresentaram como policiais federais e o conduziram até sua residência a pretexto de dar cumprimento a um mandado de busca e apreensão oriundo da Justiça de Brasília. Naquela oportunidade, afirmaram que *Claudio* teria envolvimento com crimes praticados pela pessoa de nome *Marcos Soares de Oliveira*. A equipe era composta por uma pessoa que se identificava como Delegado Federal, de alcunha Dr. *Roberto*, sendo assim chamado pelos demais integrantes do grupo.

No dia dos fatos, *Claudio* subiu para sua residência com *Roberto* e mais um membro da equipe e os outros dois permaneceram embaixo do prédio na companhia de dois seguranças seus, identificados como *Clayton da Silva Castro* (que é policial civil) e *Oswaldo Luis da Conceição* (que é tenente do corpo de bombeiros).

No decorrer da busca, *Roberto* teria proposto a *Claudio* que colaborasse com as investigações na qualidade de informante, fornecendo informações sobre as atividades ilícitas de *Marcos Soares de Oliveira*, o que lhe isentaria de qualquer responsabilidade criminal, e exigiu o pagamento da quantia de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) que, após algumas tratativas, foi reduzido para R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais).

Claudio esclareceu, ainda, que *Roberto* lhe exigiu alguma garantia do pagamento futuro do valor acima referido, tendo *Claudio* respondido que só possuía os seus veículos. Nesse contexto, *Roberto* simplesmente levou consigo o veículo Mercedes Benz, modelo SLK-200, placa (...), de propriedade de *Claudio*, e os respectivos documentos de licenciamento e transferência.

Cláudio afirmou, também, que naquele mesmo dia foi “convidado” pelos referidos policiais para almoçar na churrascaria Barra Grill, para onde todos se dirigiram, inclusive seus dois seguranças e o motorista particular, tendo ao final *Cláudio* pago a conta integralmente com seu cartão de débito do Banco do Brasil.

Ainda segundo o relato de *Cláudio*, o chefe de sua segurança pessoal, *David Pereira de Almeida*, policial lotado na Divisão anti-Sequestro da Polícia Civil do Rio

de Janeiro, esteve em sua residência na mesma data à noite, ocasião em que lhe relatou todo o ocorrido.

Claudio prosseguiu afirmando que, nos dias que se seguiram, obedeceu às orientações que recebera do suposto Delegado *Roberto*: habilitou uma linha de celular pré-paga, acessou o seu email, recebeu um email oriundo do endereço (...), no qual lhe foi informando o telefone (...) e entrou em contato com ele. Passou então a tratar com *Roberto* através deste telefone e de sua nova linha.

O empresário detalhou que ficou ajustado que os R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais) seriam entregues a um motociclista, em espécie, em local que seria posteriormente indicado por *Roberto* e que, logo após receber o dinheiro, este lhe informaria onde o veículo Mercedes Benz poderia ser resgatado.

(...)

Mas *Claudio* relatou ainda mais. No dia 9.4.2013, data em que teria ficado ajustada a entrega do dinheiro, o que faria na companhia de *David*, ele sofreu nova abordagem, de outra equipe de policiais, que o agrediram e também realizaram buscas em sua residência. E, desta vez, as exigências aumentaram pois os policiais solicitaram R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) para cessar uma suposta investigação e nada levantar sobre a corrupção decorrente do ajuste que *Claudio* fizera com a primeira equipe policial que o abordou.

(...)

Neste depoimento, *Claudio* afirmou que tanto o “*Dr. Roberto*” quanto os policiais da segunda equipe lhe fizeram várias ameaças:

‘que gostaria de acrescentar que policiais da segunda equipe de policiais que o abordou enfatizaram que caso não pagasse a quantia acertada, os mesmos ‘acabariam com a vida do depoente e de seus familiares, onde quer que se encontre; que *Roberto* chegou a ameaçar que acabaria com a sua família em Goiás, caso o depoente não cumprisse o acordo.’

Em razão do ocorrido, *Claudio* e sua esposa *Lucinara* simplesmente se retiraram do Rio de Janeiro, para fugir das extorsões e garantir sua integridade física. Não obstante, *Claudio* continuou a contatar e ser contactado pelos policiais da primeira e da segunda equipes, sempre no intuito da conclusão dos ‘acordos’ de pagamento. O empresário, inclusive, passou a gravar as conversas telefônicas que mantinha com todos, para se documentar e proteger.

O desenrolar das investigações demonstrou a existência de veementes indícios de participação de toda a equipe de segurança de *Claudio*, além de policiais e ex-policiais civis e federais, nos dois eventos.

(...)

Quanto a *David*, chefe da segurança de *Cláudio*, após a primeira abordagem, prontificou-se a ajudá-lo a identificar as pessoas que se apresentaram como

policiais. Para tanto, levou um suposto Delegado de Polícia Federal, de nome **Delgado**, para acessar as imagens de segurança do prédio e verificar se aquelas pessoas que lá estiveram eram, de fato, policiais federais.

Pois bem, o que ocorreu? **Delgado** teria afirmado, falsamente, que o tal Dr. **Roberto** não era delegado mas sim agente de polícia federal. E ele próprio, **Delgado**, também não é delegado.

Cláudio reconheceu **Delgado** fotograficamente, identificando a pessoa de **Luciano Botelho Delgado**, agente de polícia federal que atualmente se encontra afastado de suas funções na Superintendência do Rio de Janeiro por ter sido preso em operação policial juntamente com o contraventor Aniz Abrahão David.

Insere-se neste contexto a pessoa de **Rony**, sócio de **Delgado** na empresa **Pereira e Botelho Consultoria**, que participou de uma reunião com **Cláudio** e foi apresentado por **Delgado** como sendo policial federal, o que também não é verdadeiro. Não coincidentemente, **Rony** manteve vários contatos telefônicos, segundo apurado pelo cruzamento de dados realizado na interceptação telefônica, com o chefe de segurança **David**.

No dia da segunda abordagem, curiosamente, **David** atrasou-se para tão importante evento (a entrega do dinheiro) e avisou **Alexandre**, que transmitiu tal mensagem ao patrão. A investigação demonstrou, porém, que **Alexandre** mantivera contatos com **Alfredo**, inclusive no dia 9.4.2013, e embora tenha tido seu aparelho celular Iphone subtraído, este passou a ser utilizado cerca de 15 (quinze) dias depois por sua própria esposa, sugerido que ele próprio o resgatou porque tinha relação com as pessoas que abordaram **Claudio**.

Quanto a este segundo evento, **Claudio** também identificou **José Carlos da Silva Dias**, agentes de polícia federal aposentado e **Gerson Ribeiro da Costa**, agente de polícia federal da ativa, como membros da segunda equipe que o abordou.

Afirmou que foi agredido fisicamente por **Gerson**, estando aparentemente as lesões sofridas documentadas por fotos.

(...)

Da Necessidade das Prisões Preventivas

(...)

As provas até o momento produzidas indicam que os denunciados **Alfredo Silva Neto**, **Ronaldo da Cruz Vaz**, **Clayton da Silva Castro**, **Gerson Ribeiro da Costa**, **José Carlos da Silva Dias**, **Luciano Delgado Botelho**, **David Pereira de Almeida**, **Rony Pereira** e **Márcio dos Santos Costa** são pessoas que representam perigo concreto para o meio social e precisam ser mantidos presos como única forma de evitar que continuem a praticar crimes. Ou, em outras, palavras, somente a prisão preventiva será capaz de fazer cessar a prática reiterada por parte deles.

Como afirmado na decisão que decretou as prisões temporárias, praticamente todos os denunciados são policiais ou ex-policiais. E, apesar de terem sido

formados para atuar na repressão à atividade criminosa em geral, aparentemente se associaram em caráter permanente e estável justamente para praticar crimes de natureza grave, valendo-se, ademais, de prerrogativas que só podem ser utilizadas de forma legítima, em especial o acesso a informações de investigação, o emprego de armas, o uso da força e a possibilidade de ingresso em residência alheia para o cumprimento de medida judicial.

Este contrassenso, por si só, já seria suficiente, a meu ver, para justificar suas segregações cautelares, pois é evidente que a ordem pública resta intensa e permanentemente violada quando policiais e ex-policiais se unem a terceiros para exercer, em caráter permanente e estável, atividade totalmente oposta àquela para a qual foram investidos em seus cargos. E ainda invocando um poder arbitrário que jamais lhes foi conferido.

Os veementes indícios de associação criminosa - cuja característica essencial é justamente um vínculo subjetivo entre os agentes alimentado pelo propósito de cometer uma série indefinida de crimes no futuro - já são denotativos concretos da necessidade da prisão cautelar.

(...)

Sob outro aspecto, o *modus operandi* e a gravidade concreta das condutas que lhes são imputadas também são indicativos da periculosidade dos denunciados, representando motivos idôneos para a decretação da prisão cautelar.

(...)

Como narrado linhas atrás, os robustos indícios colhidos no IPL indicam que foram feitas duas abordagens arbitrárias à vítima *Claudio José de Oliveira*, com emprego de armas e violência física, que redundaram na invasão de sua residência e no apossamento indevido de vários bens móveis de alto valor nas duas ocasiões.

(...)

Houve, ademais, conforme declarado pela vítima, ameaças de morte a ela e a sua família, ameaças estas parcialmente comprovadas por diálogos telefônicos colhidos posteriormente aos fatos.

Tamanho foi o assédio sofrido que a vítima precisou se redrar do Rio de Janeiro, na companhia de sua esposa *Lucinara*, e pedir auxílio em outro Estado da Federação.

Vê-se, portanto, que os fatos pelos quais os agentes são acusados são de extrema gravidade concreta e indicativos de intensa periculosidade social, denotando uma provável reiteração delitiva caso sejam postos em liberdade, quando encontrarão os mesmos estímulos para as atividades ilícitas.

Quanto ao segundo pressuposto para a decretação da medida, qual seja a conveniência da instrução criminal, todas as considerações feitas para justificar

a decretação das prisões temporárias se prestam também a justificar a prisão preventiva.

(...)

A investigação contém inúmeros e fortíssimos indícios de que os investigados, caso lhes seja permitido, efetivamente usarão tais conhecimentos para oferecer obstáculos às investigações. A dinâmica dos fatos apurados até agora aponta para a conclusão de que, aparentemente, os investigados se uniram em grupos, de forma ousada, para praticar atos extremamente graves. Desta dinâmica se extraem os métodos que já demonstraram serem capazes de utilizar, envolvendo uma série de atos ilícitos paralelos para atingir o seu objetivo final. Dentre esses atos estão agressões físicas, ameaças de morte, interceptações legais, falsificações de documentos públicos, utilização indevida de distintivos e viaturas públicas. Portanto, os fatos já verificados permitem fazer um prognóstico relativamente seguro dos modos e meios utilizados e de sua capacidade de agir.

Registro que, por trás dos atos de extorsão sempre esteve a afirmação de que havia investigações em curso e que os policiais, sabedores de tal fato, se dispunham a eliminá-las ou encerrá-las indevidamente.

A maior prova da infiltração dos acusados em uma rede de relacionamentos capaz de interferir na persecução criminal foi a verificação de que houve vazamento da operação, a despeito de ela ter sido conduzida em absoluto sigilo por policiais que sequer são deste Estado.

Segundo as palavras do próprio delegado presidente do IPL, “o que se percebe, é que houve o vazamento da investigação e ocorreu um ajuste pari eliminação de qualquer prova material e adoção de outras providências que, porventura, pudessem salvaguardar os agentes, em tese, delituosos, de eventual persecução penal.”

As circunstâncias que levaram o Delegado presidente do IPL a fazer tal afirmação se encontram minuciosamente descritas no relatório a partir de fl. 917.

Pois bem, esta capacidade de atuar interferindo na livre atuação dos poderes institucionais representa um real e concreto perigo de que sejam reproduzidas medidas semelhantes, desta feita em detrimento de eventuais provas a serem produzidas no curso da ação penal.

Em resumo, há veementes indícios de que os investigados têm conhecimento e coragem suficientes para oferecer sérios obstáculos à instrução processual.

(...)

6) *Luciano Delgado Botelho*

Luciano Delgado é agente de polícia federal. No encontra afastado de suas atividades.

*Isto porque foi preso na Operação 1357 conduzida pela própria polícia federal, por vazamento de informações e envolvimento com a exploração de máquinas caça-níqueis, devendo ser registrado que nesta mesma oportunidade foram também detidas figuras do alto escalão da contravenção no Estado do Rio de Janeiro, mais especificamente **Aniz Abrahão David**.*

Segundo sua defesa (petições apresentadas às fls. 626-656 da medida cautelar de prisão temporária 0802291-14.2013.4.02.5101 e às fls. 1.123-1.130 destes autos), a participação imputada a *Delgado* nos fatos é de menor relevância e não possui relação direta com a extorsão praticada, não se justificando a imposição da prisão preventiva por esta razão. Além disso, *Delgado* reside no Espírito Santo e sofre de problemas psiquiátricos, havendo justo receio de que seu encarceramento cautelar cause transtornos irreversíveis em sua saúde mental.

Não obstante o esforço de sua defesa, a decretação da prisão de *Delgado* também se faz necessária.

Ora, este segundo episódio em sua carreira nada mais é do que um fortíssimo e concreto indício de sua determinação em reiterar na prática delitiva. E mais, ele demonstra que nem mesmo o afastamento do cargo foi suficiente para prevenir novos atos ilícitos de sua parte, já que suas relações com policiais da ativa e de outras corporações viabilizaram a conduta criminosa que lhe é imputada.

Os fatos de supostamente residir no Espírito Santo, de estar afastado e sofrendo de algum tipo de problema psiquiátrico não o impediram, aparentemente, de participar de forma direta da trama que envolveu as extorsões realizadas contra a vítima *Cláudio José de Oliveira* nesta cidade do Rio de Janeiro, o que, evidentemente, implicou o seu deslocamento até aqui e a manutenção de contatos com os demais agentes envolvidos.

Muito embora não se tenha feito presente pessoalmente nos atos de agressão física e de esbulho à vítima, *Delgado*, ao que tudo indica, contribuiu de forma determinante para a realização dos atos criminosos, já que ludibriou a vítima fazendo-se passar por delegado federal - cargo que nunca ocupou - e permitindo que se desse seguimento às 'negociações' para o pagamento do valor extorquido, o que culminou com as agressões e esbulhos sofridos por *Cláudio*.

Ressalto que a investigação demonstrou existir intensa ligação entre *Delgado* e o chefe da segurança da vítima, *David*.

Em suma, embora esteja afastado do seu cargo público e já tenha sido preso por envolvimento em fatos graves ligados à violação de seus deveres funcionais, foi identificado como participante de uma nova trama criminosa.

Registro, ainda, que *Delgado* foi o único dos investigados que não foi preso temporariamente pois não foi localizado. E embora sua defesa técnica tenha apresentado petição em juízo afirmando que ele tem endereço certo no estado do Espírito Santo - onde não teria sido procurado - fato é que o mesmo não

declinou o seu endereço, nem se apresentou à Polícia ou ao juízo para esclarecer os fatos ocorridos no Rio de Janeiro, sendo este, portanto, o distrito da culpa.

Sua condição, portanto, é de foragido, o que revela mais um fundamento autônomo para a decretação da prisão preventiva em relação a sua pessoa (assegurar a futura aplicação da lei penal).

Concluo, pois, ser imperiosa a decretação de sua prisão preventiva.

(...)

Colhe-se do prévio mandamus estes excertos (fls. 282-295):

Conforme amplamente analisado por este Relator, na decisão pela qual foi apreciado o requerimento liminar (fls. 228-242), a prisão preventiva do paciente foi decretada por decisão ampla e minuciosamente fundamentada pela autoridade indigitada coatora. Assim, na referida decisão (fls. 178-189), foram descritos os fatos até então demonstrados pelos elementos de convicção coligidos no curso das investigações:

(...)

Para, conclusiva e coerentemente arrematar, aduzindo que “*se os denunciados acima citados não forem presos preventivamente, muito provavelmente voltarão a delinquir e oferecerão entraves à instrução processual. Neste passo, registro também que ainda estão em trâmite no âmbito da Polícia Federal algumas diligências que instruirão a presente ação penal, como informado pela autoridade policial às fls. 947. À vista deste contexto, é evidente que as medidas cautelares substitutivas da prisão (art. 319 do CPP) se mostram insuficientes para atingir os fins de evitar a reiteração delitiva e garantir uma regular instrução processual. Há prova contundente nos autos de que nem mesmo o afastamento do cargo por parte de alguns denunciados (pela aposentadoria, pela demissão ou por cautela em procedimento disciplinar) foi capaz de evitar que os mesmos seguissem delinquindo*” (grifos nossos).

Portanto, diante dos elementos analisados e da fundamentação formulada pela autoridade impetrada, revela-se cristalino que a prisão cautelar decretada fundou-se efetivamente em elementos concretos coligidos no curso das investigações que prosseguem, e não apenas nas condições pessoais do paciente ou mesmo no cargo que ocupam, nada existindo no presente ‘writ’ que caracterize a ilegalidade do decreto cautelar ou ausência de fundamentos que caracterizem a necessidade da providência cautelar extrema.

As alegações formuladas na impetração não se sustentam diante dos fatos descritos na imputação, apoiados em consistente e vasto suporte a lastrear a denúncia, caracterizado, assim, o *fumus comissi delicti*. Ademais, as circunstâncias descritas como caracterizadoras dos motivos que justificam a necessidade da prisão cautelar, também se encontram amparadas nos elementos coligidos nas

investigações, cabalmente demonstrado, na decisão impugnada, assim como nos elementos dos autos nos quais se apoiou toda a fundamentação, o *periculum libertatis* em relação ao paciente, como se depreende da decisão supra transcrita.

Ressalte-se que a primariedade e os bons antecedentes, a residência certa e ocupação lícita, são fatores que, por si só, não são impeditivos à decretação da prisão preventiva, se presentes os requisitos insertos no art. 312 do Código de Processo Penal.

Ante o exposto, voto pela *denegação da ordem*.

Em sede de embargos de declaração, pontuou-se o seguinte (fls. 364):

(...)

Cabe, por fim, apreciar os vícios formais apontados na conclusão a que chegou esta 2ª Turma Especializada, em votação unânime, pela denegação da ordem, notadamente a partir das profundas discussões travadas em sessão de julgamento. Não se abrirá, aqui, nova discussão sobre a necessidade da custódia cautelar que foi decretada, amplamente tratada no voto condutor. E, diversamente do que se quer fazer crer o embargante, houve convergência entre os membros votantes, quanto às seguintes conclusões:

(i) os laudos médicos apresentados e que instruem o *writ* não são suficientes para a caracterização dos alegados problemas de saúde mental a que afirmadamente vem passando o paciente para o fim de autorizar a mudança do local da custódia - Bangu 8 - juntamente com os demais policiais até a realização de um exame pericial que confirme, eventualmente, a sua enfermidade.

(ii) o fato de a posição inicial adotada pela Exma. Juíza Convocada Simone Schreiber, de maneira favorável ao paciente, não significa que nesse sentido foi a votação final que, como acima visto, foi unânime, com a ressalva da necessidade de o paciente ser submetido a um exame pericial com o fim de, eventualmente, confirmar a enfermidade que diz possuir, o que não é contraditório com a preocupação externada em relação à necessidade de ser preservada a integridade física do paciente.

(iii) o pretendido encaminhamento do paciente à prisão domiciliar, com ou sem outras providências cautelares diversas da prisão, não foi acolhido pela decisão final, o que denota que a intenção do embargante, nesse particular, é o rejuízo do feito, em tese não permitido pelo art. 619 do Código de Processo Penal.

(...)

Verifica-se que foi decretada e mantida a custódia provisória, essencialmente, em razão do *modus operandi* delitivo, da renitência criminosa, da

periculosidade do agente e de estar foragido. Destacou-se, por fim, a garantia da ordem pública e a aplicação da lei penal.

Ao que se me afigura, debruçando-me sobre o caso em concreto, a prisão provisória se sustenta, porque nitidamente vinculada à elementos de cautelaridade.

Nunca é demais lembrar que a prisão processual somente pode ser decretada em situações excepcionais, com fulcro em dados concretos. Nesse âmbito, vê-se que a decisão guerreada lastreou-se em elementos extraídos concretamente da conduta em tese perpetrada pelo acusado.

Com efeito, a gravidade concreta - explicitada, em especial, no *modus operandi* delitivo - foi alinhada como substrato para o encarceramento processual do ora recorrente.

Pontuou-se o transcorrer do agir do acusado que, conforme se depreende dos autos, reflete um sofisticado esquema de obtenção de informações privilegiadas, concernentes a investigações policiais, com a utilização delas para veicular concussão, servindo-se o increpado da função pública para constranger as testemunhas/vítimas. Assim, a adjetivação empregada para a pretensa conduta criminosa pauta-se minuciosamente nas circunstâncias do fato.

Não se ignora que “ordem pública” é expressão deveras fluida, como lembra Tourinho Filho:

“Ordem pública” é fundamento geralmente invocável, sob diversos pretextos, para se decretar a preventiva, fazendo-se total abstração de que esta é uma coação cautelar e, sem cautelaridade, não se admite, à luz da Constituição, prisão provisória.

“Comoção social”, “perigosidade do réu”, “crime perverso”, “insensibilidade moral”, “os espalhafatos da mídia”, “reiteradas divulgações pela rádio e pela televisão”, “credibilidade da Justiça”, “idiossincrasia do Juiz por este ou aquele crime”, tudo, absolutamente tudo, ajusta-se à expressão genérica “ordem pública”. E como sabe o Juiz que a ordem pública está perturbada, a não ser pelo noticiário? Os jornais, sempre que ocorre um crime, o noticiam. E não é pelo fato de a notícia ser mais ou menos extensa que pode caracterizar a “perturbação da ordem pública”, sob pena de essa circunstância ficar a critério da mídia (...) Na maior parte das vezes, é o próprio Juiz ou o órgão do Ministério Público que, como verdadeiros “sismógrafos”, mensuram e valoram a conduta criminosa proclamando a necessidade de “garantir a ordem pública”, sem nenhum, absolutamente nenhum, elemento de fato, tudo ao sabor de preconceitos e da maior ou menor sensibilidade desses operadores da Justiça. E a prisão preventiva,

nesses casos, não passará de uma execução sumária. Decisão dessa natureza é eminentemente bastarda, malferindo a Constituição da República. O réu é condenado antes de ser julgado. E se for absolvido? Ainda que haja alguma indenização, o anátema cruel da prisão injusta ficará indelével para ele, sua família e o círculo da sua amizade. (*Manual de processo penal*, São Paulo, Saraiva, 2006, pp. 614-615)

A despeito dos reclamos doutrinários de interpretação restritiva da locução ordem pública, a jurisprudência desta Casa de Justiça tem-na admitido nas hipóteses em que o *decisum* se funda em elementos concretos dos autos.

De fato, outro não é o entendimento desta Corte, que considera a gravidade concreta do delito dado apto a engendrar a cautelaridade para a prisão processual.

Dessarte, estando a manutenção da segregação lastreada em elementos concretos colhidos dos próprios autos, não há imputar qualquer ilegalidade à custódia. Nesse sentido, confirmam-se estes julgados:

Habeas corpus impetrado em substituição ao recurso previsto no ordenamento jurídico. 1. Não cabimento. Modificação de entendimento jurisprudencial. Restrição do remédio constitucional. Exame excepcional que visa privilegiar a ampla defesa e o devido processo legal. 2. Demora na conversão do flagrante em prisão preventiva. Superveniência da decisão fundamentada de prisão preventiva. Mera irregularidade. 3. Usura, extorsão e formação de quadrilha. Prisão preventiva. Fundamentação idônea. *Modus operandi*. Periculosidade dos pacientes. Temor infundido a testemunhas. Constrangimento ilegal não evidenciado. 4. *Habeas corpus* não conhecido.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Atento a essa evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir *habeas corpus* que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial, no afã de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente, a ser sanado mediante a concessão de *habeas corpus* de ofício, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que a demora de prazo superior a 24h para apreciar a conversão da prisão em flagrante em preventiva, pelo Juízo de primeiro grau, consiste em mera irregularidade procedimental, a qual não enseja o relaxamento da prisão cautelar,

mormente se considerada a superveniência de decisão na qual está devidamente apontada a presença dos requisitos para a custódia cautelar previstos no art. 312 do Código de Processo Penal.

3. Não se pode olvidar que a regra em nosso ordenamento jurídico é a liberdade, de forma que toda prisão antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória reveste-se de excepcionalidade, assumindo natureza exclusivamente cautelar. Assim, a segregação preventiva só pode ser decretada e mantida em razão de decisão escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, quando preenchidos os pressupostos necessários insculpidos no art. 312 do Código de Processo Penal e quando demonstrada concretamente e objetivamente sua real necessidade. Na hipótese vertente, a custódia foi mantida considerando-se o *modus operandi* da quadrilha, que infundia temor às vítimas por meio de ameaças, de agressões físicas e de morte, durante meses, até que obtivessem êxito na atividade criminosa. Além disso, a prisão tem esteio na preservação da instrução criminal, a fim de que seja assegurado o depoimento das testemunhas.

4. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC n. 259.068-RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 9.4.2013, DJe 16.4.2013)

Processual Penal. *Habeas corpus*. Prisão preventiva. 1. Falta de fundamentação. Inocorrência. Garantia da ordem pública e aplicação da lei penal. Associação criminosa. Referência à necessidade da prisão para barrar reiteração delitiva. Risco concreto de fuga pelas características do paciente. 2. Condições pessoais favoráveis. Irrelevância. Ocorrência de outros fundamentos a justificar a medida. 3. Ordem denegada.

1. Justifica-se a prisão preventiva para garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal quando, tratando-se de imputação de associação criminosa voltada ao tráfico internacional de entorpecentes, houver fundado receio de reiteração criminosa, pelas características do grupo, assim como de fuga pelo paciente.

2. Condições pessoais favoráveis, por si só, não são suficientes a autorizar o apelo em liberdade quando presentes outras razões para a manutenção da custódia, mormente se preso o réu durante todo o processo.

3. Ordem denegada.

(HC n. 79.257-GO, de minha relatoria, Sexta Turma, julgado em 9.10.2007, DJ 29.10.2007 p. 319)

Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. Não cabimento. Ausência de previsão legal. Homicídio qualificado. Revogação da prisão preventiva. Falta de fundamentação da prisão. Ilegalidade. Ordem não conhecida.

1. Na esteira dos recentes precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior de Justiça, é incabível o *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário.

2. As hipóteses de cabimento do *writ* são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso cabível. Precedentes.

3. A inadequação da via eleita, contudo, não desobriga este Tribunal Superior de, *ex officio*, fazer cessar manifesta ilegalidade que importe no cerceamento do direito de ir e vir do paciente.

4. A decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva apresenta motivação idônea, calcada na periculosidade concreta do paciente, em especial pelo *modus operandi* descrito nos autos - o paciente, reincidente, agiu com motivação revanchista; sua presença causa temor em pessoas da comunidade local e há informação de que a testemunha Gustavo Mendonça de Medeiros, falecida em situação suspeita, teria sido ameaçada pelo réu, por ter presenciado o homicídio investigado no feito.

5. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC n. 255.528-DF, Rel. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ-PE), Sexta Turma, julgado em 5.2.2013, DJe 25.2.2013)

Penal. *Habeas corpus* liberatório. Paciente pronunciado pelo crime de homicídio qualificado (arts. 121, § 2º, I, IV, e V, c.c. art. 288, parág. único, todos do CPB). Prisão preventiva decretada em 16.6.2004, mas cumprida somente em 13.10.2009. Materialidade provada e indícios suficientes de autoria. Presença dos elementos autorizadores da custódia cautelar. Delito com características de pistolagem. Fuga do distrito da culpa por 5 anos. Paciente preso com documentos falsos. Temor das testemunhas inexistência de excesso de prazo. Incidência da Súmula n. 21 do STJ. Recurso em sentido estrito defensivo já julgado pelo TJPI. Alegação de insuficiência de provas da autoria. Dilação probatória incompatível com o *mandamus*. Extensão do benefício da liberdade provisória concedida a corréu. Ausência de similitude fático-processual. Parecer do MPF pela denegação da ordem. Ordem denegada.

1. A jurisprudência desta Corte Superior expressa a firme orientação de ser imprescindível à decretação da prisão preventiva a sua adequada fundamentação, com a indicação precisa, lastreada em fatos concretos, da existência dos motivos ensejadores da constrição cautelar, sendo, em regra, inaceitável, que a só gravidade do crime imputado à pessoa seja suficiente para justificar a sua segregação provisória.

2. A custódia cautelar pode ser imposta em qualquer fase processual, desde que presentes os requisitos autorizadores da medida, nos termos do art. 312 do CPP. *In casu*, verifica-se, concretamente, a par do resguardo da ordem pública, risco quanto à impossibilidade de correta e efetiva aplicação da lei penal, uma vez

que o paciente permaneceu foragido por 5 anos, utilizando documentos falsos de identificação para dificultar a prisão; sobreleva anotar, ainda, o temor sentido pelas testemunhas, que ainda devem depor perante o Tribunal do Júri.

3. Eventuais condições subjetivas favoráveis, tais como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e trabalho lícito, por si sós, não obstam a segregação cautelar, se há nos autos elementos hábeis a recomendar a sua manutenção, como se verifica no caso em tela.

4. A teor da Súmula n. 21 desta Corte, pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução; ademais, no caso, já foi julgado o Recurso em Sentido Estrito defensivo, o que mais fragiliza a argumentação de excesso prazal, uma vez que o processo tem tido andamento célere e regular.

5. No tocante à tese de ausência de suporte probatório para a acusação, inviável a sua análise, posto não ser admitido no rito sumário do *Habeas Corpus* aprofundada e valorativa apreciação dos elementos de prova. Precedentes.

5. Verificada a ausência de identidade fático-processual entre a situação do paciente e a do corréu beneficiado com a revogação da segregação cautelar (porque preso há mais de 4 anos), correta a decisão colegiada que negou a aplicação do previsto no art. 580 do CPP no caso.

6. Ordem denegada, em consonância com o parecer ministerial.

(HC n. 192.948-PI, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 26.4.2011, DJe 20.5.2011)

Habeas corpus. Impetração originária. Substituição ao recurso ordinário. Impossibilidade. Respeito ao sistema recursal previsto na Carta Magna. Não conhecimento.

1. De acordo com o disposto no artigo 105, inciso II, alínea **a**, da Constituição Federal, o Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar, mediante recurso ordinário, os *habeas corpus* decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais e pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória.

2. A Primeira Turma do 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. 8.038/1990, passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* originário perante aquela Corte em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que deve ser adotado por este Superior Tribunal de Justiça, a fim de que restabelecida a organicidade da prestação jurisdicional que envolve a tutela do direito de locomoção.

3. Tratando-se de *writ* impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício.

Homicídio qualificado. Prisão preventiva. Requisitos. Preenchimento. Garantia da ordem pública. Gravidade concreta do delito. Modus operandi. Periculosidade do agente. Reiteração criminosa. Temor de represálias contra as testemunhas. Obstáculo à elucidação do fato. Fundamentação idônea e constitucional. Segregação justificada e necessária. Constrangimento ilegal não evidenciado. Writ não conhecido.

1. Não há falar em constrangimento ilegal quando a custódia cautelar está devidamente justificada na garantia da ordem pública, em razão da gravidade concreta do delito em tese praticado e da periculosidade da agente, bem demonstradas pelo *modus operandi* empregado.

2. Mostra-se também imprescindível a prisão cautelar para fazer cessar a reiteração criminosa, vez que ao paciente foi imputado a prática de outro crime de homicídio tentado contra o seu delator, circunstância que demonstra a sua potencial periculosidade e a real possibilidade de que, solto, volte a delinquir.

3. Imprescindível se mostra a manutenção da constrição também quando há temor de ameaça contra as testemunhas, o que dificultaria o esclarecimento dos fatos perante o juízo competente.

4. *Habeas Corpus* não conhecido.

(HC n. 252.006-MT, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 13.11.2012, DJe 4.12.2012)

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Homicídio duplamente qualificado. Prisão preventiva. Decreto fundamentado. Garantia da ordem pública, conveniência da instrução e aplicação da lei penal. Circunstâncias que indicam periculosidade concreta do paciente.

1 - Mostrando-se a custódia cautelar suficientemente fundamentada na necessidade de manutenção da ordem pública e na conveniência da instrução criminal, notadamente diante de ameaças a testemunha, assim também para assegurar a aplicação da lei penal, não há como reconhecer o alegado constrangimento.

2 - Muito embora o clamor público, por si só, não seja suficiente à decretação da prisão preventiva, tem-se, no caso, que as circunstâncias que envolveram a prática do delito revelam periculosidade concreta justificadora da segregação antecipada, além da intranqüilidade gerada na comunidade local.

3 - Circunstâncias pessoais do acusado, tais como primariedade, profissão definida e residência fixa, por si só, não são suficientes para afastar a necessidade da custódia cautelar, caso presentes os requisitos ensejadores da prisão preventiva.

4 - Recurso a que se nega provimento.

(RHC n. 17.746-BA, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 16.5.2006, DJ 26.2.2007 p. 640)

Pontue-se, ainda, que não se deve descurar de recente julgamento do Tribunal *a quo* sobre a determinação do acusado submeter-se a incidente de sanidade mental - HC n. 0007695-22.2014.4.02.0000. Eis a ementa do aresto (fl. 463):

Penal. *Habeas corpus*. Incidente de insanidade mental. Réu foragido.

1 - Trata-se de *habeas corpus* objetivando determinar à 8ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro a instauração do incidente de insanidade mental do paciente, requerendo a realização do ‘exame médico-legal em qualquer Hospital Penal Psiquiátrico Público no Estado do Espírito Santo.

2 - Os documentos acostados aos presentes autos apontam para a existência de quadro de enfermidade mental do réu, motivo pelo qual o exame pleiteado pelos impetrantes deverá ser realizado, sem o prejuízo do cumprimento do decreto de prisão cautelar exarado em desfavor do réu.

3 - A realização do exame deverá acontecer no Espírito Santo, sendo este o Estado em que deverá permanecer recolhido quando se apresentar, haja vista ser o local em que residem seus familiares.

4 - Ordem concedida.

Diante desse quadro, superado resta o pleito de que o recorrente realizasse dado exame, mas persiste o decreto constritivo - “sem prejuízo do cumprimento do decreto de prisão cautelar exarado em desfavor do réu” (fl. 463).

Contudo, alega a defesa, em petição de fls. 445-464, que se afigura dispare a seguinte situação: o increpado se apresentar, eis que se encontra foragido, para a submissão à análise dos peritos e aguardar o resultado do laudo na penitenciária. Salienta que “a insistência em submeter o acusado ao cárcere, antes da conclusão dos laudos, é contraditória com a preocupação judicial em preservar a sua saúde psíquica” (fl. 449).

De se ressaltar que, *na sustentação oral realizada perante o Colegiado Federal da 2ª Região, o causídico subscritor do mandamus asseriu, em virtude de questionamento feito pela Desembargadora Simone Schreiber, que o réu se apresentaria para a feitura do exame, mesmo que decorresse o seu recolhimento à prisão* (fl. 457).

Para a elucidação do imbróglio, valho-me dos termos do artigo 319, inciso VII, do Código de Processo Penal. Ei-lo:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: (Redação dada pela Lei n. 12.403, de 2011).

(...)

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; (Incluído pela Lei n. 12.403, de 2011).

Na espécie, inexistente conclusão definitiva dos peritos, eis que o incidente foi recentemente instaurado (fl. 464). Porém, há fortes indícios de que o increpado seja portador de algum distúrbio de saúde, conforme o propagado pela defesa, que pugnou - e defendeu nas razões recursais - inclusive pela aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

Portanto, a mim me parece que, em atenção aos brocardos da dignidade da pessoa humana e da razoabilidade, possível se mostra que o acusado não aguarde no cárcere o resultado do laudo psiquiátrico, em especial diante de exames particulares que certificam a existência de transtorno de saúde, mas sim, após a apresentação em juízo para a feitura do laudo, deve esperar o resultado do incidente de sanidade no próprio Hospital Psiquiátrico ou equivalente, em seu Estado de domicílio, qual seja, o Espírito Santo. Acrescente-se que tal situação deve perdurar até a subsequente apreciação do juiz sobre a perícia realizada.

Agora, acaso o réu não compareça para a submissão ao exame, faculto ao magistrado de primeiro grau que lhe revigore o decreto constritivo.

Por tudo o dito, entendo por prejudicado o esmiuçar do pedido de reconsideração da liminar de fls. 445-464.

Ante o exposto, *nego provimento* ao recurso. Não obstante, *concedo, de ofício, a ordem* a fim de que, após se apresentar para o exame de sanidade mental, o recorrente aguarde o resultado do laudo no próprio Hospital Psiquiátrico ou equivalente, localizado no Estado do Espírito Santo, até a subsequente apreciação do juiz sobre a perícia realizada, sendo facultado que se lhe revigore o decreto constritivo, acaso o réu não compareça para a submissão ao exame.

É como voto.

Recorrido: L E F

Recorrido: V C K

Advogado: Délio Fortes Lins e Silva Júnior e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Processual Penal. Denúncia. Recebimento. Resposta do acusado. Reconhecimento. Ausência de justa causa. Possibilidade. Ilicitude da prova. Afastamento. Inviabilidade. Acórdão recorrido. Fundamento exclusivamente constitucional. Decreto regulamentar. Tipo legislativo que não se insere no conceito de lei federal (art. 105, III, **a**, da CF).

1. O fato de a denúncia já ter sido recebida não impede o Juízo de primeiro grau de, logo após o oferecimento da resposta do acusado, prevista nos arts. 396 e 396-A do Código de Processo Penal, reconsiderar a anterior decisão e rejeitar a peça acusatória, ao constatar a presença de uma das hipóteses elencadas nos incisos do art. 395 do Código de Processo Penal, suscitada pela defesa.

2. As matérias numeradas no art. 395 do Código de Processo Penal dizem respeito a condições da ação e pressupostos processuais, cuja aferição não está sujeita à preclusão (art. 267, § 3º, do CPC, c.c. o art. 3º do CPP).

3. Hipótese concreta em que, após o recebimento da denúncia, o Juízo de primeiro grau, ao analisar a resposta preliminar do acusado, reconheceu a ausência de justa causa para a ação penal, em razão da ilicitude da prova que lhe dera suporte.

4. O acórdão recorrido rechaçou a pretensão de afastamento do caráter ilícito da prova com fundamento exclusivamente constitucional, motivo pelo qual sua revisão, nesse aspecto, é descabida em recurso especial.

5. Os decretos regulamentares não se enquadram no conceito de lei federal, trazido no art. 105, III, **a**, da Constituição Federal.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, 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, conhecer parcialmente do recurso e, nessa parte, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Assusete Magalhães, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ-PE), Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília (DF), 16 de maio de 2013 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior, Relator

DJe 29.5.2013

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: Trata-se de recurso especial interposto pelo *Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional, contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça local no Recurso em Sentido Estrito n. 2010011191481-6.

Consta dos autos que o Ministério Público do Distrito Federal ofereceu denúncia contra *L E F* e *V C K*, imputando-lhes a prática do crime tipificado no art. 1º, V, da Lei n. 8.137/1990, c.c. o art. 71 do Código Penal. Após a citação, os réus ofereceram defesa preliminar (fls. 339-367). Posteriormente, acolhendo tese defensiva de que as provas que amparariam a acusação seriam ilícitas, o Juízo de primeiro grau rejeitou a denúncia (fls. 575-579).

O Ministério Público interpôs recurso em sentido estrito (fls. 580-598) e a defesa opôs embargos de declaração (fl. 630). O Juízo de primeiro grau rejeitou os declaratórios, mas manteve a decisão que rejeitou a denúncia. A defesa, então, interpôs apelação (fls. 668-675).

O Tribunal *a quo*, por unanimidade, deu provimento à apelação defensiva (fl. 735):

Apelação criminal. Crimes contra a ordem tributária. Rejeição da denúncia. Pedido de liberação de valores apreendidos. Possibilidade. Recurso provido.

Se a denúncia veio desnuda de indícios veementes quanto à responsabilidade imputada aos ora apelantes – porque lastreada em provas ilícitas – não se faz presente o requisito legal para a manutenção do sequestro de valores decretados.

Na mesma ocasião, por maioria, a Corte de origem negou provimento ao recurso em sentido estrito ministerial:

Recurso em sentido estrito. Lei n. 8.137/1990, art. 1º, inciso V. Nulidade da decisão que rejeitou a denúncia – preclusão *pro iudicato* não verificada. Preliminar rejeitada. Sigilo de dados de contribuinte afastado. Matéria afeta à reserva de jurisdição. Entendimento sufragado pelo STF. Recurso a que se nega provimento.

Oferecida a resposta à acusação, o Magistrado poderá exercer novo juízo de admissibilidade quanto à presença dos pressupostos processuais e das condições da ação.

A quebra de sigilo bancário, ainda que pelos órgãos de fiscalização, sem o crivo do judiciário, afronta os princípios da Carta Republicana, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal (RE n. 389.808).

Não prospera, por ausência de justa causa, a denúncia lastreada em provas ilícitas, porquanto inaptas para demonstrar a certeza da materialidade do fato-crime.

O Ministério Público, então, interpôs recurso especial – dirigido apenas contra o acórdão proferido no recurso em sentido estrito – em que alega violação do art. 395, III, do Código de Processo Penal, bem como negativa de vigência aos arts. 396, 397 e 399 do mesmo Estatuto e, ainda, aos arts. 195 do Código Tributário Nacional, 5º, § 1º, XIII, 6º da LC n. 105/2001 e 1º e 2º do Decreto n. 4.489/2002.

Traz as seguintes teses:

a) após o recebimento da denúncia, não poderia o Juízo de primeiro grau, quando da análise da defesa preliminar, considerar inexistente a justa causa e rejeitar a peça acusatória;

b) as provas que embasaram a denúncia seriam lícitas. As informações referentes à movimentação de cartão de crédito foram encaminhadas ao Fisco pelas respectivas operadoras, por força de obrigação legal, e não *por diligência empreendida pelo agente fiscalizador* (fl. 770).

Pede o provimento do recurso especial, com o recebimento da denúncia e o prosseguimento da ação penal.

A defesa, por sua vez, opôs embargos de declaração (fl. 791), os quais foram rejeitados (fls. 984-986).

O *Parquet* ratificou o recurso especial (fl. 989), e a defesa apresentou contrarrazões (fls. 1.008-1.020). Admitiu-se o recurso na origem (fls. 1.036-1.038).

Recurso especial. Crime tributário. Ausência de fornecimento de notas fiscais de venda. Licitude das provas que fundamentaram a denúncia.

A denúncia foi instruída com os dados fornecidos pelas empresas de cartões de crédito à Secretaria de Fazenda. A prova é lícita.

A LC n. 105/2001 determina que as instituições financeiras transfiram as informações sobre seus clientes para as Secretarias de Fazenda estaduais. A autorização para a troca de informações decorre de lei, prescindindo, pois, de autorização judicial.

Questão decidida pelo Superior Tribunal de Justiça em recurso especial julgado sob o rito do art. 543-B do CPC.

Parecer pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Relator): Extrai-se do voto vencedor constante do acórdão recorrido, na parte em que entendeu possível ao Juízo de primeiro grau deixar de receber a denúncia, após o oferecimento da defesa preliminar, quando já havia sido recebida anteriormente, que (fls. 746-749):

[...]

No tocante à preliminar arguida pelo recorrente, verifica-se que em resposta à acusação a Defesa suscitou preliminar de nulidade das provas que instruem a denúncia, porquanto as informações que culminaram na lavratura dos autos de infração, mesmo sendo protegidas por sigilo fiscal, foram encaminhadas à administração sem que o Judiciário assim autorizasse.

Os autos foram conclusos ao MM. Juiz para atendimento do comando inserto no art. 397 do CPP, oportunidade em que não vislumbrou uma das hipóteses de absolvição sumária descritas no referido artigo. Contudo, deparou com a eiva das provas obtidas ilicitamente, e, assim, rejeitou a denúncia por ausência de justa causa.

É bem verdade que a par da discussão instaurada quando da edição da Lei n. 11.719/2008 no que tange ao momento oportuno para o recebimento da denúncia, o entendimento majoritário firmou-se no sentido de que é na fase do art. 396 do CPP que a inicial acusatória deverá ser recebida. [...] Menos verdade não o é, porém, que oferecida resposta à acusação, o Magistrado deverá exercer novo juízo de admissibilidade quanto à presença dos pressupostos processuais e das condições da ação. [...]

Como se vê, outra solução não se aventava ao magistrado senão analisar a preliminar defensiva e, reconhecendo sua inequívoca procedência, impedir que o processo seguisse em sua marcha.

Quanto à questão preliminar, respondo ao Ministério Público, dizendo o seguinte: O legislador processual penal não teve a felicidade de um Alfredo Buzaid, que escreveu um Código magnífico, o qual já está maltratado por tantas emendas. Mas o Código, em 1973, era de boa qualidade. Ali se previa que o juiz, ao deparar-se com a peça inicial, poderia extinguir mais tarde em qualquer momento, porque o Código Buzaid quer o saneador a cada ato do processo.

Alerto pela parte ré, o juiz poderia extinguir o processo sem exame do mérito. O que fez o legislador das reformas foi um arremedo do Código de 1973, mas que, porém, não é capaz de afastar a sistemática do Código primevo que, frise-se, reclama o saneador a cada ato do processo. Raciocínio contrário levaria à conclusão de que se a falta de justa causa ou a ausência manifesta de pressuposto processual, *v.g.*, viesse arguida pela parte ré na sua resposta, o Juiz estaria obrigado a impulsionar processo natimorto até a sentença.

Ora, ausente condição de procedibilidade, somente nessa fase verificada, ao magistrado se impõe o poder/dever de declarar a absolvição de instância, “denominação utilizada para caracterizar uma das hipóteses de crise de instância, isto é, a anormal paralisação do curso procedimental, de forma temporária (como ocorre nas questões prejudiciais) ou de forma definitiva, o que ocorre no caso de trancamento da ação penal”, tudo conforme a lição precisa de Frederico Marques citado por Guilherme de Souza Nucci no seu Código de Processo Penal comentado (2009, pp. 724-725). Como se vê, ainda que sob novas vestes, não se trata de tema novo a reclamar soluções rocambolescas, mas sim a prevalência da lógica sobre o apego à forma. Proceder de modo contrário, na situação estampada nos autos, implicaria malferimento de princípios caros ao Estado Democrático de Direitos, especialmente, ao devido processo legal, à dignidade da pessoa humana, à instrumentalidade das formas e à segurança jurídica, tudo em afronta direta à Carta Republicana.

Portanto, com a devida *venia* da Relatora, rejeito a preliminar. [...]

Feitas essas considerações, passa-se à análise do tema.

O art. 395 do Código de Processo Penal estabelece que a denúncia será rejeitada quando: I) for manifestamente inepta; II) faltar pressuposto processual

ou condição para o exercício da ação penal; ou III) faltar justa causa para a ação penal.

Não verificada, de plano, a ocorrência de alguma dessas hipóteses, a peça acusatória será recebida e determinar-se-á a citação do acusado para, no prazo de 10 dias, responder, por escrito à acusação (art. 396 do CPP).

Em sua resposta, *o acusado poderá arguir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário* (art. 396-A do CPP).

Diz então o art. 397 do referido Códex que, ao apreciar a defesa preliminar, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: I) a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; II) a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade; III) que o fato narrado evidentemente não constitui crime, ou IV) extinta a punibilidade.

A partir da leitura literal dos dispositivos mencionados, em especial do art. 397 do Código de Processo Penal, num primeiro momento, chegar-se-ia à conclusão de que o Juiz, quando da análise das teses trazidas pela defesa, poderia extinguir a ação penal tão somente nas hipóteses em que cabível a absolvição do sumária do acusado, as quais são elencadas nos quatro incisos do artigo.

A meu sentir, entretanto, com o devido respeito àqueles que entendem em sentido contrário, essa não é a melhor interpretação que se coaduna com o procedimento comum estabelecido no Código de Processo Penal, em especial, após as reformas introduzidas pela Lei n. 11.719/2008.

Destarte, como visto, o art. 396-A do Código de Processo Penal prevê que o acusado, na defesa prévia, poderá *arguir preliminares*.

É lição elementar do direito processual que as preliminares suscitadas pela defesa, via de regra, objetivam extinguir o processo, sem a análise do mérito, em razão da ausência de pressupostos processuais ou de condições da ação, entre as quais se inclui, no âmbito penal, a existência de justa causa.

A esse respeito:

[...]

21. *Pressupostos processuais*: são os requisitos necessários para a existência e validade da relação processual, propiciando que o processo possa atingir o seu fim. Como pressuposto de existência, pode-se citar a presença de jurisdição, uma

vez que apresentar a causa a uma pessoa não integrante do Poder Judiciário nada resolve em definitivo. Outro exemplo seria o julgamento empreendido por magistrado impedido. Como pressuposto de validade, pode-se mencionar a inexistência de suspeição do magistrado (art. 254, CPP), bem como a sua competência para decidir a causa, além da ausência de litispendência e coisa julgada. Note-se que as exceções são instrumentos hábeis para questionar esse pressuposto processual de validade. Raramente, a denúncia ou queixa será rejeitada por ausência de pressuposto processual, uma vez que, antes, busca-se a correção do erro. Ademais, se for recebida, somente após, por exceção, conseguir-se-á regularizar a relação processual.

22. *Condições da ação*: são os requisitos exigidos pela lei para que o órgão acusatório, exercendo o direito de ação, consiga obter do Poder Judiciário uma análise quanto à existência da pretensão punitiva do Estado e a possibilidade de sua efetivação. Na lição de Frederico Marques “são os elementos e requisitos necessários para que o juiz decida do mérito da pretensão, aplicando o direito objetivo a uma situação contenciosa” (*Elementos de direito processual penal*, v. 1, p. 292). São elas genéricas e específicas. Dentre as genéricas, temos: a) *possibilidade jurídica do pedido*, identificada majoritariamente, pela doutrina como o fato imputado a alguém ser considerado crime (tipicidade, ilicitude e culpabilidade). Logo, se, à primeira vista, lendo o inquérito que acompanha a denúncia ou queixa, não vislumbra o juiz qualquer desses elementos, deve rejeitar a peça acusatória. [...] b) *interesse de agir*, ou seja, deve haver necessidade, adequação e utilidade para a ação penal. A necessidade do *devido processo legal* para haver condenação e submissão de alguém à sanção penal é condição inerente a toda ação penal. Logo, pode-se dizer que é presumido esse aspecto do interesse de agir. Quanto à adequação, deve-se destacar que o órgão acusatório precisa submeter-se ao procedimento legal para que possa obter um julgamento de mérito a respeito da pretensão punitiva do Estado. Se ocorrer o ingresso da ação penal, sem o acompanhamento de prova pré-constituída, embora a narrativa feita na denúncia ou na queixa possa ser considerada juridicamente possível, não haverá interesse de agir, tendo em vista ter sido desrespeitado o interesse-adequação. Não há justa causa para a ação penal. [...] c) *legitimidade para agir*, vale dizer, ser o autor o titular da ação penal, conforme previsão legal.

[...]

34. *A justa causa para a ação penal*: embora grande parte da doutrina venha confundindo a justa causa com o interesse de agir, parece-nos correta a lição de Maria Thereza Rocha de Assis Moura, sustentando que a causa, em verdade, espelha uma síntese das condições da ação. Inexistindo uma delas, não há justa causa para a ação penal (*Justa causa para a ação penal - Doutrina e Jurisprudência*, p. 221). Portanto, sob tal prisma, o inciso II (faltar condição para o exercício da ação penal) já abrange o inciso III (faltar justa causa para o exercício da ação Penal). Poderia ter sido inserido, por outro lado, somente o disposto nos incisos I e II.

(NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 10ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 755-763)

Se, por disposição expressa do Código de Processo Penal, a parte pode arguir questões preliminares na defesa prévia, cai por terra o argumento de que o anterior recebimento da denúncia tornaria sua análise preclusa para o Juiz de primeiro grau. Também não se verifica razoabilidade na tese de que seu acolhimento pelo magistrado poderia ocorrer apenas por ocasião da sentença.

Não há porque dar início à instrução processual se o magistrado verifica que não lhe será possível analisar o mérito da ação penal, em razão de defeito que macula o processo. Além de ser desarrazoada essa solução, também não se coaduna ela com os princípios da economia e celeridade processuais.

Sob outro prisma, deve ser ressaltado que questionamentos acerca da possibilidade da análise das preliminares suscitadas na defesa prévia, como no caso dos autos, ocorrem apenas quando alguma delas é acatada e extinto o processo. Quando o Juiz as rejeita, proferindo verdadeiro despacho saneador no processo penal, nunca é colocada em dúvida a possibilidade de ser efetivada a análise de tais matérias após o oferecimento da defesa prévia.

Se é admitido o afastamento das questões preliminares suscitadas na defesa prévia, no momento definido no art. 397 do Código de Processo Penal, também deve ser considerado admissível o seu acolhimento, com a extinção do processo sem julgamento do mérito, terminologia que penso inclusive mais apropriada.

Ressalta-se que no julgamento do HC n. 150.925-PE, o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho consignou que *é na oportunidade do art. 397 do CPP que o Juiz deverá se manifestar com mais vagar sobre as teses suscitadas pelo acusado, caso alguma preliminar, exceção ou excludente de ilicitude ou de culpabilidade sejam suscitadas em defesa prévia para contestar a admissibilidade ab initio da persecução penal, ou verificar a possibilidade de absolvição sumária* (Quinta Turma, DJe 17.5.2010).

Aliás, nessa linha, acredito que se encontra o Ministro Og Fernandes. Peço desculpas, desde já, caso tenha interpretado de forma equivocada suas palavras, proferidas por ocasião do HC n. 232.842:

[...]

Deixando de lado maiores questionamentos, o certo é que a melhor solução a ser dada é no sentido de que o recebimento da peça vestibular se dá após o oferecimento da denúncia, consoante disposto no art. 396 do Estatuto Processual

Penal, porquanto, por uma questão de lógica, somente há como se absolver sumariamente o acusado, nos termos do art. 397 do referido diploma legal, quando já houver a formação da relação processual, isto é, com o anterior recebimento da peça inaugural, completado com a citação do acusado.

Dessa forma, vislumbra-se que após o oferecimento da denúncia ou queixa, o Juízo singular possui duas opções: rejeitá-la liminarmente, caso seja uma das hipóteses previstas no art. 397 da Lei Adjetiva, quais sejam, inépcia da exordial, falta de pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal, e falta de justa causa para o seu exercício, ou recebê-la, nos termos do artigo 396 do Código de Processo Penal, ordenando a citação do acusado para oferecer sua defesa.

Se a inicial acusatória for recebida, o magistrado poderá, ainda, após a apresentação de resposta à acusação, absolver o acusado sumariamente, tal como disposto no art. 397 da Lei Processual Penal, ou continuar com o processo, designando o dia e a hora para a audiência de instrução e julgamento.

Assim, o art. 399 não prevê um segundo recebimento da denúncia, mas tão somente a constatação, após a leitura das teses defensivas expostas, se existem motivos para a absolvição sumária do réu, *ou se o processo deve seguir seu curso normalmente.*

(HC n. 232.842-RJ, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 30.10.2012 – grifo nosso)

E também o Ministro Felix Fischer, em precedente referido, inclusive, no próprio acórdão recorrido:

[...]

Não obstante, com a inovação trazida ao procedimento, não mais se limita a defesa a apresentar defesa prévia, de conteúdo reduzido que, na prática, não implicava, regra geral, em atuação defensiva relevante. Agora, a teor do disposto no art. 396-A do CPP, poderá o acusado *“arguir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário.”*

Abre-se, então, ao Magistrado, a possibilidade de absolver sumariamente o réu quando verificar: *i) a existência manifesta de causa excludente da ilicitude; ii) a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimizabilidade; iii) que o fato narrado não constitui crime ou iv) extinta a punibilidade do agente. Poderá também, segundo preconiza abalizada doutrina, rever, após as alegações defensivas, a presença das condições da ação e pressupostos processuais.*

(HC n. 138.089-SC, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 22.3.2010)

Vale lembrar, ainda, que o art. 267, § 3º, do Código de Processo Civil, aplicável por analogia, por força do art. 3º do Código de Processo Penal, estabelece que o Juiz pode extinguir o processo sem julgamento do mérito, por ausência de pressupostos processuais e condições da ação, a qualquer tempo, inclusive de ofício.

Por fim, as matérias insertas no art. 397 do Código de Processo Penal representam um *plus* em relação às preliminares, pois aquelas importam na extinção da punibilidade, enquanto estas porão fim apenas ao processo, não impedindo, via de regra, a propositura de outra ação penal, desde que corrigida a mácula que determinou a sua extinção.

Sendo assim, autorizando o referido artigo a prolação de decisão de maior amplitude, que fulmina o próprio *jus puniendi*, não é razoável entender que seria vedado ao magistrado tomar decisão que fulmina apenas o processo.

Nas palavras de Antônio Scarance Fernandes e Mariângela Lopes, *não teria sentido abrir oportunidade ao acusado para a sua resposta, na qual pode alegar qualquer matéria em sua defesa, inclusive as que possibilitam a rejeição da denúncia ou queixa, se o juiz não pudesse mais rejeitar a acusação* (O recebimento da denúncia no novo procedimento. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 16, n. 190, p. 2-3, set. 2008).

Essa também é a lição de Gustavo Badaró:

[...]

Não há qualquer sentido, do ponto de vista da limitação à atividade cognitiva, que o juiz, após o recebimento da denúncia, possa rever tal decisão, mediante exceção, no que toca à ilegitimidade de parte, mas não possa fazer o mesmo com a impossibilidade jurídica do pedido, a inépcia da denúncia ou queixa ou qualquer outra questão de ordem pública. O juiz poderá dizer, "considerarei que o autor era parte legítima, mas agora, diante da resposta do acusado, percebo que se tratava de parte ilegítima, por isso, extingo o processo", mas não pode fazer o mesmo com relação à possibilidade jurídica do pedido ou a inépcia da denúncia? Diante da nova sistemática adotada no procedimento comum ordinário, com possibilidade de se alegar questões preliminares na resposta escrita e de haver absolvição sumária, é chegado o momento de uma evolução interpretativa, para admitir que o juiz tenha possibilidade de rever sua decisão de recebimento da denúncia ou queixa.

As condições da ação e os pressupostos processuais são matérias de ordem pública, que o juiz pode conhecer a qualquer tempo ou grau de jurisdição, independentemente de provocação das partes. Não há vinculação do juiz com a decisão anterior que recebeu a denúncia, nos termos do art. 396, *caput*, do

CPP, vez que inexistente preclusão ou qualquer outro mecanismo que torne o ato imutável ou não passível de reforma.

(Rejeição da denúncia ou queixa e absolvição sumária na reforma do CPP. RBCCrim. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 76, p. 173)

Portanto, não houve ilegalidade no procedimento adotado pelo Juízo de primeiro grau, que, embora inicialmente tenha recebido a peça acusatória, após a resposta do acusado, acolheu tese de ilicitude das provas que davam suporte à acusação, trazida pela defesa na resposta preliminar, e rejeitou a denúncia, ressaltando expressamente a possibilidade de propositura de outra ação penal, desde que calcada em elementos válidos.

Por fim, no tocante à alegação de que as provas seriam lícitas, o recurso especial não ultrapassa o juízo de admissibilidade.

Nesse ponto, disse o voto vencedor proferido no acórdão recorrido que (fls. 752-753):

[...]

No que tange ao mérito, o MM. Juiz reconheceu, na esteira do que decidira o excelso STF no julgamento do Recurso Extraordinário n. 389.908-PR, que a denúncia veio desnuda de provas válidas quanto aos indícios de autoria e materialidade aos ora recorridos.

O RE n. 389.808-PR veio encimado por ementa da seguinte sonoridade:

Sigilo de dados. Afastamento. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção – a quebra do sigilo – submetida ao crivo do órgão equidistante – o Judiciário – e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal. Sigilo de dados bancários. Receita Federal. Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal – parte na relação jurídico-tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte. (RE n. 389.808, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 15.12.2010, DJe-086, public 10.5.2011)

Na oportunidade, o excelso STF houve por bem, nos termos do voto do Ministro Relator Marco Aurélio, afastar a possibilidade de a Receita Federal ter acesso direto aos dados bancários da recorrente. Daí, conferiu-se à legislação de regência – entre as quais está a LC n. 105/2001 – interpretação conforme a Carta Federal, tendo como conflitante com esta a que implique afastamento do sigilo

bancário do cidadão, da pessoa natural ou da jurídica, sem ordem emanada do Judiciário.

Destarte, se à Receita Federal não é lícito ter acesso direto aos dados bancários dos cidadãos quiçá a fiscalização tributária distrital tal procedimento será permitido.

Outra não é a fonte de que emanaram os autos de infração acostados no presente feito.

Isto posto, nego provimento ao presente recurso em sentido estrito, mantendo intacta a r. sentença vergastada.

[...]

Como se verifica, nesse aspecto, o acórdão recorrido decidiu a questão com fundamento exclusivamente constitucional, motivo pelo qual sua revisão refoge ao âmbito do recurso especial.

Nesse sentido:

Penal e Processual Penal. Agravo regimental no agravo de instrumento. Tráfico ilícito de entorpecentes. Concessão do *sursis*. Alegada desproporcionalidade da resposta penal estatal. Matéria de índole constitucional. Incompetência do Superior Tribunal de Justiça. Reexame do material probatório. Súmula n. 7-STJ. Agravo não provido.

1. Consoante firme entendimento desta Corte Superior de Justiça, é inadequado o recurso especial nas hipóteses em que o fundamento do aresto recorrido esteia-se exclusivamente em matéria de índole constitucional.

[...]

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag n. 1.388.435-RJ, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 6.11.2012)

Processual Civil. Agravo regimental. Acórdão recorrido. Fundamento exclusivamente constitucional. Teoria do risco administrativo. Art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Prisão ilícita. Irrelevância do art. 266 do CPP, nos termos da fundamentação adotada na origem.

[...]

2. A *ratio decidendi* do acórdão recorrido é exclusivamente constitucional, insidicável pelo STJ em Recurso Especial (REsp n. 1.320.518-DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, AgRg no REsp n. 1.286.240-MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 25.4.2012).

[...]

4. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no AREsp n. 211.605-RS, Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 31.10.2012)

Ademais, no que diz respeito aos arts. 1º e 2º do Decreto n. 4.489/2002, merece ser lembrado que os decretos regulamentares não se enquadram no conceito de lei federal, trazido no art. 105, III, a, da Constituição.

A propósito:

Recurso especial. Administrativo. Incorporação. Quintos. Portaria e resolução. Atos normativos secundários. Não se enquadram no conceito de lei federal. Fundamentação deficiente. Aplicação da Súmula n. 284-STF.

1. *Não é cabível, na via estreita do recurso especial, o exame de eventual afronta ou negativa de vigência a portarias e decretos, atos administrativos que não se incluem no conceito de lei federal referido no artigo 105 da Constituição Federal.*

2. Se nas razões do recurso especial a parte, apesar de apontar violação de legislação infraconstitucional, deixa de demonstrar no que consistiu a alegada ofensa, aplica-se, por analogia, o disposto na Súmula n. 284 do Excelso Pretório.

3. Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 878.792-CE, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 11.10.2010 – grifo nosso)

Processual Civil. Recurso especial. Isenção condicionada. Alegação de efetivação, na origem, de interpretação equivocada do conteúdo normativo de decreto regulamentar. Ato normativo que não se enquadra no conceito de lei federal. Recurso especial não conhecido.

1. *O Superior Tribunal de Justiça não tem a missão constitucional de uniformizar a interpretação de dispositivos de decreto regulamentar, pois esta espécie de diploma normativo não se enquadra no conceito de "lei federal" para fins de interposição de recurso especial (precedentes citados: REsp n. 1.121.275-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 17.4.2012; AgRg no REsp n. 1.328.290-SC, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 11.9.2012; e REsp n. 778.338-DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 12.3.2007).*

2. Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 1.241.207-SP, Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 25.10.2012 – grifo nosso)

Ante o exposto, *conheço em parte do* recurso especial, porém *nego-lhe provimento*.

VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes (Presidente): Srs. Ministros, acho que nós estamos já encaminhando, desde a década de 90, com os juizados, etc., para a possibilidade de que termos soluções, senão consensuais, porém passíveis de abreviar o drama que é responder um processo independentemente de culpa simplesmente porque, de repente, acha-se que se deve mover uma ação penal ou, por outro lado, impedir que alguém promova a sua defesa antecipada e seja constrangida a responder a todos os passos de um processo até que haja uma decisão, Deus sabe quando, confirmando aquilo que o acusado já esperava, de forma angustiada, na solução absolutória. Embora todo o tumulto que houve nessa reforma do precesso penal - a Sra. Ministra Maria Thereza acompanhou isso muito de perto -, mas o sentido é esse.

Acompanho o voto do Sr. Ministro Relator, fazendo apenas esses aportes.

RECURSO ESPECIAL N. 1.388.440-ES (2013/0199670-0)

Relator: Ministro Nefi Cordeiro

Recorrente: Israel Andrade

Recorrente: Wagner Luiz de Paula Freitas

Advogado: Fabrício de Oliveira Campos

Advogada: Conceição Aparecida Giori

Recorrido: Ministério Público do Estado do Espírito Santo

EMENTA

Recurso especial. Crime contra as relações de consumo. Expor à venda mercadorias impróprias ao consumo. Violação ao art. 619 do CPP. Negativa de prestação jurisdicional. Inexistência. Fundamentação suficiente ao deslinde da controvérsia. Sentença. Desclassificação da conduta dolosa para culposa. Inobservância do art. 384, *caput*, do CPP. *Mutatio libelli*. Violação ao princípio da correlação entre a acusação

e a sentença. Anulação da sentença. Superveniência da prescrição da pretensão punitiva. Extinção da punibilidade.

1. Não importa negativa de prestação jurisdicional o acórdão que adota fundamentação contrária aos interesses da parte, mas suficiente ao deslinde da controvérsia.

2. O fato imputado aos réus na inicial acusatória, em especial a forma de cometimento do delito, da qual se infere o elemento subjetivo, deve guardar correspondência com aquele reconhecido na sentença, a teor do princípio da correlação entre a acusação e a sentença.

3. Encerrada a instrução criminal, concluindo-se que as condutas dos recorrentes subsumem-se à modalidade culposa do tipo penal e ausente a descrição de circunstância elementar, atinente ao elemento subjetivo do injusto na denúncia, imperativa a observância da regra inserta no art. 384, *caput*, do CPP, ainda que a nova modalidade de delito comine pena inferior, baixando-se os autos ao Ministério Público para aditar a inicial, sob pena violação ao princípio da ampla defesa e contraditório.

4. Transcorrido o prazo prescricional de 4 anos (art. 109, V, c.c. 110, § 1º, do CP), desde o recebimento da denúncia até a presente data, considerando-se a inexistência de outro marco interruptivo em face da anulação da sentença condenatória, verifica-se a prescrição da pretensão punitiva do Estado.

5. Recurso parcialmente provido para anular a sentença condenatória e julgar extinta a punibilidade dos recorrentes.

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 parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ-SP), Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 5 de março de 2015 (data do julgamento).

Ministro Nefi Cordeiro, Relator

DJe 17.3.2015

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nefi Cordeiro: *Israel Andrade e Wagner Luiz de Paula Freitas* interpõem recurso especial em face de acórdão assim ementado:

Denúncia, crime contra a ordem econômica artigo 7º, inciso II, da Lei n. 8.137/1990 sentença condenatória. Recurso da defesa. 1) Preliminar de nulidade por violação ao princípio da correlação entre a acusação e sentença. Ausência do elemento subjetivo da culpa na denúncia. Necessidade de observância ao instituto da *mutatio libelli* para reconhecimento do parágrafo único do artigo 7º da Lei n. 8.137/1990. Não acolhimento. 2) Preliminar de inconstitucionalidade do mencionado parágrafo único do artigo 7º da legislação especial. Não acolhimento 3) Mérito: absolvição. 3.1) Ausência de demonstração da responsabilidade pessoal dos recorrentes. Inocorrência 3.2) Impossibilidade da responsabilidade por omissão por se tratar de crime formal. Não acolhimento. 3.3) Ausência de prova da materialidade. Inocorrência. 4) Dosimetria fixação da pena de multa, isoladamente. Não acolhimento. 5) Recurso não provido.

1. Preliminar: violação ao princípio da correlação entre a acusação e a sentença O réu se defende dos fatos lançados na denúncia e não da capitulação jurídica atribuída pelo Ministério Público, sendo imprescindível que tenha prévio conhecimento dos fatos para que possa se defender, em conformidade com o princípio do contraditório e ampla defesa. Em específico, nos delitos contra as relações de consumo, nos termos do paragrafo único do artigo 7º da Lei n. 8.137/1990, o reconhecimento da modalidade culposa não impõe nova definição jurídica, apenas se restringe à aplicação da causa de diminuição de pena prevista no parágrafo único do citado artigo 7º da legislação extravagante. Lado outro, a defesa teve nos autos ampla ciência dos fatos imputados a oportunidade de se manifestar, donde se conclui que a hipótese narrada se subsume ao que propõe o instituto do *emendado libelli* (artigo 383, do CPP), por conter a denúncia todos os fatos que recaem sobre os réus, razão pela qual se revela desnecessária a produção de novas provas. Rejeito a preliminar.

2. Preliminar de inconstitucionalidade do parágrafo único, do artigo 7º da Lei n. 8.137/1990 conhece da alegação de inconstitucionalidade em razão do preceito secundário previsto para os delitos contra as relações de consumo, na modalidade culposa, não estabelecer parâmetros mínimo e máximo, atendo-se a estabelecer a fração de 1/3 (um terço) para redução da pena. Isso porque, a ordem

jurídica interna apenas estabelece, segundo o artigo 18 do Código Penal, que a modalidade culposa esteja previamente estabelecida no tipo penal, não existindo comando normativo impondo a definição, em específico, sobre seu preceito secundário. Rejeito a preliminar.

3. Mérito. Os gerentes do estabelecimento comercial respondem pelo delito contrário às relações de consumo, uma vez, caracterizado o nexo de causalidade entre o resultado danoso apresentado e o comportamento negligente, por se omitirem quanto ao dever de fiscalização das mercadorias apreendidas, ao concorrerem para exposição a venda em desacordo com as determinações legais, confirmando-se nos autos a responsabilidade subjetiva e a adequação da conduta narrada ao postulado normativo incluído na legislação penal especial, prevista no artigo 7º, inciso II, da Lei n. 8.137/1990.

4. Mérito. Ao admitir a punição na modalidade culposa, nos termos do parágrafo único do atado artigo 7º da Lei n. 8.137/1990, por via reflexa, o legislador infraconstitucional tornou possível a subsunção de uma conduta negligente (portanto omissiva) ao postulado normativo previsto no suscitado artigo 7º - como na hipótese dos autos.

5. Mérito. Para a caracterização da conduta delitiva em exame, incluída no inciso II do artigo 7, basta a comprovação da prática comercial mediante a violação das prescrições legais, que podem ser identificadas, mediante uma interpretação sistemática. na exegese que se extrai do artigo 31 do Código de Defesa do Consumidor, sendo prescindível a prova do efeito dano à coletividade.

6. Dosimetria: A legislação extravagante, ao estabelecer o preceito secundário da espécie delitiva em exame, possibilitou margem liberdade ao magistrado para aplicar umas das sanções impostas, seja pena privativa de liberdade ou multa, inexistindo direito subjetivo do agente à imposição da sanção mais branda. Desta feita atua com proporcionalidade e razoabilidade o magistrado primevo ao optar pela pena privativa de liberdade, ponderando ser a mais eficaz para prevenção e repressão da conduta ao identificar no arcabouço probatório a apreensão habitual de produtos em situação irregular no estabelecimento comercial, que se encontra sob a gestão dos recorrentes.

7. Recurso improvido.

Nas razões do especial, fulcrado na alínea **a** do permissivo constitucional, alegam os recorrentes ofensa aos arts. 535, II, do CPC e 619 do CPP, por ausência de manifestação do Tribunal *a quo* sobre a tese de incompatibilidade do art. 31 do CDC como norma integrativa do art. 7º, II, da Lei n. 8.137/1990.

Sustentam, outrossim, ausência de correlação entre a denúncia que lhes imputou conduta dolosa e a sentença que a desclassificou para a modalidade culposa, em afronta ao art. 384, *caput*, do CPP. Argumentam que, *se a denúncia*

foi estruturada sob a premissa de que o agente laborou com dolo, tendo se defendido por toda a instrução criminal da não ocorrência do delito, e a sentença sobrevém com a condenação fundada não no dolo, mas na culpa do agente, há ofensa ao princípio da congruência devida entre a sentença e a denúncia (fl. 609).

Aduzem que a responsabilidade penal dos recorrentes pelo mero exercício da atividade de gerência viola o art. 13 do CP. Asseveram que a responsabilidade penal por omissão *exige que o imputado (a) tenha obrigação legal de cuidado ou vigilância; (b) tenha assumido a responsabilidade de impedir o resultado ou (c) tenha incrementado o risco de ocorrência do resultado* (fl. 619), sendo inadmissível a responsabilidade por omissão imprópria nos delitos formais. Afirmam que *a omissão relevante do ponto de vista dos crimes omissivos impróprios só é compatível com crimes que geram algum tipo de resultado* (fl. 618).

Alegam, ainda, violação aos arts. 31 do CDC e 7º, II, da Lei n. 8.137/1990, porquanto o dispositivo legal do Código de Defesa do Consumidor, que indica os dados elementares e orientadores das informações básicas ao consumidor, não se presta a integrar o inciso II do art. 7º da Lei n. 8.137/1990, norma penal em branco, que tipifica o delito de *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*.

Asseveram, outrossim, violação ao art. 59, I, do CP, ao argumento de que, tendo a sentença reconhecido a prevalência de todas as circunstâncias judiciais favoráveis, no momento da escolha do tipo de sanção, pena de multa ou privativa de liberdade, não poderia optar pela mais gravosa. Afirmam que, ao justificar a aplicação da pena corporal com base em pretérita autuação administrativa contra a pessoa jurídica, negou vigência à Súmula n. 444-STJ.

Requerem o provimento do recurso especial para reconhecer a violação ao art. 535, II, do CPC, ou, subsidiariamente, para anular o processo desde a instrução criminal, absolver os recorrentes ou aplicar exclusivamente a pena de multa.

Contra-arrazoado (fls. 697-700) e admitido (fls. 708-720), nesta instância, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo não conhecimento do recurso especial, com fundamento nas Súmulas n. 7 e 83 do STJ, ou pelo seu improvimento (fls. 769-774).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nefi Cordeiro (Relator): Apontam os recorrentes violação aos arts. 535, II, do CPC e 619 do CPP, por ausência de manifestação do Tribunal *a quo* sobre a tese de incompatibilidade do art. 31 do CDC como norma integrativa do art. 7º, II, da Lei n. 8.137/1990.

O voto condutor do acórdão apreciou, fundamentadamente, todas as questões necessárias à solução da controvérsia, inexistindo quaisquer das hipóteses previstas no art. 619 do CPP, a serem sanadas em embargos de declaração, que não constituem veículo próprio para o exame das razões atinentes ao inconformismo da parte, tampouco meio de revisão, rediscussão e reforma de matéria já decidida.

Vale ressaltar que a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais não impõe ao magistrado o dever de responder a todos os questionamentos das partes, nem utilizar os fundamentos que entendem elas serem os mais adequados, mas apenas os suficientes ao deslinde da questão, como ocorreu na hipótese.

Ausente a alegada negativa de prestação jurisdicional, pertinente o exame da ofensa ao princípio da correlação entre a acusação e a sentença na desclassificação da conduta dolosa para culposa. Tratando-se de questão eminentemente jurídica, que prescinde de reexame probatório obstado pela Súmula n. 7-STJ, afasto a preliminar suscitada nas contrarrazões recursais.

Reporto-me aos fatos descritos na inicial acusatória (fl. 2):

Consta do Inquérito Policial integrante da presente denúncia que, no dia 4.11.2006, no horário da manhã, o PROCON de Vitória realizou uma fiscalização na empresa *DMA Distribuidora*, que tem como nome fantasia *EPA Supermercado*, em Jardim da Penha, nesta capital.

As irregularidades encontradas no interior do estabelecimento foram à comercialização de mercadorias com a validade vencida, ou até mesmo sem a especificação de data ou de qualquer procedência, e produtos deteriorados, segundo os fiscais responsáveis pela fiscalização.

Wagner Luiz de Paula Freitas e Israel Andrade, Subgerente e Gerente regional do estabelecimento, respectivamente, e, portanto, responsáveis pelas irregularidades, admitiram as infrações.

Consta mais que as mercadorias expostas a venda naquele supermercado estariam sendo comercializadas em gondolas num balcão de frios onde seria bem mais fácil lesar o consumidor, haja vista que, no balcão referido os produtos

ali expostos dificilmente poderiam ser identificados por não conterem nos mesmos as embalagens próprias e nem etiquetas de vencimento, tornando-se assim, mercadoria fácil de vender como própria para o consumo. *Desta forma demonstrado está claramente a vontade e o dolo dos responsáveis para vender mercadorias impróprias ao sofrido e desavisado consumidor.*

Autoria e materialidade evidenciadas pelo ofício de fls. 06-07; pelo auto de infração de fls. 09-10, pelos depoimentos de fls. 37, 38, 45, 66.

Pelo exposto, tendo os denunciados **Wagner Luiz de Paula Freitas e Israel Andrade** infringido o comando normativo descrito no art. 7º, incisos II e IX da Lei n. 8.137/1990, c.c. com o artigo 29 do CP.

Dispõe o art. 7º, incisos II e IX, da Lei n. 8.137/1990:

Art. 7º Constitui crime contra as relações de consumo:

[...]

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;

[...]

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.

Em alegações finais, o Ministério Público pugnou pela condenação dos recorrentes como incurso no art. 7º, II, e parágrafo único, da Lei n. 8.137/1990, modalidade culposa, e pela absolvição, por ausência de laudo pericial, quanto à imputação do inciso IX do mesmo dispositivo legal.

Na oportunidade, a defesa requereu a aplicação do instituto da *mutatio libelli*, com a abertura de prazo para a produção de novas provas, ou pela absolvição quanto à imputação remanescente.

Designada audiência para a proposta de suspensão condicional do processo, a defesa recusou-a, ratificando as alegações finais apresentadas.

Sobreveio sentença condenatória, impondo-lhes a pena de 1 ano e 4 meses de detenção, substituída por duas penas restritivas de direitos, como incurso no art. 7º, inciso II, e parágrafo único, da Lei n. 8.137/1990.

Em apelação, assim se pronunciou o acórdão combatido, no que pertine ao presente recurso:

Fundamenta a defesa vício de nulidade no procedimento de 1º grau, que tramitou perante a 3ª Vara Criminal de Vitória, diante da ausência de correlação entre a acusação e o delito admitido na sentença primeva, *ad argumentandum*:

(...) a denúncia, ainda que com formulação escassamente clara, atribuiu (impondo responsabilidade objetiva) aos dois apelantes a violação dos dispositivos dos incisos II e IV do artigo 7º da Lei n. 8.137/1990, no que, por óbvio, restou a imputação consignada em sua forma dolosa

Com o término da instrução processual, em sede de memoriais finais, o MPES admitiu que não ocorreu conduta dolosa, requerendo, imediatamente, a aplicação da sanção prevista no parágrafo único do art. 7º II, da Lei n. 8.137/1990 (...) como hipótese de conduta totalmente distinta daquela consignada na pretensão inicial (...). (fl. 350, **negrito** nosso).

Em suma, suscita a defesa a ausência de menção na denúncia acerca da elementar subjetiva referente à culpa, prevista no parágrafo único do art. 7º, inciso II, da legislação extravagante, posto que somente restou consignada nos autos após a instrução criminal, por meio do parecer ministerial. Desta feita, pugna pela imediata aplicação nos autos do instituto do *mutatio libelli*, incluído no artigo 384 do Codex de Processo Penal, para que seja aditada a denúncia e oportunizada produção de provas.

Como premissa lógica para o reconhecimento do instituto jurídico suscitado, impõe-se reconhecer que o réu se defende dos fatos lançados na denúncia e não da capitulação jurídica atribuída pelo órgão Ministerial.

Em outros termos, é importante que o réu tenha prévio conhecimento dos fatos para que possa se defender, em conformidade com o princípio do contraditório e ampla defesa.

Quadra registrar que a matéria ora abordada fora suscitada em 1º grau, decidindo o preclaro magistrado por indeferir o requerimento de aditamento da peça preambular, valendo-se de lúcida fundamentação, da qual tenho por necessário transcrevê-la, *in verbis*:

(...) *Quadra realçar que, no delito em exame, o reconhecimento da “modalidade culposa” não impõe nova definição jurídica dos fatos, ao contrário do que ocorre, por exemplo, com o delito de receptação (artigo 180, caput, e § 1º, receptação dolosa e artigo 180, § 3º, receptação culposa).*

Por certo, nos delitos contra as relações de consumo, o reconhecimento da culpa somente impõe a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no parágrafo único do artigo 7º da legislação extravagante.

Neste diapasão, conluo que o vertente caso se perfaz ao que propõe o instituto do emendatio libelli (artigo 383, do CPP), por conter a denúncia todos os fatos que recaem sobre os réus, razão pela qual se revela imprescindível a

produção de novas provas. Desta feita, deixo de atender ao requerimento da defesa, como matéria preliminar (...) (fls. 310-311).

Desta feita, não vislumbro - na hipótese dos autos - incompatibilidade entre os fatos narrados na denúncia e a sentença de fls. 324-332, ao reconhecer terem os réus incidido em delito contra as relações de consumo, mediante uma conduta culposa, mormente diante da ausência de comprovação de qualquer sacrifício ao exercício do direito de defesa, amplamente exercido, diante da combativa defesa técnica, posto que obteve ciência dos fatos imputados e se opôs, pontualmente, contra todas as elementares que circundam o delito investigado.

O fato imputado aos réus na inicial acusatória, em especial a forma de cometimento do delito, da qual se infere o elemento subjetivo, deve guardar correspondência com aquele reconhecido na sentença, a teor do princípio da correlação entre acusação e sentença, corolário dos princípios do acusatório e do contraditório e da ampla defesa.

Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente:

Habeas corpus. Denúncia por lesões corporais graves. Condenação por delito de tortura. *Mutatio libelli.* Circunstâncias elementares do crime de tortura não descritas na inicial acusatória. Inobservância do art. 384 do CPP. Constrangimento ilegal. Oitiva de testemunhas do juízo após as alegações finais. Falta de manifestação das partes sobre a prova produzida. Cerceamento de defesa. Violação do princípio do contraditório. Ordem concedida.

1. *É certo que o réu defende-se dos fatos narrados na denúncia, não de sua capitulação legal. Contudo, se circunstâncias elementares do tipo penal de tortura não foram descritas na denúncia, que imputava ao paciente a prática de lesões corporais graves, fica afastada a hipótese de emendatio libelli. Trata-se de mutatio libelli, a qual depende da estrita observância do procedimento previsto no art. 384 do Código de Processo Penal.*

2. Embora o magistrado, analisando as provas produzidas, tenha concluído que a conduta do paciente amolda-se àquela descrita no tipo penal de tortura, não poderia tê-lo condenado por tal crime se algumas de suas circunstâncias elementares não estavam descritas na inicial acusatória. Era imprescindível que se ouvisse o Ministério Público acerca do interesse em aditar a denúncia, sob pena de evidente violação do devido processo legal.

4. Hipótese em que o Juiz singular, após a apresentação das alegações finais pelas partes, converteu o feito em diligência para a oitiva de testemunhas do juízo e, em seguida, proferiu sentença condenatória. Se não se oportunizou que as partes se manifestassem sobre a prova produzida, fica evidente a nulidade por cerceamento de defesa e por violação do princípio do contraditório.

5. *Habeas corpus* concedido para anular a ação penal, desde a prolação da sentença, devendo ser ouvido o Ministério Público acerca do interesse em aditar a denúncia, nos termos do art. 384 do Código de Processo Penal. Caso não seja aditada a inicial acusatória, devem as partes se manifestar sobre a oitiva das testemunhas do juízo previamente à prolação de nova sentença.

(HC n. 160.940-PE, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 5.4.2010, DJe 26.4.2010)

Assim, encerrada a instrução criminal, evidenciando-se elementares do tipo não descritas sequer implicitamente na denúncia, aplica-se o instituto da *mutatio libelli*, previsto no art. 384 do CPP, o qual, após as modificações promovidas pela Lei n. 11.719/2008, assim dispõe:

Art. 384. Encerrada a instrução probatória, *se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.* (Redação dada pela Lei n. 11.719, de 2008).

Após o advento da Lei n. 11.719/2008, qualquer alteração do conteúdo da acusação depende da participação ativa do Ministério Público, não mais se limitando à situações de imposição de pena mais grave, como previa a redação original do dispositivo.

Na hipótese, consignou a inicial acusatória estar demonstrado *claramente a vontade e o dolo dos responsáveis para vender mercadorias impróprias ao sofrido e desavisado consumidor* (fl. 2). Finda a instrução criminal, concluiu a sentença *pela atuação negligente dos réus, ao deixarem de fiscalizar com rigor as mercadorias existentes no DMA Distribuidora S/A, cujo nome fantasia é EPA, por motivos outros, como excesso de clientela e administração de outro estabelecimento* (fl. 408).

Assim, não descrevendo a denúncia sequer implicitamente o tipo culposos, a desclassificação, ainda que represente aparente benefício à defesa, a quem seria imposta pena mais branda, deve observar a regra inserta no art. 384, *caput*, do CPP.

O dolo direto, apontado na inicial, é a vontade livre e consciente de realizar a conduta descrita no tipo penal: *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* (art. 7º, II, da Lei n. 8.137/1990). Enquanto a culpa, imputada na sentença, decorre da

violação ao dever objetivo de cuidado, causadora de perigo concreto ao bem jurídico tutelado.

Na lição de Bitencourt, *no momento de se determinar se a conduta do autor se ajusta ao tipo de injusto culposo é necessário indagar, sob a perspectiva ex ante, se no momento da ação ou da omissão era possível, para qualquer pessoa no lugar do autor, identificar o risco proibido e ajustar a conduta ao cuidado devido (cognoscibilidade ou conhecimento do risco proibido e previsibilidade da produção do resultado típico* (BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 364).

Dessa forma, a prova a ser produzida pela defesa, no decorrer da instrução criminal, para comprovar a ausência do elemento subjetivo do injusto culposo e doloso são diversas. Nesse diapasão, a alteração da modalidade culposa para dolosa, na sentença condenatória, tal como ocorreu, mostra-se ofensiva à regra da correlação entre a acusação e a sentença.

Sobre a matéria, pondera BADARÓ:

Na verdade, o que faz com que uma imputação por ato doloso dê origem a uma sentença por delito culposo é a descoberta de novos fatos que indicam que o agente não teve consciência e vontade do resultado, mas, sim, que sua maneira de agir representou uma violação do dever de cuidado a todos imposto.

Assim, não se pode admitir alteração do elemento subjetivo do delito sem que ocorra uma alteração da imputação, com a possibilidade de reação defensiva. Embora o elemento subjetivo, em si, não integre o fato processual, somente a alteração dos fatos lançados no processo é que permitirá concluir pela alteração do elemento subjetivo (BADARÓ, Gustavo. Correlação entre acusação e sentença. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 225).

Assim, encerrada a instrução criminal, concluindo-se que as condutas dos recorrentes subsumem-se à modalidade culposa do tipo penal e ausente a descrição de circunstância elementar, atinente ao elemento subjetivo do injusto na denúncia, imperativa a observância da regra inserta no art. 384, *caput*, do CPP, baixando-se os autos ao Ministério Público para aditar a inicial, sob pena violação ao princípio da ampla defesa e contraditório.

Anulada a sentença condenatória, inegável a superveniência da prescrição da pretensão punitiva estatal.

Os recorrentes foram condenados, como incursos no art. 7º, II, e parágrafo único da Lei n. 8.137/1990, à pena de 1 ano e 4 meses de detenção. Sendo

o recurso especial exclusivo da defesa, a majoração da pena, por sentença condenatória superveniente, encontra óbice no princípio da *ne reformatio in pejus* indireta.

Prescreve em 4 anos a pretensão punitiva estatal, se a pena é igual a 1 ano ou, sendo superior, não excede a 2 (art. 109, V, do CP).

Os fatos datam de 4.11.2006 (fl. 2), sendo a denúncia recebida em 7.7.2010 (fl. 139).

Transcorrido o prazo prescricional de 4 anos (art. 109, V, c.c. 110, § 1º, do CP), desde o recebimento da denúncia até a presente data, considerando-se a inexistência de outro marco interruptivo em face da anulação da sentença condenatória, é de rigor o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva do Estado, que ora declaro, com fundamento no art. 61 do CPP.

Reconhecida a extinção da punibilidade dos recorrentes, fica prejudicado o exame das demais alegações deduzidas pela defesa.

Ante o exposto, voto por dar parcial provimento ao recurso especial para anular a sentença condenatória e julgar extinta a punibilidade, com fundamento no art. 109, V, c.c. 110, § 1º, do CP, e art. 61 do CPP.

RECURSO ESPECIAL N. 1.391.257-PA (2012/0202702-9)

Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior

Recorrente: Carlos Alberto Lindoso Duarte

Advogado: Alexandre Barbosa Lisboa e outro(s)

Recorrido: Ministério Público do Estado do Pará

EMENTA

Recurso especial. Processual Penal. Investigação policial. Interceptações telefônicas. Deferimento. Decisão judicial fundamentada. Inexistência. Ilegalidade configurada. Contaminação das provas derivadas. Teoria dos frutos da árvore envenenada. Codenunciados em situação idêntica. Extensão. Art. 580 do CPP.

1. São ilegais as interceptações telefônicas quando o Juiz não profere decisão judicial fundamentada acerca dos requerimentos de implantação e prorrogação da medida, conforme determina o art. 5º da Lei n. 9.296/1996, mas, ao receber os pedidos formulados pela autoridade policial, defere as medidas pela simples expedição de ofício às operadoras de telefonia.

2. Nulidade das interceptações telefônicas que contamina diversas provas colhidas ao longo da investigação e da instrução, pois delas derivadas.

3. De ofício, extensão dos efeitos deste julgado aos demais denunciados, por força do art. 580 do Código de Processo Penal.

4. Demais alegações trazidas no recurso especial que ficam prejudicadas, pela anulação da ação penal e das interceptações telefônicas.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido, para anular o processo desde a sentença e reconhecer a ilicitude das interceptações telefônicas obtidas pela denominada Operação Leão da Terra e das demais provas delas derivadas, devendo o Juízo singular proferir nova sentença, sem a utilização das provas anuladas, com extensão dos efeitos aos demais denunciados, Waldir Franklin de Oliveira da Paixão, Aline Alda Moreira Soares, Emerson Wilson Ferreira Resende, Anderson Lima do Vale, Anderson Augusto Picanço Ramos, Gilmara Silva Sousa, Miguel Antônio Florez Arevalo, Luís Marilac de Brito e Jaime Falcon Abad, por força do art. 580 do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento, com extensão aos demais denunciados, Waldir Franklin de Oliveira da Paixão, Aline Alda Moreira Soares, Emerson Wilson Ferreira Resende, Anderson Lima do Vale, Anderson Augusto Picanço Ramos, Gilmara Silva Sousa, Miguel Antônio Florez Arevalo, Luís Marilac de Brito e Jaime Falcon Abad, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Rogerio

Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ-SP) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 10 de fevereiro de 2015 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior, Relator

DJe 23.2.2015

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: Trata-se recurso especial interposto por *Carlos Alberto Lindoso Duarte*, fundamentado na alínea **a** do permissivo constitucional, contra o acórdão proferido na Apelação Criminal n. 2011.3.021743-8.

Consta dos autos que, perante o Juízo de Direito da 9ª Vara Penal da comarca de Ananindeua-PA, o Ministério Público do Pará ofereceu denúncia contra Carlos Alberto Lindoso Duarte, Waldir Franklin de Oliveira da Paixão, Aline Alda Moreira Soares, Emerson Wilson Ferreira Resende, Anderson Lima do Vale, Anderson Augusto Picanço Ramos, Gilmara Silva Sousa, Miguel Antônio Florez Arevalo, Luis Marilac de Brito e Jaime Falcon Abad, pela suposta prática dos crimes tipificados nos arts. 33 e 35 da Lei n. 11.343/2006, dando origem ao Processo n. 006.2008.2.006699-9.

Em 15.8.2008, recebeu-se a denúncia (fls. 1.309-1.311) e, em 15.9.2009, sobreveio sentença condenando todos os acusados, à exceção do ora recorrente, Carlos Alberto Lindoso Duarte, em relação a quem se determinou o desmembramento da ação penal, que passou a constituir o Processo n. 00000288-71.2010.814.0006, do qual adveio o presente recurso especial.

Nestes autos desmembrados, a sentença condenou o recorrente à pena de 10 anos e 6 meses de reclusão e ao pagamento de 650 dias-multa, como incurso no art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (550 kg de ração para aves misturada com cocaína). Na mesma ocasião, foi-lhe imposta a reprimenda de 5 anos e 6 meses de reclusão e pagamento de 850 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 35 da referida Lei. Para ambos os delitos, impôs-se o regime inicialmente fechado. Apenas a defesa apelou, sendo negado provimento ao recurso (fl. 3.010):

Apelação Penal. Art. 33 e 35 da Lei n. 11.343/2006. Tráfico ilícito de entorpecentes. Associação para o tráfico. Sentença penal condenatória. Preliminares. Litispêndência. Prevenção. Nulidade de interceptação telefônica. Nulidade por cerceamento de defesa. Rejeitadas. Mérito. Alegação de insuficiência de provas para a condenação. Improcedente. Recurso improvido. Decisão unânime.

1. Preliminares. 1.1. Litispêndência. Não ocorre litispêndência quando os processos em trâmite em comarcas distintas apuram fatos delituosos diversos. 1.2. Prevenção. A alegação de prevenção de Juízo deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber a parte falar nos autos. Não o fazendo, ocorre a chamada preclusão processual. 1.3. Nulidade de interceptações telefônicas. Se as interceptações foram autorizadas por Juízo competente e, seu procedimento foi feito nos termos da lei, não há que se falar em nulidade, nem em contaminação das provas produzidas posteriormente. 1.4. Nulidade por cerceamento de defesa. Nulidade relativa que deve ser arguida em momento processual oportuno e, como o apelante não o fez sequer na fase de alegações finais, o pleito foi atingido pela preclusão. 2. Mérito. Quando o conjunto de provas produzidas na instrução processual for apto para comprovar a existência de crimes, não há que se falar em insuficiência de provas, já que os testemunhos prestados em juízo se mostram escorreitos para embasar um decreto condenatório.

Nas razões do especial, alega o recorrente violação do art. 5º, LVI, da Constituição da República e do art. 5º da Lei n. 9.296/1996, sustentando a nulidade absoluta das interceptações telefônicas, pela ausência de fundamentação nas decisões que as deferiram.

Diz que não constam dos autos as decisões que autorizaram a instalação da escuta e os fundamentos utilizados, razão pela qual todo o material obtido deve ser considerado ilícito. Além disso, também não teriam sido juntadas as mídias obtidas, para observância do contraditório, mas apenas as transcrições, não sendo comprovada sequer a sua existência.

Aduz também ofensa ao art. 157, § 1º, do Código de Processo penal, ao argumento de que todas as demais provas produzidas ao longo da instrução criminal, por derivarem das escutas ilegais, seriam também ilícitas.

Sustenta, por derradeiro, ofensa ao art. 5º, LV, da Constituição Federal e ao art. 386, V, do Código de Processo Penal, ao argumento de que as provas colhidas seriam insuficientes para a condenação, estando evidenciada a negativa de autoria.

Pede o provimento do recurso especial, com a anulação do processo ou a sua absolvição.

Oferecidas contrarrazões (fls. 3.079-3.088), inadmitiu-se o recurso na origem (fls. 3.100-3.102), advindo agravo (fls. 3.126-3.130), contraminutado às fls. 3.141-3.145.

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do agravo (fl. 3.139-3.140).

Deu-se provimento ao agravo para determinar a sua conversão em recurso especial (fls. 3.142-3.144).

O Ministério Público federal se manifesta pelo desprovimento do recurso especial (fl. 3.151):

Agravo de instrumento convertido em agravo em recurso especial. Provimento por decisão monocrática. Conhecimento do recurso especial.

- Tráfico de drogas comandado a partir de penitenciária. Condenação nos arts. 33 e 35 da Lei n. 11.343/2006. Apontada contrariedade aos arts. 5º da Lei n. 9.296/1996 e 157, § 1º, do CPP. Interceptação Telefônica. Nulidade por ausência de autorização judicial. Acórdão recorrido que afirma a existência de autorização judicial, o que se confirma do exame deito dos autos, dos quais constam tanto os requerimentos da Autoridade Policial quanto as decisões do Juízo. Inexistência de prova ilícita.

Parecer pelo desprovimento do recurso especial.

Em 9.9.2013, converteu-se o julgamento em diligências, nos termos do art. 34, I e VIII, do RISTJ, para que o Tribunal de origem encaminhasse a *íntegra dos autos nos quais se encontra o procedimento de interceptação telefônica realizada durante a fase investigatória, inclusive com as decisões que determinaram a quebra do sigilo do recorrente* (fl. 3.156).

Em atendimento ao despacho, a Corte estadual encaminhou os documentos juntados às fls. 3.163-8.706. Aberta nova vista ao *Parquet* federal, ratificou-se o parecer anteriormente oferecido (fls. 8.711-8.712).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Relator): De início, a via especial não se destina à análise da alegação de ofensa a dispositivos da Constituição da República.

Prossigo, portanto, na análise da tese de violação do art. 5º da Lei n. 9.296/1996, trazida sob o argumento de não ter havido fundamentação na determinação das quebras de sigilo telefônico e de não ter tido a defesa acesso às decisões que as deferiram.

Necessário consignar, ainda antes, que, embora a ação penal de que cuida o presente recurso especial seja proveniente da 9ª Vara Penal da comarca de Ananindeua-PA, todas as interceptações telefônicas cuja legalidade é questionada são oriundas da denominada “Operação Leão da Terra”, que tramitou na comarca de Santa Izabel-PA, constituindo prova emprestada, sendo este último Juízo o responsável pelo deferimento das quebras de sigilo telefônico e suas prorrogações.

O Tribunal de origem, no julgamento da apelação, afastou a aludida nulidade com lastro nos seguintes fundamentos (fl. 3.016 – grifo nosso):

[...]

Segundo o recorrente, há nulidade das interceptações telefônicas, já que as mesmas teriam sido feitas sem a devida autorização judicial. No entanto, *prima facie*, verifica-se que as interceptações foram devidamente autorizadas pelo Juízo de Direito da Comarca de Santa Izabel, *conforme se vê nos ofícios expedidos pelo MM. Juiz de Direito da referida comarca, constantes do volume III dos presentes autos.*

Nesse diapasão, também não merece acolhida a alegação de que as interceptações teriam sido deferidas por Juízo incompetente, já que a Resolução n. 017/08, que regulamenta os atos da 1ª Vara de Inquéritos Policiais da Capital, aplica-se apenas e tão-somente aos delitos e procedimentos ocorridos na Comarca de Belém, o que não foi o caso.

Da mesma forma, não havendo nulidade com as interceptações telefônicas, não há que se falar em contaminação com as provas posteriormente produzidas.

Assim, sem mais delongas, rejeito essas preliminares.

[...]

A situação trazida nos autos me parece peculiar e de extrema gravidade, pois, *de fato, não constam dos autos da ação penal ou mesmo do inquérito policial decisões determinando a quebra do sigilo telefônico.*

O Tribunal *a quo*, instado a se pronunciar sobre o tema, não afirmou a existência das decisões, *limitou-se a dizer que as interceptações haviam sido deferidas judicialmente, conforme se verificava pela leitura dos ofícios expedidos pelo Juízo de Direito da comarca de Santa Izabel-PA, que constariam do Volume III dos autos.*

Analisei detidamente o referido Volume III que, nesta Corte, consta das fls. 599-1.066, bem como o restante dos autos, encaminhados a este Tribunal Superior, incluindo os apensos, e não encontrei **nenhuma decisão judicial determinando a quebra dos sigilos telefônicos na denominada Operação “Leão da Terra”**.

O que verifiquei, na verdade, é que, quando recebia as representações para quebra do sigilo telefônico ou sua prorrogação, o Juízo de Direito limitava-se a expedir um mandado às empresas operadoras de telefonia determinando as quebras, **no interesse da investigação preliminar n. 15/2007**. Tal constatação é corroborada pelo fato de não haver quebra, na sequência original da numeração dos autos da investigação, entre os pedidos da autoridade policial e o ofício que era na sequência expedido. **Repito, não encontrei decisão judicial analisando os pedidos e fundamentando o motivo pelo qual estavam sendo deferidas as quebras de sigilo telefônico ou as respectivas prorrogações**.

Diante dessa situação inusitada – de ausência de decisão judicial – e da gravidade dos crimes de que cuidaram a aludida investigação policial, para que pudesse resolver a questão sem o risco de equívocos, com lastro no art. 34, I e VIII, do RISTJ, determinei que fosse oficiado ao Tribunal de Justiça para que encaminhasse a *íntegra dos autos nos quais se encontra o procedimento de interceptação telefônica realizada durante a fase investigatória, inclusive com as decisões que determinaram a quebra do sigilo do recorrente* (fl. 3.156).

O pedido foi atendido, sendo encaminhados a esta Corte os referidos documentos, juntados aos presentes autos nas fls. 3.163-8.706, dos quais se deu vista ao Ministério Público Federal (fl. 8.708), que se manifestou ratificando o parecer oferecido (fls. 8.711-8.712).

Procedi à análise da íntegra dos autos da investigação enviada pelo Tribunal de origem e, *novamente, não detectei nenhuma decisão judicial apreciando fundamentadamente as quebras de sigilo telefônico, mas apenas ofícios subscritos pelo Juízo de Direito da comarca de Santa Isabel-PA, onde as investigações se iniciaram, determinando às operadoras de telefonia que procedessem à quebra do sigilo*.

Para que não houvesse dúvida acerca da existência das decisões judiciais, nos autos do HC n. 177.336-PA, impetrado em favor do paciente e referente à mesma ação penal, solicitei ao Tribunal de Justiça do Pará que *encaminhasse cópia das decisões judiciais que deferiram a quebra de sigilo telefônico do paciente, no curso da denominada Operação “Leão da Terra” ou confirmasse existirem apenas os mandados, constantes dos autos do inquérito, subscritos pelo Magistrado, autorizando as interceptações*.

A resposta ao pedido de informações está juntada nos presentes autos às fls. 8.715-8.751. *Noticiou o Tribunal de origem que existem nos autos os mandados e os ofícios expedidos pelo Juízo de primeiro grau, o qual autorizou as interceptações telefônicas (fl. 8.718). Disse, ainda, que encaminhava, em anexo cópias dos mandados e dos ofícios expedidos quanto às interceptações concedidas.*

Mais uma vez, as cópias encaminhadas diziam respeito tão só aos mandados expedidos determinando as quebras, não havendo decisão judicial a respeito.

Não há nos autos as decisões judiciais. Toda menção que é feita, tanto no acórdão recorrido quanto nas informações prestadas, é acerca de mandados e ofícios, nada se dizendo acerca da presença de decisões judiciais.

A conclusão a que se chega, pela análise dos autos, é a de que, de fato, o Juízo de primeiro grau, ao receber os pedidos de interceptação telefônica ou de prorrogações daquelas já deferidas, não proferia decisão fundamentada acerca do pedido, mas limitava-se a expedir mandado determinando as interceptações.

Na verdade, tal conclusão é confirmada pela sentença, na qual o próprio Juízo singular narra que a autoridade policial fazia os requerimentos de quebra das interceptações e o *deferimento era feito simplesmente por meio dos ofícios expedidos pelo Juízo de Direito (fl. 2.900 – grifo nosso):*

[...]

Ressalte-se que as interceptações telefônicas foram deferidas judicialmente, tendo sido encaminhados os cd's, bem como as transcrições das interceptações tendo acesso a Defesa a tais documentos, pois integrantes dos presentes autos, que consta com seis volumes e um volume que se inicia com a exceção de litispendência, bem como apensos. As transcrições encontram-se consubstanciadas basicamente nos volumes III e IV dos autos e nos cd's em apenso na forma acima narrada no relatório da sentença. *No volume III, constam os requerimentos de interceptações telefônicas deduzidos pela mesma Autoridade Policial e os ofícios do Juízo em que foram deferidas as mesmas. E, no volume IV estão as transcrições referentes as interceptações telefônicas do réu Carlos Alberto Lindoso.*

[...]

O Tribunal de origem, entretanto, considerou válidas as interceptações porque foram judicialmente deferidas, conforme se veria *nos ofícios expedidos pelo MM. Juiz de Direito (fl. 3.016).*

Contudo, para a validade das interceptações telefônicas não basta que tenham sido judicialmente deferidas. É necessário que a determinação seja feita

em decisão judicial fundamentada, demonstrando-se a necessidade da medida. É claro que um mandado ou ofício que se limita a determinar a implementação das medidas, sem apreciar nenhum dos argumentos utilizados pela autoridade policial para justificar a sua implementação, não se traduz em decisão judicial válida para determinar as quebras.

Está evidente, portanto, a ofensa ao art. 5º da Lei n. 9.296/1996.

A propósito:

Processual Penal. Agravo regimental no recurso especial. Interceptação telefônica. Não justificada. *Habeas corpus* concedido pelo Tribunal de piso. Nulidade das interceptações. Inobservância de preceitos legais. Lei n. 9.296/1996. Agravo não provido.

1. O sigilo das comunicações telefônicas é garantido no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, e, para que haja o seu afastamento, exige-se ordem judicial que, também por determinação constitucional, precisa ser fundamentada (artigo 93, IX, da Carta Magna).

2. Em reforço às regras contidas na Lei Maior, o artigo 5º da Lei n. 9.296/1996, ao tratar da manifestação judicial sobre o pedido de interceptação telefônica, preceitua, *verbis*: “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.”

3. *In casu*, da decisão autorizativa da interceptação telefônica, verifica-se a inobservância dos preceitos legais estatuídos nos arts. 2º e 5º da Lei n. 9.296/1996, pois não consignados os indícios razoáveis de autoria ou participação, a impossibilidade de outro meio de prova, a devida indicação e qualificação dos investigados (ou a impossibilidade de fazê-lo) e a forma de execução da diligência.

4. A excepcionalidade do deferimento da interceptação telefônica não foi justificada, restando, assim, hígido o aresto que concedeu *habeas corpus*, declarando a nulidade da interceptação e, por consequência, as suas prorrogações e as provas oriundas dessa medida.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp n. 1.229.201-PR, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 22.8.2013)

Verifico, ainda, que a nulidade das interceptações telefônicas contaminou diversas provas colhidas ao longo da investigação e da instrução, pois delas derivadas, conforme se extrai da leitura da denúncia (fls. 7-12 – grifo nosso):

[...]

O Inquérito Policial mencionado no *caput* desta exordial postulatória, informa que a DRE (Delegacia de Repressão a Entorpecente) uma das especializadas componente da DRCO (Divisão de Repressão ao Crime Organizado), da Polícia Judiciária do Estado do Pará montou uma operação policial à qual denominou “*Operação Leão da Terra*”, com a finalidade de investigar narcotráfico de maior vulto, eis que levantou dados dando conta de que o primeiro denunciado, preso em penitenciária deste Estado a cumprir sanção por crime de narcotráfico, estava comandando tráfico de drogas em grande escala a partir de dentro do presídio, usando sistema de comunicações via recados por visitantes parentes de presos e também por intermédio de telefones celulares e outros.

As investigações deram conta de que *Carlos Alberto Lindoso Duarte* mantinha contatos com um indivíduo identificado pelo pseudônimo de *Geovane*, seu fornecedor, este com uma de suas bases estabelecidas no Estado do Amazonas, de onde enviava grande quantidade de cocaína para *Carlos Alberto Lindoso Duarte* abastecer a região metropolitana de Belém e outros Municípios próximos.

Escutas telefônicas autorizadas pela Justiça permitiram identificar uma espécie de cadeia associada, nascedouro a partir daquele apenado indicado, o qual usava inclusive parentes no ramo que estabeleceu como atividade comercial ilícita, cujos parentes e seus comparsas foram sendo presos paulatinamente durante o desenrolar da “Leão da Terra” operação que se desenvolveu em diversas etapas, prendendo vários carregamentos de cocaína em diversos municípios e até fora do Estado do Pará, quase todos ligados ao preso indicado.

Por derradeiro, a Polícia Judiciária passou a acompanhar o último carregamento da associação criminosa, o qual partiu do mesmo fornecedor “Geovane”, sendo acompanhada inicialmente pólo [sic] peruano Miguel Antônio Florez Arevalo, em transporte por rios da Amazônia, dissimulada em 11 (onze) sacas de 50 (cinquenta) quilos cada uma, com ração para aves, em grânulos totalmente impregnados com cocaína somando 550 (quinhentos e cinquenta) de carga.

Quando a droga alcançou ponto reputado mais seguro o guia ou acompanhante foi trocado pelo nacional Anderson Augusto Picanço Ramos, denunciado que tinha como base física a cidade de Santarém-PA. Este, depois de comunicar-se por telefone com o “Geovane”, saiu de Santarém ao encontro da carga, custeado por “Geovane” e a escoltou até esta última cidade, onde a manteve sob guarda enquanto o restante da logística era providenciada por Waldir Franklin de Oliveira da Paixão e sua mulher Aline Alda Moreira Soares.

Waldir Franklin é o homem de confiança do apenado Carlos Alberto Lindoso Duarte, segundo atestado nas escutas telefônicas, sendo o indivíduo que mantinha em constante irrigação os canais externos à penitenciária, como primeiro homem a coordenar todas as operações criminosas de Carlos Alberto sobretudo depois da prisão dos parentes ou aderentes deste (que por lhe serem mais próximos gozavam de sua confiança em maior escala). Carlos Alberto mantinha comunicação

constante (cifrada em regra) com **Waldir Franklin** – aliás códigos são adotados como linguagem corrente entre o bando durante seus contatos ou comunicações –, acertando financeiramente suas operações e cobrando resultados.

O casal *Waldir Franklin* e *Aline Alda* providenciou uma base física (um espécie de sítio) no Município de Ananindeua, designadamente na Estrada do Maguari, n. 1.565, e lá colocou um homem de confiança, o denunciado *Luiz Marilac de Brito*, o qual esteve preso no sistema penal do Estado do Pará, por assaltos, quando então conheceu o também prisioneiro *Waldir Franklin* e passaram a manter contatos próximos.

Waldir Franklin e sua mulher *Aline* frequentavam o sítio referido, para onde levaram todo o material necessário ao refino da droga que deveria chegar em breve. No local foi encontrado grande quantidade de querosene, barrilha, solução de bateria automotiva, panela para grande capacidade de conteúdo (para quase 100 litros), duas caixas d'água vazias, camburões, fogão indústria. Todo este material era cuidado ou guardado pelo *Luiz Marilac de Brito*, que mantinha como estória cobertura para justificar sua presença no lugar a versão de que era "caseiro de um sítio", quando na realidade era amigo de *Waldir Franklin* e conhecia as ações proibidas deste.

Com a base preparada nesta cidade (à qual chamavam de fazenda, durante as comunicações por telefone), o "**Geovane**" enviou outro peruano disfarçado de "turista" para Belém, o denunciado **Jaime Falcon Abad**, o "químico", homem que se encarregaria de refinar toda a cocaína dissimulada em ração para aves – **eles contavam com a hipótese de que outros carregamentos fossem enviados da mesma forma, pois a dissimulação era tão requintada que nem policiais do Amazonas conseguiram detectá-la, mesmo depois de inspecionar a carga, como se pode ouvir em conversas telefônicas entre o bando** –, sujeito experiente na atividade do refino.

ABAD inicialmente escondeu-se em um hotel de Belém-PA e aguardou alguns dias, passando-se por "turista", mas teria se envolvido em uma confusão na qual levava uma surra na realidade enganou o *Geovane*, pois gastou o dinheiro que este lhe entregou para despesas e manutenção (mais de R\$ 6.000,00), torrando a grana com farras e prostitutas, e depois, para se justificar, simulou que havia sido capturado por policiais federais (...) – e acabou por quebrar o silêncio padrão nas suas comunicações e tratou de se dirigir ao esconderijo de **João Lindoso Duarte** (para dar maior credibilidade a sua história cobertura por haver gastado o dinheiro de *Geovane* fora do propósito destinado para tanto) de onde contactou com o *Geovane* e este providenciou abrigá-lo na residência do casal *Waldir Franklin* e *Aline*. Diga-se logo que foi a própria *Aline* quem providenciou colocar o ABAD em um táxi e levá-lo para sua casa, onde este permaneceu até ser preso em flagrante no dia 4.5.2008. Refira-se, por necessário, ainda, que quando ABAD buscou abrigo na toca de *João Lindoso*, este também já se encontrava preso por tráfico de drogas (prisão resultante de uma das missões da "*Leão da Terra*",

no Município da Marituba-PA). *João Lindoso Duarte* é irmão do apenado *Carlos Alberto Lindoso Duarte* e mantinha “uma fachada de pequeno comerciante” em uma lanchonete denominada “Dois Corações”, em Marituba, de onde comandava as operações do tráfico de drogas naquele Município, ligado ao irmão preso e a outros delinquentes, até ser preso também.

A Polícia Judiciária, monitorando quase todos os passos da associação criminosa e sabendo que a droga seria embarcada para Belém (por Anderson Augusto), infiltrou homens nas embarcações que vinham na cidade de Santarém e acompanhou o movimento de Anderson Augusto Picanço Ramos e Gilmara Silva Sousa, com a carga de cocaína.

Anderson Augusto e Gilmara (os dois são namorados) vieram juntos de Santarém a Belém para disfarçar melhor como um casal, pois as suspeitas sobre um casal seriam menores do que sobre um homem quando do transporte daquelas 11 (onze) sacas de “ração para aves (...)” a Belém, onde a probabilidade de Anderson Augusto ser apanhado seria maior.

Durante a última viagem de barco (Santarém/Belém) a quadrilha se comunicava avaliando a posição da embarcação na viagem, enquanto o Waldir Franklin coordenava a operação de transporte do porto onde a embarcação atracaria até o destino final, a cidade de Ananindeua. Waldir colocou o Emerson Wilson Ferreira Resente para dirigir um veículo Kombi – eles ajustaram antes sobre esta atividade, como se pode ouvir nas interceptações telefônicas, quando Franklin avisa do Emerson Wilson que confia nele para a missão – que ele mesmo alugara previamente. Esse passo foi assim: o Emerson Wilson estava em São Miguel do Guamá, onde mantém os negócios do tráfico de drogas do “patrão” Waldir Franklin (como seu distribuidor local: de lá recebeu telefonema do Frank determinando que desse um jeito de alugar um carro e se deslocar a Belém, pois precisaria dele para a grande missão, esta que somente ele, seu homem de confiança poderia realizar, que era transportar a cocaína da área portuária de Belém até a “Fazenda”, a toca da quadrilha na Estrada do Maguari em Ananindeua, como já esclarecido.

Então o Emerson Wilson alugou um Fiat e viajou nele a Belém, onde se encontrou com Franklin no dia 4.5.2008. O Frank já estava em uma Kombi, que ele mesmo alugou de uma conhecida sua e trocaram de carros, ficando o Frank com o Fiat e Emerson Wilson com a Kombi. Neste meio tempo o Anderson Augusto se comunicava avisando sua aproximação de Belém, enquanto o peruano Miguel Antônio Florez Arevalo também aguardava o carregamento no mesmo porto, já conhecido do bando.

Franklin ficou a distância, sem aparecer na cena do desembarque, pois, experiente, sabia do risco que correria naquele local, lugar propício para uma investida da Polícia (Civil ou Federal).

Quando a droga chegou no porto de Belém o casal que a transportava entregou-a ao Emerson Wilson e ao peruano Miguel Arevalo (homem de confiança de Geovane), os quais providenciaram embarcá-la na Kombi e se retiraram

do local, juntos, enquanto o casal tomou um táxi e foi hospedar-se no Hotel Castanheira (perto do Shopping Castanheira, na BR-316), de onde sairia depois para almoçar.

*No trajeto para a “Fazenda” o motorista da Kombi procurou garantir-se de que não seria perseguido. Para tanto passou por ruas diversas (quando poderia vir direto, por caminhos mais rápidos ou curtos não o fez, descrevendo trajetória longa, mais demorada), fazendo longo caminho a procura de despistar eventual observador, mas desconfiou que estava sendo seguido por um motoqueiro – ele conversa por telefone com o **Frank** avisando que isto aconteceu, tendo o **Frank** determinado que ele, **Emerson Wilson** continuasse na missão tranquilamente, que avançasse até o local final – A Kombi estava mesmo sendo seguida, mas o motoqueiro, plugado no sistema de comunicação da quadrilha, foi alertado de que havia sido descoberto e tratou de se afastar, deixando outrem continuando na perseguição.*

O **Frank** aguardava junto com o **Anderson Lima do Vale** o desenrolar da missão, acompanhando tudo por telefone. Estes dois ficaram em um posto de combustíveis localizado na Avenida João Paulo II (antiga Avenida 1º de Dezembro) no Bairro do Marco, em Belém-PA, mas eram monitorados por agentes da Polícia Judiciária, sem saber que o eram.

Quando a Kombi dirigida por **Emerson Wilson** chegou na “porteira da Fazenda” e o “caseiro” **Marilac** se preparava para recepcionar a carga em Ananindeua, “a casa caiu”, ou seja, os tiros abordaram os três (**Emerson Wilson**, o peruano **Miguel Arevalo** e o “caseiro” **Luis Marilac**, prendendo todos e carga de cocaína, bem como todo o material encontrado na “refinaria”).

Quase simultaneamente o casal **Anderson Augusto Picanço Ramos** e **Gilmara Silva Sousa** também era capturado, pois a operação era sincronizado, ou seja os policiais estabeleciam comunicação entre si coordenando a missão toda; neste meio tempo o **Frank** (**Waldir Franklin de Oliveira da Paixão**) e o **Anderson Lima do Vale** eram achados e presos na 1º de Dezembro, em Belém.

Posteriormente a mulher o **Frank**, **Aline Alda Moreira Soares** também foi capturada em sua residência, na companhia do último peruano, o “químico” da quadrilha, **Jaime Falcon Abad**.

A operação “**Leão da Terra**” não apresou tão-somente os indiciados no auto de prisão em flagrante delito no qual figuram os indiciados arrolados anteriormente. Foi na realidade uma operação que se protraiu no tempo já alguns meses, dividida em fases, todas etapas voltadas em princípio ao mesmo veio ou canal por onde fluxo de drogas passava, ou focada nos principais personagens da cadeia de comando perseguida, cuja cadeia passa por dentro de cadeias mesmo, isto é, provém do interior sistema penal deste Estado do Pará e atinge outros Estados, a exemplo do Amazonas, Acre, Goiás (mas não somente) as cidades de Letícia, Tabatinga, Manaus, estas algumas das portas de entrada de cocaína proveniente da Colômbia e cercanias, para o Brasil.

A Operação Leão do Terra, segundo os autos que fundamentam esta peça, identificou uma sociedade criminosa criada ou montada a partir do Complexo Penitenciário de Americano-PA, designadamente sob a liderança do preso condenado *Carlos Alberto Lindoso Duarte*, de alcunha “Paulo” e outro seu parceiro de penitenciária – o **Ronaldo Oliveira da Silva**, de alcunha “Camaleão”, não denunciado nesta peça acusatória por não integrar diretamente a operação que resultou na prisão em flagrante aqui versada, mas cujo indivíduo encontra-se foragido do Sistema Penal do Estado do Pará, fuga de recente data, depois de se ver beneficiado à Colônia Agrícola Heleno Fragoso, de onde têm fugido (estranhamente...) diversos traficantes além do “Camaleão” (uma hora dessas a casa por lá vai cair e os pilares que a sustentam também...) – , os quais operavam eventualmente em conjunto.

Importa especialmente nestes autos o grupo comandando por *Carlos Alberto Lindoso Duarte*, o qual, na última missão criminosa – esta que cominou com a prisão em flagrante delito dos nacionais **Emerson Wilson Ferreira Resende, Anderson Augusto Picanço Ramos, Gilmara Silva Sousa, Miguel Antônio Florez Arevalo, Luiz Marilac de Brito, Waldir Franklin de Oliveira da Paixão e Anderson Lima do Vale** – mantinha estreita comunicação com seu homem de confiança *Waldir Franklin de Oliveira da Paixão* e a mulher deste *Aline Alda Moreira Soares*. Aliás, desde o princípio a “Leão da Terra” logo identificou o denunciado *Waldir Franklin* como um dos distribuidores de drogas para *Carlos Alberto Lindoso Duarte* e para *Ronaldo Oliveira da Silva* (vide fls. 1.030 do IPL geral, designadamente do Relatório da Autoridade Policial).

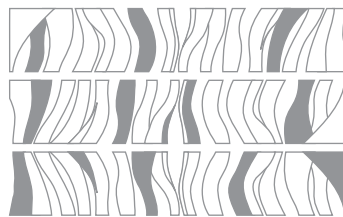
A prova colhida nos autos do IPL, como diversos telefonemas (legalmente interceptados) e mensagens SMS demonstram que o casal Waldir Franklin e Aline Alda mantinha contatos regulares com o condenado Carlos Alberto Lindoso Duarte, concertando ou ajustando ações relativas ao tráfico de entorpecentes, bem como provisões financeiras da sociedade criminosa (vide, e.g., fl. 1.031-1.032 do IPL), inclusive na ação que culminou no apresamento dos 550 (quinhentos e cinquenta) quilos de ração impregnados com cocaína já referidos.

[...]

Sendo assim, impõe-se a anulação do processo, a partir da sentença, bem como das interceptações telefônicas obtidas ilicitamente na fase investigatória e das demais provas delas derivadas, devendo o Juízo singular proferir nova sentença, sem a utilização das provas anuladas, com extensão, de ofício, aos demais denunciados, *Waldir Franklin de Oliveira da Paixão, Aline Alda Moreira Soares, Emerson Wilson Ferreira Resende, Anderson Lima do Vale, Anderson Augusto Picanço Ramos, Gilmara Silva Sousa, Miguel Antônio Florez Arevalo, Luís Marilac de Brito e Jaime Falcon Abad*, por força do art. 580 do Código de Processo Penal.

Fica prejudicada a análise das demais alegações trazidas nas razões recursais.

Ante o exposto, *conheço parcialmente* do recurso especial e, nessa extensão, *dou-lhe provimento*, para anular o processo desde a sentença e reconhecer a ilicitude das interceptações telefônicas obtidas pela denominada Operação Leão da Terra e das demais provas delas derivadas, devendo o Juízo singular proferir nova sentença, sem a utilização das provas anuladas, com extensão aos demais denunciados, Waldir Franklin de Oliveira da Paixão, Aline Alda Moreira Soares, Emerson Wilson Ferreira Resende, Anderson Lima do Vale, Anderson Augusto Picanço Ramos, Gilmara Silva Sousa, Miguel Antônio Florez Arevalo, Luís Marilac de Brito e Jaime Falcon Abad, por força do art. 580 do Código de Processo Penal.



Índice Analítico

A

- Cv Abuso de direito - Ocorrência - CC/2002, art. 187 - Curso superior - Encerramento - Lei n. 9.394/1996, art. 53 - **Responsabilidade civil**. REsp n. 1.341.135 - SP. RSTJ 236/435.
- PrCv **Ação civil pública** - Concurso público - Ausência - Prescrição - Inaplicabilidade. EREsp n. 1.310.857 - RN. RSTJ 236/249.
- Adm Ação contra particular - **Improbidade administrativa** - Lei n. 8.429/1992, art. 23, I e II - Prazo prescricional - Termo *a quo*. REsp n. 1.405.346 - SP. RSTJ 236/159.
- PrCv **Ação de execução de alimentos** - Competência híbrida - Lei n. 11.340/2006, art. 14 - Medida protetiva de urgência em trâmite na Vara Especializada de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. REsp n. 1.475.006 - MT. RSTJ 236/521.
- PrCv Ação de prestação de contas - Segunda fase - Juros moratórios - Suspensão da fluência - Lei n. 6.024/1974, art. 18, d - **Liquidação extrajudicial**. REsp n. 1.102.850 - PE. RSTJ 236/552.
- PrCv **Ação declaratória de existência de relação jurídica de responsabilidade civil** - Ditadura Militar Brasileira - Prática de ato ilícito - Prescrição - Não ocorrência. REsp n. 1.434.498 - SP. RSTJ 236/471.
- PrCv **Ação declaratória de inexistência de coisa julgada** - Procuração - Substabelecimento. REsp n. 1.442.494 - SP. RSTJ 236/194.

- PrCv **Ação declaratória de maternidade cumulada com petição de herança** - Cerceamento de defesa - Ocorrência. REsp n. 1.328.380 - MS. RSTJ 236/408.
- PrCv **Ação negatória de paternidade** - Exame de DNA - Paternidade infirmada - Princípio da verdade real - Vínculo afetivo - Inexistência. REsp n. 1.362.557 - DF. RSTJ 236/446.
- PrPn Ação penal - Julgamento - Paciente em liberdade - **Crime de homicídio qualificado**. HC n. 308.473 - ES. RSTJ 236/728.
- PrPn Ação penal - Trancamento - Atipicidade da conduta - **Crime contra a ordem tributária** - Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) - Recolhimento em operações interestaduais. EDcl no HC n. 196.262 - MG. RSTJ 236/705.
- PrCv **Ação rescisória** - Citação de todos os litisconsortes - Necessidade - Litisconsórcio necessário na origem. EAg n. 1.308.611 - BA. RSTJ 236/50.
- PrCv Acórdão embargado - Nulidade - **Embargos declaratórios** - Efeito modificativo - Julgamento - Sexta sessão subsequente - Nova intimação - Necessidade - Processo - Inclusão em pauta. EDcl no REsp n. 1.340.444 - RS. RSTJ 236/28.
- PrCv **Advogado** - Falecimento - Sentença - Intimação - Nulidade - Suspensão do processo. EREsp n. 769.935 - SC. RSTJ 236/529.
- PrPn Agravo regimental - Via eleita inadequada - CPC, art. 544 - **Recurso extraordinário** - Inadmissão. AgRg no RE no HC n. 153.809 - SP. RSTJ 236/19.
- Cv Alimentante - Falecimento - Alimentos em favor da ex-companheira - Acordo - Extinção da obrigação personalíssima - **União estável** - Dissolução. REsp n. 1.354.693 - SP. RSTJ 236/338.
- Cv Alimentos em favor da ex-companheira - Acordo - Alimentante - Falecimento - Extinção da obrigação personalíssima - **União estável** - Dissolução. REsp n. 1.354.693 - SP. RSTJ 236/338.
- PrPn Anuência do réu - Inexistência - Cerceamento de defesa - Constrangimento ilegal - Caracterização - **Crime de homicídio** - Desistência da apelação pelo Defensor Público. HC n. 304.404 - PI. RSTJ 236/722.
- Cv Apuração de haveres - Procedimento autônomo - Remessa aos meios ordinários - **Inventário**. EREsp n. 1.438.576 - SP. RSTJ 236/489.
- Cv Área total do imóvel - Vaga de garagem - Não inclusão - **Imóvel** - Promessa de compra e venda - Vaga de garagem - Área de uso comum. REsp n. 1.139.285 - DF. RSTJ 236/557.
- PrPn Atipicidade da conduta - Ação penal - Trancamento - **Crime contra a ordem tributária** - Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços

(ICMS) - Recolhimento em operações interestaduais. EDcl no HC n. 196.262 - MG. RSTJ 236/705.

Adm Atuação na área de bacharelado - Impossibilidade - **Conselho Regional de Educação Física** - Lei n. 9.394/1996, arts. 44, II, e 62 - Profissional formado em educação física - Licenciatura de graduação plena. REsp n. 1.361.900 - SP. RSTJ 236/127.

C

Cv Capitalização de juros - **Tabela Price** - Utilização - Legalidade. REsp n. 1.124.552 - RS. RSTJ 236/67.

Pn Causa de aumento de pena - **Crime de homicídio culposo** - Omissão de socorro - Configuração. HC n. 269.038 - RS. RSTJ 236/714.

Cv CC/2002, art. 187 - Abuso de direito - Ocorrência - Curso superior - Encerramento - Lei n. 9.394/1996, art. 53 - **Responsabilidade civil**. REsp n. 1.341.135 - SP. RSTJ 236/435.

PrPn Cerceamento de defesa - Anuência do réu - Inexistência - Constrangimento ilegal - Caracterização - **Crime de homicídio** - Desistência da apelação pelo Defensor Público. HC n. 304.404 - PI. RSTJ 236/722.

PrCv Cerceamento de defesa - Ocorrência - **Ação declaratória de maternidade cumulada com petição de herança**. REsp n. 1.328.380 - MS. RSTJ 236/408.

PrCv Citação de todos os litisconsortes - Necessidade - **Ação rescisória** - Litisconsórcio necessário na origem. EAg n. 1.308.611 - BA. RSTJ 236/50.

PrPn **Competência** - Crime doloso contra a vida cometido por militar contra civil - Justiça Comum Estadual. CC n. 129.497 - MG. RSTJ 236/647.

PrCv Competência híbrida - **Ação de execução de alimentos** - Lei n. 11.340/2006, art. 14 - Medida protetiva de urgência em trâmite na Vara Especializada de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. REsp n. 1.475.006 - MT. RSTJ 236/521.

PrCv Concurso público - Ausência - **Ação civil pública** - Prescrição - Inaplicabilidade. EREsp n. 1.310.857 - RN. RSTJ 236/249.

Adm Condução de veículo automotor sob influência de álcool - “Lei Seca ao Volante” - **Infração administrativa** - *Vacatio legis* - Desnecessidade. REsp n. 1.440.858 - RS. RSTJ 236/284.

Adm **Conselho Regional de Educação Física** - Atuação na área de bacharelado - Impossibilidade - Lei n. 9.394/1996, arts. 44, II, e 62 - Profissional formado

- em educação física - Licenciatura de graduação plena. REsp n. 1.361.900 - SP. RSTJ 236/127.
- PrPn Constrangimento ilegal - Caracterização - Anuência do réu - Inexistência - Cerceamento de defesa - **Crime de homicídio** - Desistência da apelação pelo Defensor Público. HC n. 304.404 - PI. RSTJ 236/722.
- Cv Consumidor - Direito a informações claras e precisas do produto - Dano moral - Cabimento - **Propaganda enganosa** - Produto medicinal - Responsabilidade *in re ipsa*. EREsp n. 1.329.556 - SP. RSTJ 236/424.
- Trbt **Contribuição do salário-educação** - Inexigibilidade - Produtor rural - Pessoa física. REsp n. 1.503.711 - RS. RSTJ 236/298.
- IN Convenção de Haia - Cooperação jurídica internacional - Direito de guarda - Violação - **Retenção ilícita de criança**. EREsp n. 1.458.218 - RJ. RSTJ 236/203.
- IN Cooperação jurídica internacional - Convenção de Haia - Direito de guarda - Violação - **Retenção ilícita de criança**. EREsp n. 1.458.218 - RJ. RSTJ 236/203.
- PrPn CPC, art. 544 - Agravo regimental - Via eleita inadequada - **Recurso extraordinário** - Inadmissão. AgRg no RE no HC n. 153.809 - SP. RSTJ 236/19.
- PrCv CPC, art. 557, § 2º - **Multa processual** - Recolhimento prévio - Necessidade - Pessoa jurídica de direito público. AgRg nos EAREsp n. 131.134 - RS. RSTJ 236/22.
- Cv Créditos extraconcursais - Lei n. 11.101/2005, art. 67, *caput* - **Recuperação judicial**. REsp n. 1.185.567 - RS. RSTJ 236/568.
- PrPn **Crime contra a ordem tributária** - Ação penal - Trancamento - Atipicidade da conduta - Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) - Recolhimento em operações interestaduais. EDcl no HC n. 196.262 - MG. RSTJ 236/705.
- PrPn **Crime contra a ordem tributária** - Denúncia - Recebimento - Justa causa - Ausência - Reconhecimento - Resposta do acusado. REsp n. 1.318.180 - DF. RSTJ 236/834.
- PrPn **Crime contra a ordem tributária** - Nulidade - Inexistência - Poderes investigatórios do Ministério Público. RHC n. 32.523 - MG. RSTJ 236/734.
- Pn **Crime contra as relações de consumo** - Expor à venda mercadorias impróprias ao consumo - Extinção da punibilidade - Prescrição da pretensão punitiva. REsp n. 1.388.440 - ES. RSTJ 236/848.

- PrPn **Crime de concussão** - Denúncia - Inépcia - Não-ocorrência - Exame de sanidade mental - Operação Replay. RHC n. 49.120 - RJ. RSTJ 236/802.
- Pn **Crime de descaminho** - Lei penal mais benigna - Não incidência - Princípio da insignificância. REsp n. 1.401.424 - PR. RSTJ 236/666.
- PrPn **Crime de falsidade ideológica** - Prisão domiciliar - Prisão preventiva - Revogação. RHC n. 52.407 - RJ. RSTJ 236/739.
- PrPn **Crime de homicídio** - Anuência do réu - Inexistência - Cerceamento de defesa - Constrangimento ilegal - Caracterização - Desistência da apelação pelo Defensor Público. HC n. 304.404 - PI. RSTJ 236/722.
- Pn **Crime de homicídio culposo** - Causa de aumento de pena - Omissão de socorro - Configuração. HC n. 269.038 - RS. RSTJ 236/714.
- PrPn **Crime de homicídio qualificado** - Ação penal - Julgamento - Paciente em liberdade. HC n. 308.473 - ES. RSTJ 236/728.
- Pn **Crime de tráfico de entorpecente** - *Reformatio in pejus* - Não ocorrência - Regime inicial fechado. HC n. 283.267 - MS. RSTJ 236/763.
- Pn **Crime de tráfico de entorpecente** - *Reformatio in pejus* indireta - Configuração. HC n. 213.481 - SP. RSTJ 236/753.
- PrPn Crime doloso contra a vida cometido por militar contra civil - **Competência** - Justiça Comum Estadual. CC n. 129.497 - MG. RSTJ 236/647.
- Trbt CTN, art. 185-A - **Execução fiscal** - Indisponibilidade de bens e direitos do devedor - Requisitos - Observância. REsp n. 1.377.507 - SP. RSTJ 236/137.
- Cv Curso superior - Encerramento - Abuso de direito - Ocorrência - CC/2002, art. 187 - Lei n. 9.394/1996, art. 53 - **Responsabilidade civil**. REsp n. 1.341.135 - SP. RSTJ 236/435.

D

- Adm Dano ao erário - Dolo do agente - Não comprovação - **Improbidade administrativa**. AgRg nos EREsp n. 1.261.072 - SP. RSTJ 236/151.
- Cv Dano moral - Cabimento - Consumidor - Direito a informações claras e precisas do produto - **Propaganda enganosa** - Produto medicinal - Responsabilidade *in re ipsa*. EREsp n. 1.329.556 - SP. RSTJ 236/424.
- Cv Dano moral - Não cabimento - Ofensas inseridas por anônimo em *site* de relacionamentos - **Responsabilidade civil** - Provedor de *internet* - Responsabilidade subjetiva. REsp n. 1.501.187 - RJ. RSTJ 236/635.
- Cv Dano moral - Valor arbitrado - Razoabilidade - **Plano de saúde** - Procedimento cirúrgico - Recusa injustificada. REsp n. 1.455.550 - SP. RSTJ 236/514.

- Cv **Dano moral coletivo** - Cabimento - Serviço de telefonia - Venda casada - Serviço e aparelho. REsp n. 1.397.870 - MG. RSTJ 236/261.
- Cv Dano moral *in re ipsa* - Não ocorrência - Lei n. 12.414/2011, arts. 5º, IV, e 7º, I - Recusa efetiva do crédito ao consumidor - Não comprovação - **Sistema de avaliação do risco de concessão de crédito** - *Credit scoring* - Licitude. REsp n. 1.419.697 - RS. RSTJ 236/368.
- PrPn Denúncia - Inépcia - Não-ocorrência - **Crime de concussão** - Exame de sanidade mental - Operação Replay. RHC n. 49.120 - RJ. RSTJ 236/802.
- PrPn Denúncia - Recebimento - **Crime contra a ordem tributária** - Justa causa - Ausência - Reconhecimento - Resposta do acusado. REsp n. 1.318.180 - DF. RSTJ 236/834.
- Cv **Desconsideração da personalidade jurídica** - Requisitos - Desvio da finalidade social - Não configuração. EREsp n. 1.306.553 - SC. RSTJ 236/313.
- PrPn Desistência da apelação pelo Defensor Público - Anuência do réu - Inexistência - Cerceamento de defesa - Constrangimento ilegal - Caracterização - **Crime de homicídio**. HC n. 304.404 - PI. RSTJ 236/722.
- Cv Desvio da finalidade social - Não configuração - **Desconsideração da personalidade jurídica** - Requisitos. EREsp n. 1.306.553 - SC. RSTJ 236/313.
- IN Direito de guarda - Violação - Convenção de Haia - Cooperação jurídica internacional - **Retenção ilícita de criança**. EREsp n. 1.458.218 - RJ. RSTJ 236/203.
- PrCv Ditadura Militar Brasileira - **Ação declaratória de existência de relação jurídica de responsabilidade civil** - Prática de ato ilícito - Prescrição - Não ocorrência. REsp n. 1.434.498 - SP. RSTJ 236/471.

E

- PrCv **Embargos declaratórios** - Efeito modificativo - Acórdão embargado - Nulidade - Julgamento - Sexta sessão subsequente - Nova intimação - Necessidade - Processo - Inclusão em pauta. EDcl no REsp n. 1.340.444 - RS. RSTJ 236/28.
- PrCv Exame de DNA - Paternidade infirmada - **Ação negatória de paternidade** - Princípio da verdade real - Vínculo afetivo - Inexistência. REsp n. 1.362.557 - DF. RSTJ 236/446.
- PrPn Exame de sanidade mental - **Crime de concussão** - Denúncia - Inépcia - Não-ocorrência - Operação Replay. RHC n. 49.120 - RJ. RSTJ 236/802.

- Trbt **Execução fiscal** - CTN, art. 185-A - Indisponibilidade de bens e direitos do devedor - Requisitos - Observância. REsp n. 1.377.507 - SP. RSTJ 236/137.
- PrCv **Execução fiscal** - Penhora de faturamento - Equiparação parcial - Penhora de valores vincendos a serem pagos por administradora de cartão de crédito. REsp n. 1.408.367 - SC. RSTJ 236/278.
- Pn Expor à venda mercadorias impróprias ao consumo - **Crime contra as relações de consumo** - Extinção da punibilidade - Prescrição da pretensão punitiva. REsp n. 1.388.440 - ES. RSTJ 236/848.
- Cv Extinção da obrigação personalíssima - Alimentante - Falecimento - Alimentos em favor da ex-companheira - Acordo - **União estável** - Dissolução. REsp n. 1.354.693 - SP. RSTJ 236/338.
- Pn Extinção da punibilidade - **Crime contra as relações de consumo** - Expor à venda mercadorias impróprias ao consumo - Prescrição da pretensão punitiva. REsp n. 1.388.440 - ES. RSTJ 236/848.

I

- Cv **Imóvel** - Promessa de compra e venda - Área total do imóvel - Vaga de garagem - Não inclusão - Vaga de garagem - Área de uso comum. REsp n. 1.139.285 - DF. RSTJ 236/557.
- PrPn Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) - Recolhimento em operações interestaduais - Ação penal - Trancamento - Atipicidade da conduta - **Crime contra a ordem tributária**. EDcl no HC n. 196.262 - MG. RSTJ 236/705.
- Adm **Improbidade administrativa** - Ação contra particular - Lei n. 8.429/1992, art. 23, I e II - Prazo prescricional - Termo *a quo*. REsp n. 1.405.346 - SP. RSTJ 236/159.
- Adm **Improbidade administrativa** - Dano ao erário - Dolo do agente - Não comprovação. AgRg nos EREsp n. 1.261.072 - SP. RSTJ 236/151.
- Trbt Indisponibilidade de bens e direitos do devedor - Requisitos - Observância - CTN, art. 185-A - **Execução fiscal**. REsp n. 1.377.507 - SP. RSTJ 236/137.
- Adm **Infração administrativa** - “Lei Seca ao Volante” - Condução de veículo automotor sob influência de álcool - *Vacatio legis* - Desnecessidade. REsp n. 1.440.858 - RS. RSTJ 236/284.
- PrPn **Interceptações telefônicas** - Ilícitude - Operação Leão da Terra. REsp n. 1.391.257 - PA. RSTJ 236/859.
- Cv **Inventário** - Apuração de haveres - Procedimento autônomo - Remessa aos meios ordinários. EREsp n. 1.438.576 - SP. RSTJ 236/489.

J

- PrCv Julgamento - Sexta sessão subsequente - Acórdão embargado - Nulidade - **Embargos declaratórios** - Efeito modificativo - Nova intimação - Necessidade - Processo - Inclusão em pauta. EDcl no REsp n. 1.340.444 - RS. RSTJ 236/28.
- PrCv Juros moratórios - Suspensão da fluência - Ação de prestação de contas - Segunda fase - Lei n. 6.024/1974, art. 18, **d** - **Liquidação extrajudicial**. REsp n. 1.102.850 - PE. RSTJ 236/552.
- PrPn Justa causa - Ausência - Reconhecimento - **Crime contra a ordem tributária** - Denúncia - Recebimento - Resposta do acusado. REsp n. 1.318.180 - DF. RSTJ 236/834.
- PrPn Justiça Comum Estadual - **Competência** - Crime doloso contra a vida cometido por militar contra civil. CC n. 129.497 - MG. RSTJ 236/647.

L

- PrCv Lei n. 6.024/1974, art. 18, **d** - Ação de prestação de contas - Segunda fase - Juros moratórios - Suspensão da fluência - **Liquidação extrajudicial**. REsp n. 1.102.850 - PE. RSTJ 236/552.
- Adm Lei n. 8.429/1992, art. 23, I e II - Ação contra particular - **Improbidade administrativa** - Prazo prescricional - Termo *a quo*. REsp n. 1.405.346 - SP. RSTJ 236/159.
- Adm Lei n. 9.394/1996, arts. 44, II, e 62 - Atuação na área de bacharelado - Impossibilidade - **Conselho Regional de Educação Física** - Profissional formado em educação física - Licenciatura de graduação plena. REsp n. 1.361.900 - SP. RSTJ 236/127.
- Cv Lei n. 9.394/1996, art. 53 - Abuso de direito - Ocorrência - CC/2002, art. 187 - Curso superior - Encerramento - **Responsabilidade civil**. REsp n. 1.341.135 - SP. RSTJ 236/435.
- Cv Lei n. 9.656/1998, arts. 10 e 12 - **Plano de saúde** - Tratamento convencional - Inexistência - Tratamento experimental - Cobertura - Exclusão - Não cabimento. REsp n. 1.279.241 - SP. RSTJ 236/598.
- Cv Lei n. 11.101/2005, art. 67, *caput* - Créditos extraconcursais - **Recuperação judicial**. REsp n. 1.185.567 - RS. RSTJ 236/568.
- PrCv Lei n. 11.340/2006, art. 14 - **Ação de execução de alimentos** - Competência híbrida - Medida protetiva de urgência em trâmite na Vara Especializada de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. REsp n. 1.475.006 - MT. RSTJ 236/521.

- Cv Lei n. 12.414/2011, arts. 5º, IV, e 7º, I - Dano moral *in re ipsa* - Não ocorrência - Recusa efetiva do crédito ao consumidor - Não comprovação - **Sistema de avaliação do risco de concessão de crédito** - *Credit scoring* - Licitude. REsp n. 1.419.697 - RS. RSTJ 236/368.
- Adm Lei n. 13.467/2000(MG) - Lei n. 16.645/2007(MG) - Progressão funcional - Vaga prévia - Necessidade - **Servidor público estadual**. RMS n. 46.433 - MG. RSTJ 236/233.
- Adm Lei n. 16.645/2007(MG) - Lei n. 13.467/2000(MG) - Progressão funcional - Vaga prévia - Necessidade - **Servidor público estadual**. RMS n. 46.433 - MG. RSTJ 236/233.
- Pn Lei penal mais benigna - Não incidência - **Crime de descaminho** - Princípio da insignificância. REsp n. 1.401.424 - PR. RSTJ 236/666.
- PrCv **Liquidação extrajudicial** - Ação de prestação de contas - Segunda fase - Juros moratórios - Suspensão da fluência - Lei n. 6.024/1974, art. 18, d. REsp n. 1.102.850 - PE. RSTJ 236/552.
- PrCv Litisconsórcio necessário na origem - **Ação rescisória** - Citação de todos os litisconsortes - Necessidade. EAg n. 1.308.611 - BA. RSTJ 236/50.

M

- Pn **Mandado de busca e apreensão** - Fundamentação idônea. RHC n. 41.316 - SP. RSTJ 236/777.
- PrCv Mandato *ad judicium* - Prazo indeterminado - Continuidade - **Mandato ad negocia por prazo determinado** - Prazo - Término. REsp n. 812.283 - SC. RSTJ 236/545.
- PrCv **Mandato ad negocia por prazo determinado** - Mandato *ad judicium* - Prazo indeterminado - Continuidade - Prazo - Término. REsp n. 812.283 - SC. RSTJ 236/545.
- PrCv Medida protetiva de urgência em trâmite na Vara Especializada de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher - **Ação de execução de alimentos** - Competência híbrida - Lei n. 11.340/2006, art. 14. REsp n. 1.475.006 - MT. RSTJ 236/521.
- Adm Membro da Comissão Processante - Imparcialidade - Ausência - Processo Administrativo Disciplinar - **Servidor público** - Demissão - Nulidade. MS n. 20.952 - DF. RSTJ 236/101.
- PrCv **Multa processual** - Recolhimento prévio - Necessidade - CPC, art. 557, § 2º - Pessoa jurídica de direito público. AgRg nos EAREsp n. 131.134 - RS. RSTJ 236/22.

N

- PrCv Nova intimação - Necessidade - Acórdão embargado - Nulidade - **Embargos declaratórios** - Efeito modificativo - Julgamento - Sexta sessão subsequente - Processo - Inclusão em pauta. EDcl no REsp n. 1.340.444 - RS. RSTJ 236/28.
- PrPn Nulidade - Inexistência - **Crime contra a ordem tributária** - Poderes investigatórios do Ministério Público. RHC n. 32.523 - MG. RSTJ 236/734.

O

- Cv Ofensas inseridas por anônimo em *site* de relacionamentos - Dano moral - Não cabimento - **Responsabilidade civil** - Provedor de *internet* - Responsabilidade subjetiva. REsp n. 1.501.187 - RJ. RSTJ 236/635.
- Pn Omissão de socorro - Configuração - Causa de aumento de pena - **Crime de homicídio culposo**. HC n. 269.038 - RS. RSTJ 236/714.
- PrPn Operação Leão da Terra - **Interceptações telefônicas** - Ilicitude. REsp n. 1.391.257 - PA. RSTJ 236/859.
- PrPn Operação Replay - **Crime de concussão** - Denúncia - Inépcia - Não-ocorrência - Exame de sanidade mental. RHC n. 49.120 - RJ. RSTJ 236/802.

P

- PrCv Penhora de faturamento - Equiparação parcial - **Execução fiscal** - Penhora de valores vincendos a serem pagos por administradora de cartão de crédito. REsp n. 1.408.367 - SC. RSTJ 236/278.
- PrCv Penhora de valores vincendos a serem pagos por administradora de cartão de crédito - **Execução fiscal** - Penhora de faturamento - Equiparação parcial. REsp n. 1.408.367 - SC. RSTJ 236/278.
- Cv **Pensão alimentícia** - Prisão civil - Revogação. RHC n. 46.510 - MG. RSTJ 236/405.
- PrCv Pessoa jurídica de direito público - CPC, art. 557, § 2º - **Multa processual** - Recolhimento prévio - Necessidade. AgRg nos EAREsp n. 131.134 - RS. RSTJ 236/22.
- Cv **Plano de saúde** - Dano moral - Valor arbitrado - Razoabilidade - Procedimento cirúrgico - Recusa injustificada. REsp n. 1.455.550 - SP. RSTJ 236/514.

- Cv **Plano de saúde** - Lei n. 9.656/1998, arts. 10 e 12 - Tratamento convencional - Inexistência - Tratamento experimental - Cobertura - Exclusão - Não cabimento. REsp n. 1.279.241 - SP. RSTJ 236/598.
- PrPn Poderes investigatórios do Ministério Público - **Crime contra a ordem tributária** - Nulidade - Inexistência. RHC n. 32.523 - MG. RSTJ 236/734.
- PrCv Prática de ato ilícito - **Ação declaratória de existência de relação jurídica de responsabilidade civil** - Ditadura Militar Brasileira - Prescrição - Não ocorrência. REsp n. 1.434.498 - SP. RSTJ 236/471.
- PrCv Prazo - Término - Mandato *adjudicia* - Prazo indeterminado - Continuidade - **Mandato ad negocia por prazo determinado**. REsp n. 812.283 - SC. RSTJ 236/545.
- Adm Prazo prescricional - Termo *a quo* - Ação contra particular - **Improbidade administrativa** - Lei n. 8.429/1992, art. 23, I e II. REsp n. 1.405.346 - SP. RSTJ 236/159.
- PrCv Prescrição - Inaplicabilidade - **Ação civil pública** - Concurso público - Ausência. EREsp n. 1.310.857 - RN. RSTJ 236/249.
- PrCv Prescrição - Não ocorrência - **Ação declaratória de existência de relação jurídica de responsabilidade civil** - Ditadura Militar Brasileira - Prática de ato ilícito. REsp n. 1.434.498 - SP. RSTJ 236/471.
- Pn Prescrição da pretensão punitiva - **Crime contra as relações de consumo** - Expor à venda mercadorias impróprias ao consumo - Extinção da punibilidade. REsp n. 1.388.440 - ES. RSTJ 236/848.
- Adm Prescrição da pretensão punitiva administrativa - Processo Administrativo Disciplinar - **Servidor público**. MS n. 21.045 - DF. RSTJ 236/109.
- Pn Princípio da insignificância - **Crime de descaminho** - Lei penal mais benigna - Não incidência. REsp n. 1.401.424 - PR. RSTJ 236/666.
- PrCv Princípio da verdade real - **Ação negatória de paternidade** - Exame de DNA - Paternidade infirmada - Vínculo afetivo - Inexistência. REsp n. 1.362.557 - DF. RSTJ 236/446.
- Cv Prisão civil - Revogação - **Pensão alimentícia**. RHC n. 46.510 - MG. RSTJ 236/405.
- PrPn Prisão domiciliar - **Crime de falsidade ideológica** - Prisão preventiva - Revogação. RHC n. 52.407 - RJ. RSTJ 236/739.
- PrPn Prisão preventiva - Revogação - **Crime de falsidade ideológica** - Prisão domiciliar. RHC n. 52.407 - RJ. RSTJ 236/739.

- Cv Procedimento cirúrgico - Recusa injustificada - Dano moral - Valor arbitrado - Razoabilidade - **Plano de saúde**. REsp n. 1.455.550 - SP. RSTJ 236/514.
- PrCv Processo - Inclusão em pauta - Acórdão embargado - Nulidade - **Embargos declaratórios** - Efeito modificativo - Julgamento - Sexta sessão subsequente - Nova intimação - Necessidade. EDcl no REsp n. 1.340.444 - RS. RSTJ 236/28.
- Adm Processo Administrativo Disciplinar - Membro da Comissão Processante - Imparcialidade - Ausência - **Servidor público** - Demissão - Nulidade. MS n. 20.952 - DF. RSTJ 236/101.
- Adm Processo Administrativo Disciplinar - Prescrição da pretensão punitiva administrativa - **Servidor público**. MS n. 21.045 - DF. RSTJ 236/109.
- PrCv Procuração - **Ação declaratória de inexistência de coisa julgada** - Substabelecimento. REsp n. 1.442.494 - SP. RSTJ 236/194.
- Trbt Produtor rural - Pessoa física - **Contribuição do salário-educação** - Inexigibilidade. REsp n. 1.503.711 - RS. RSTJ 236/298.
- Adm Profissional formado em educação física - Licenciatura de graduação plena - Atuação na área de bacharelado - Impossibilidade - **Conselho Regional de Educação Física** - Lei n. 9.394/1996, arts. 44, II, e 62. REsp n. 1.361.900 - SP. RSTJ 236/127.
- Adm Progressão funcional - Vaga prévia - Necessidade - Lei n. 13.467/2000(MG) - Lei n. 16.645/2007(MG) - **Servidor público estadual**. RMS n. 46.433 - MG. RSTJ 236/233.
- Cv **Propaganda enganosa** - Produto medicinal - Consumidor - Direito a informações claras e precisas do produto - Dano moral - Cabimento - Responsabilidade *in re ipsa*. EREsp n. 1.329.556 - SP. RSTJ 236/424.

R

- PrPn **Reclamação** - Improcedência - Usurpação de competência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Não ocorrência. Rcl n. 13.788 - DF. RSTJ 236/655.
- Cv **Recuperação judicial** - Créditos extraconcursais - Lei n. 11.101/2005, art. 67, *caput*. REsp n. 1.185.567 - RS. RSTJ 236/568.
- Cv **Recuperação judicial do devedor principal** - Terceiros coobrigados - Efeitos. REsp n. 1.333.349 - SP. RSTJ 236/324.
- PrPn **Recurso extraordinário** - Inadmissão - Agravo regimental - Via eleita inadequada - CPC, art. 544. AgRg no RE no HC n. 153.809 - SP. RSTJ 236/19.

- Cv Recusa efetiva do crédito ao consumidor - Não comprovação - Dano moral *in re ipsa* - Não ocorrência - Lei n. 12.414/2011, arts. 5º, IV, e 7º, I - **Sistema de avaliação do risco de concessão de crédito** - *Credit scoring* - Licitude. REsp n. 1.419.697 - RS. RSTJ 236/368.
- Pn *Reformatio in pejus* - Não ocorrência - **Crime de tráfico de entorpecente** - Regime inicial fechado. HC n. 283.267 - MS. RSTJ 236/763.
- Pn *Reformatio in pejus* indireta - Configuração - **Crime de tráfico de entorpecente**. HC n. 213.481 - SP. RSTJ 236/753.
- Pn Regime inicial fechado - **Crime de tráfico de entorpecente** - *Reformatio in pejus* - Não ocorrência. HC n. 283.267 - MS. RSTJ 236/763.
- Cv **Responsabilidade civil** - Abuso de direito - Ocorrência - CC/2002, art. 187 - Curso superior - Encerramento - Lei n. 9.394/1996, art. 53. REsp n. 1.341.135 - SP. RSTJ 236/435.
- Cv **Responsabilidade civil** - Provedor de *internet* - Dano moral - Não cabimento - Ofensas inseridas por anônimo em *site* de relacionamentos - Responsabilidade subjetiva. REsp n. 1.501.187 - RJ. RSTJ 236/635.
- Cv Responsabilidade *in re ipsa* - Consumidor - Direito a informações claras e precisas do produto - Dano moral - Cabimento - **Propaganda enganosa** - Produto medicinal. EREsp n. 1.329.556 - SP. RSTJ 236/424.
- Cv Responsabilidade subjetiva - Dano moral - Não cabimento - Ofensas inseridas por anônimo em *site* de relacionamentos - **Responsabilidade civil** - Provedor de *internet*. REsp n. 1.501.187 - RJ. RSTJ 236/635.
- PrPn Resposta do acusado - **Crime contra a ordem tributária** - Denúncia - Recebimento - Justa causa - Ausência - Reconhecimento. REsp n. 1.318.180 - DF. RSTJ 236/834.
- IN **Retenção ilícita de criança** - Convenção de Haia - Cooperação jurídica internacional - Direito de guarda - Violação. EREsp n. 1.458.218 - RJ. RSTJ 236/203.

S

- PrCv Sentença - Intimação - Nulidade - **Advogado** - Falecimento - Suspensão do processo. EREsp n. 769.935 - SC. RSTJ 236/529.
- Cv Serviço de telefonia - **Dano moral coletivo** - Cabimento - Venda casada - Serviço e aparelho. REsp n. 1.397.870 - MG. RSTJ 236/261.
- Adm **Servidor público** - Prescrição da pretensão punitiva administrativa - Processo Administrativo Disciplinar. MS n. 21.045 - DF. RSTJ 236/109.

- Adm **Servidor público** - Demissão - Nulidade - Membro da Comissão Processante - Imparcialidade - Ausência - Processo Administrativo Disciplinar. MS n. 20.952 - DF. RSTJ 236/101.
- Adm **Servidor público estadual** - Lei n. 13.467/2000(MG) - Lei n. 16.645/2007(MG) - Progressão funcional - Vaga prévia - Necessidade. RMS n. 46.433 - MG. RSTJ 236/233.
- Cv **Sistema de avaliação do risco de concessão de crédito** - *Credit scoring* - Licitude - Dano moral *in re ipsa* - Não ocorrência - Lei n. 12.414/2011, arts. 5º, IV, e 7º, I - Recusa efetiva do crédito ao consumidor - Não comprovação. REsp n. 1.419.697 - RS. RSTJ 236/368.
- PrCv Substabelecimento - **Ação declaratória de inexistência de coisa julgada** - Procuração. REsp n. 1.442.494 - SP. RSTJ 236/194.
- PrCv Suspensão do processo - **Advogado** - Falecimento - Sentença - Intimação - Nulidade. EREsp n. 769.935 - SC. RSTJ 236/529.

T

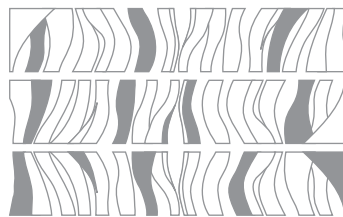
- Cv **Tabela Price** - Utilização - Legalidade - Capitalização de juros. REsp n. 1.124.552 - RS. RSTJ 236/67.
- Cv Terceiros coobrigados - Efeitos - **Recuperação judicial do devedor principal**. REsp n. 1.333.349 - SP. RSTJ 236/324.
- Cv **Testamento público** - Nulidade - Não ocorrência - Vício de forma. REsp n. 1.419.726 - SC. RSTJ 236/455.
- Cv Tratamento convencional - Inexistência - Lei n. 9.656/1998, arts. 10 e 12 - **Plano de saúde** - Tratamento experimental - Cobertura - Exclusão - Não cabimento. REsp n. 1.279.241 - SP. RSTJ 236/598.
- Cv Tratamento experimental - Cobertura - Exclusão - Não cabimento - Lei n. 9.656/1998, arts. 10 e 12 - **Plano de saúde** - Tratamento convencional - Inexistência. REsp n. 1.279.241 - SP. RSTJ 236/598.

U

- Cv **União estável** - Dissolução - Alimentante - Falecimento - Alimentos em favor da ex-companheira - Acordo - Extinção da obrigação personalíssima. REsp n. 1.354.693 - SP. RSTJ 236/338.
- PrPn Usurpação de competência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Não ocorrência - **Reclamação** - Improcedência. Rcl n. 13.788 - DF. RSTJ 236/655.

V

- Adm *Vacatio legis* - Desnecessidade - “Lei Seca ao Volante” - Condução de veículo automotor sob influência de álcool - **Infração administrativa**. REsp n. 1.440.858 - RS. RSTJ 236/284.
- Cv Vaga de garagem - Área de uso comum - Área total do imóvel - Vaga de garagem - Não inclusão - **Imóvel** - Promessa de compra e venda. REsp n. 1.139.285 - DF. RSTJ 236/557.
- Cv Venda casada - Serviço e aparelho - **Dano moral coletivo** - Cabimento - Serviço de telefonia. REsp n. 1.397.870 - MG. RSTJ 236/261.
- Cv Vício de forma - **Testamento público** - Nulidade - Não ocorrência. REsp n. 1.419.726 - SC. RSTJ 236/455.
- PrCv Vínculo afetivo - Inexistência - **Ação negatória de paternidade** - Exame de DNA - Paternidade infirmada - Princípio da verdade real. REsp n. 1.362.557 - DF. RSTJ 236/446.



Índice Sistemático

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO NO HABEAS
CORPUS - AgRg no RE no HC**

153.809-SP..... Rel. Min. Laurita Vaz.....RSTJ 236/19.

**AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO
EM RECURSO ESPECIAL - AgRg nos EAREsp**

131.134-RS Rel. Min. Laurita Vaz.....RSTJ 236/22.

**AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP -
AgRg nos EREsp**

1.261.072-SP..... Rel. Min. Napoleão Nunes Maia FilhoRSTJ 236/151.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA - CC

129.497-MG Rel. Min. Ericson Maranhão*RSTJ 236/647.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS - EDcl no HC

196.262-MG Rel. Min. Gurgel de FariaRSTJ 236/705.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL - EDcl no REsp

1.340.444-RS Rel. Min. Herman BenjaminRSTJ 236/28.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO - EAg

1.308.611-BA..... Rel. Min. Og Fernandes..... RSTJ 236/50.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP - REsp

769.935-SC..... Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira RSTJ 236/529.
 1.306.553-SC..... Rel. Min. Maria Isabel Gallotti..... RSTJ 236/313.
 1.310.857-RN..... Rel. Min. Humberto Martins..... RSTJ 236/249.
 1.329.556-SP..... Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva RSTJ 236/424.
 1.438.576-SP..... Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva RSTJ 236/489.
 1.458.218-RJ..... Rel. Min. Marga Tessler* RSTJ 236/203.

HABEAS CORPUS - HC

213.481-SP..... Rel. Min. Nefi Cordeiro RSTJ 236/753.
 269.038-RS..... Rel. Min. Felix Fischer..... RSTJ 236/714.
 283.267-MS..... Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz RSTJ 236/763.
 304.404-PI..... Rel. Min. Jorge Mussi RSTJ 236/722.
 308.473-ES..... Rel. Min. Jorge Mussi RSTJ 236/728.

MANDADO DE SEGURANÇA - MS

20.952-DF..... Rel. Min. Benedito Gonçalves RSTJ 236/101.
 21.045-DF..... Rel. Min. Marga Tessler* RSTJ 236/109.

RECLAMAÇÃO - Rcl

13.788-DF..... Rel. Min. Ericson Maranhão* RSTJ 236/655.

RECURSO EM HABEAS CORPUS - RHC

32.523-MG..... Rel. Min. Gurgel de Faria RSTJ 236/734.
 41.316-SP..... Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura..... RSTJ 236/777.
 46.510-MG..... Rel. Min. João Otávio de Noronha RSTJ 236/405.
 49.120-RJ..... Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura..... RSTJ 236/802.
 52.407-RJ..... Rel. Min. Felix Fischer..... RSTJ 236/739.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA - RMS

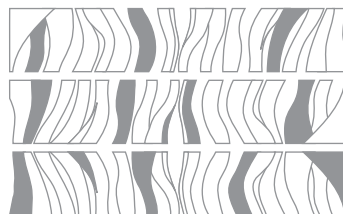
46.433-MG..... Rel. Min. Humberto Martins..... RSTJ 236/233.

RECURSO ESPECIAL - REsp

812.283-SC..... Rel. Min. Raul Araújo..... RSTJ 236/545.
 1.102.850-PE..... Rel. Min. Maria Isabel Gallotti..... RSTJ 236/552.
 1.124.552-RS..... Rel. Min. Luis Felipe Salomão..... RSTJ 236/67.
 1.139.285-DF..... Rel. Min. Marco Buzzi..... RSTJ 236/557.
 1.185.567-RS..... Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira RSTJ 236/568.

1.279.241-SP.....	Rel. Min. Raul Araújo.....	RSTJ 236/598.
1.318.180-DF.....	Rel. Min. Sebastião Reis Júnior.....	RSTJ 236/834.
1.328.380-MS	Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze	RSTJ 236/408.
1.333.349-SP.....	Rel. Min. Luis Felipe Salomão.....	RSTJ 236/324.
1.341.135-SP.....	Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino	RSTJ 236/435.
1.354.693-SP.....	Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira	RSTJ 236/338.
1.361.900-SP.....	Rel. Min. Benedito Gonçalves	RSTJ 236/127.
1.362.557-DF.....	Rel. Min. João Otávio de Noronha	RSTJ 236/446.
1.377.507-SP.....	Rel. Min. Og Fernandes.....	RSTJ 236/137.
1.388.440-ES	Rel. Min. Nefi Cordeiro	RSTJ 236/848.
1.391.257-PA	Rel. Min. Sebastião Reis Júnior.....	RSTJ 236/859.
1.397.870-MG	Rel. Min. Mauro Campbell Marques	RSTJ 236/261.
1.401.424-PR.....	Rel. Min. Rogerio Schiatti Cruz	RSTJ 236/666.
1.405.346-SP.....	Rel. Min. Sérgio Kukina	RSTJ 236/159.
1.408.367-SC	Rel. Min. Herman Benjamin	RSTJ 236/278.
1.419.697-RS	Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino	RSTJ 236/368.
1.419.726-SC	Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze	RSTJ 236/455.
1.434.498-SP.....	Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino	RSTJ 236/471.
1.440.858-RS	Rel. Min. Mauro Campbell Marques	RSTJ 236/284.
1.442.494-SP.....	Rel. Min. Sérgio Kukina	RSTJ 236/194.
1.455.550-SP.....	Rel. Min. Moura Ribeiro.....	RSTJ 236/514.
1.475.006-MT.....	Rel. Min. Moura Ribeiro.....	RSTJ 236/521.
1.501.187-RJ	Rel. Min. Marco Buzzi.....	RSTJ 236/635.
1.503.711-RS	Rel. Min. Assusete Magalhães	RSTJ 236/298.

* Desembargador(a) convocado(a)



Siglas e Abreviaturas

AC	Apelação Cível
Adm	Administrativo
Ag	Agravo de Instrumento
AgRg	Agravo Regimental
AI	Argüição de Inconstitucionalidade
ANA	Agência Nacional de Águas
Anatel	Agência Nacional de Telecomunicações
Aneel	Agência Nacional de Energia Elétrica
APn	Ação Penal
AR	Ação Rescisória
CAt	Conflito de Atribuições
CC	Código Civil
CC	Conflito de Competência
CCm	Código Comercial
Cm	Comercial
CNE	Conselho Nacional de Educação
Com	Comunicação
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CDC	Código de Proteção e Defesa do Consumidor
CPP	Código de Processo Penal
CR	Carta Rogatória
CRI	Carta Rogatória Impugnada
Ct	Constitucional
CTB	Código de Trânsito Brasileiro
CTN	Código Tributário Nacional
Cv	Civil
D	Decreto
DL	Decreto-Lei

DNAEE	Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica
E	Ementário da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça
EAC	Embargos Infringentes em Apelação Cível
EAR	Embargos Infringentes em Ação Rescisória
EAg	Embargos de Divergência no Agravo
EC	Emenda Constitucional
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
EDcl	Embargos de Declaração
EJSTJ	Ementário da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça
El	Eleitoral
EREsp	Embargos de Divergência em Recurso Especial
ERMS	Embargos Infringentes no Recurso em Mandado de Segurança
ExImp	Exceção de Impedimento
ExSusp	Exceção de Suspeição
ExVerd	Exceção da Verdade
ExecAR	Execução em Ação Rescisória
ExecMC	Execução em Medida Cautelar
ExecMS	Execução em Mandado de Segurança
HC	<i>Habeas Corpus</i>
HD	<i>Habeas Data</i>
HSE	Homologação de Sentença Estrangeira
IDC	Incidente de Deslocamento de Competência
IExec	Incidente de Execução
IF	Intervenção Federal
IJ	Interpelação Judicial
Inq	Inquérito
IPVA	Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores
IUJ	Incidente de Uniformização de Jurisprudência
LC	Lei Complementar

SIGLAS E ABREVIATURAS

LCP	Lei das Contravenções Penais
Loman	Lei Orgânica da Magistratura
LONMP	Lei Orgânica Nacional do Ministério Público
MC	Medida Cautelar
MC	Ministério das Comunicações
MI	Mandado de Injunção
MS	Mandado de Segurança
NC	Notícia-Crime
PA	Processo Administrativo
Pet	Petição
PExt	Pedido de Extensão
Pn	Penal
Prc	Precatório
PrCv	Processual Civil
PrPn	Processual Penal
Pv	Previdenciário
QO	Questão de Ordem
R	Revista do Superior Tribunal de Justiça
Rcl	Reclamação
RD	Reconsideração de Despacho
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
RHC	Recurso em <i>Habeas Corpus</i>
RHD	Recurso em <i>Habeas Data</i>
RMI	Recurso em Mandado de Injunção
RMS	Recurso em Mandado de Segurança
RO	Recurso Ordinário
Rp	Representação
RSTJ	Revista do Superior Tribunal de Justiça
RvCr	Revisão Criminal

SIGLAS E ABREVIATURAS

S	Súmula
SAF	Secretaria de Administração Federal
Sd	Sindicância
SEC	Sentença Estrangeira Contestada
SF	Senado Federal
SL	Suspensão de Liminar
SLS	Suspensão de Liminar e de Sentença
SS	Suspensão de Segurança
STA	Suspensão de Tutela Antecipada
Tr	Trabalho
Trbt	Tributário



**Repositórios Autorizados e Credenciados pelo
Superior Tribunal de Justiça**

REPOSITÓRIOS AUTORIZADOS E CREDENCIADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

01. Lex - Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - editada pela Lex Editora S.A. - Portaria n. 1 de 19.08.1985 - DJ 21.08.1985 - **Registro revalidado** - Edital de 20.10.1989 - DJ 24.10.1989 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 11.12.2012 - DJe 13.12.2012.
02. Revista de Direito Administrativo - editada pela Editora Renovar Ltda. - Portaria n. 2 de 19.08.1985 - DJ 21.08.1985 - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 05.09.2007 - DJ 19.09.2007.
03. Revista LTr - Legislação do Trabalho - editada pela LTr Editora Ltda. - Portaria n. 5 de 26.08.1985 - DJ 28.08.1985 - **Registro revalidado** - Edital de 20.10.1989 - DJ 24.10.1989 - **Registro alterado** - Portaria n. 5 de 22.11.2011 - DJe de 23.11.2011.
04. Jurisprudência Brasileira Cível e Comércio - editada pela Juruá Editora Ltda. - Portaria n. 6 de 09.09.1985 - DJ 12.09.1985 - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 09.02.2006 - DJ 15.02.2006.
05. Julgados dos Tribunais Superiores - editada pela Editora Jurid Vellenich Ltda. - Portaria n. 7 de 06.11.1987 - DJ 10.11.1987 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 06.03.2001 - DJ 09.03.2001.
06. Revista de Doutrina e Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios - Portaria n. 1 de 29.11.1989 - DJ 1º.12.1989 - **Registro alterado/retificado** - Portaria n. 3 de 19.06.2002 - DJ de 25.06.2002.
07. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - Portaria n. 1 de 08.02.1990 - DJ 12.02.1990 - **Registro alterado** - Portaria n. 3 de 19.03.2010 - DJe 22.03.2010.
08. Revista Jurídica Mineira - Portaria n. 3 de 02.04.1990 - DJ 04.04.1990 - **Registro cancelado** - Portaria n. 4 de 13.05.1999 - DJ 04.06.1999.
09. Revista Jurídica - de responsabilidade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. (anteriormente editada pela Notadez Informações Ltda.) - Portaria n. 4 de 02.04.1990 - DJ 04.04.1990.
10. Julgados do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul - Portaria n. 5 de 02.05.1990 - DJ 09.05.1990 - **Registro cancelado** - Portaria n. 8 de 16.11.2000 - DJ 24.11.2000.
11. Revista de Processo - editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda. - Portaria n. 6 de 31.05.1990 - DJ 06.06.1990.
12. Revista de Direito Civil - editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda. - Portaria n. 7 de 31.05.1990 - DJ 06.06.1990 - **Registro cancelado** - Portaria n. 4 de 06.06.2000 - DJ 09.06.2000.

13. Revista dos Tribunais - editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda. - Portaria n. 8 de 31.05.1990 - DJ 06.06.1990.
14. Revista de Direito Público - editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda. - Portaria n. 9 de 31.05.1990 - DJ 06.06.1990 - **Registro cancelado** - Portaria n. 5 de 11.06.2001 - DJ 19.06.2001.
15. Revista Ciência Jurídica - editada pela Editora Ciência Jurídica Ltda. - Portaria n. 10 de 21.08.1990 - DJ 24.08.1990 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 04.07.2003 - DJ 14.07.2003.
16. Revista Jurisprudência Mineira - editada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - Portaria n. 12 de 10.09.1990 - DJ 12.09.1990.
17. Revista de Julgados do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais - Portaria n. 13 de 17.12.1990 - DJ 19.12.1990 - **Registro cancelado** - Portaria n. 10 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.
18. Jurisprudência Catarinense - editada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina - Portaria n. 1 de 22.05.1991 - DJ 27.05.1991.
19. Revista SÍNTESE Trabalhista e Previdenciária - editada pela IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 3 de 16.09.1991 - DJ 20.09.1991 - **Registro retificado** - Portaria n. 9 de 22.11.2006 - DJ 11.12.2006 - **Registro retificado e ratificado** - Portaria n. 8 de 25.10.2010 - DJe 28.10.2010.
20. Lex - Jurisprudência dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo - editada pela Lex Editora S.A. - Portaria n. 1 de 10.03.1992 - DJ 13.03.1992 - **Registro cancelado** - Portaria n. 6 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.
21. Jurisprudência do Tribunal de Justiça - editada pela Lex Editora S.A. - Portaria n. 2 de 10.03.1992 - DJ 13.03.1992 - **Registro retificado** - Portaria n. 9 de 16.11.2000 - DJ 24.11.2000 - **Registro cancelado** - Portaria n. 4 de 29.10.2013 - DJe de 05.11.2013.
22. Lex - Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - editada pela Lex Editora S.A. - Portaria n. 3 de 10.03.1992 - DJ 13.03.1992 - **Registro cancelado** - Portaria n. 3 de 11.12.2012 - DJe 13.12.2012.
23. Revista de Previdência Social - editada pela LTr Editora Ltda. - Portaria n. 4 de 20.04.1992 - DJ 24.04.1992.
24. Revista Forense - editada pela Editora Forense - Portaria n. 5 de 22.06.1992 - DJ 06.07.1992 - **Registro cancelado** - Portaria n. 8 de 22.11.2011 - DJe de 23.11.2011.
25. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados - editada pela Editora Jurid Vellenich Ltda. - Portaria n. 6 de 06.11.1992 - DJ 10.11.1992 - **Registro cancelado** - Portaria n. 3 de 04.07.2003 - DJ 14.07.2003.
26. Série - Jurisprudência ADCOAS - editada pela Editora Esplanada Ltda. - Portaria n. 1 de 18.02.1993 - DJ 25.02.1993 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 23.08.2004 - DJ 26.08.2004.

27. Revista Ata - Arquivos dos Tribunais de Alçada do Estado do Rio de Janeiro - Portaria n. 2 de 11.02.1994 - DJ 18.02.1994 - **Registro cancelado** - Portaria n. 3 de 04.05.1999 - DJ 18.05.1999.
28. Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região - editada pela Livraria do Advogado Ltda. - Portaria n. 3 de 02.03.1994 - DJ 07.03.1994.
29. Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - Portaria n. 4 de 15.06.1994 - DJ 17.06.1994.
30. Genesis - Revista de Direito do Trabalho - editada pela Genesis Editora - Portaria n. 5 de 14.09.1994 - DJ 16.09.1994 - **Registro cancelado** - Portaria n. 4 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.
31. Decisório Trabalhista - editada pela Editora Decisório Trabalhista Ltda. - Portaria n. 6 de 02.12.1994 - DJ 06.12.1994 - **Registro cancelado** - Portaria n. 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.
36. Revista Dialética de Direito Tributário - editada pela Editora Oliveira Rocha Comércio e Serviços Ltda. - Portaria n. 1 de 16.06.1997 - DJ 23.06.1997.
37. Revista do Ministério Público - Portaria n. 1 de 26.10.1998 - DJ 05.11.1998 - **Registro retificado** - Portaria n. 9 de 14.06.1999 - DJ 22.06.1999.
38. Revista Jurídica Consulex - editada pela Editora Consulex Ltda. - Portaria n. 1 de 04.02.1999 - DJ 23.02.1999 - Republicada em 25.02.1999 - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 06.03.2001 - DJ 09.03.2001.
39. Genesis - Revista de Direito Processual Civil - editada pela Genesis Editora - Portaria n. 2 de 12.04.1999 - DJ 15.04.1999 - **Registro cancelado** - Portaria n. 3 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.
40. Jurisprudência Brasileira Criminal - editada pela Juruá Editora Ltda. - Portaria n. 6 de 14.06.1999 - DJ 22.06.1999 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 09.02.2006 - DJ 15.02.2006.

41. Jurisprudência Brasileira Trabalhista - editada pela Juruá Editora Ltda. - Portaria n. 7 de 14.06.1999 - DJ 22.06.1999 - **Registro cancelado** - Portaria n. 3 de 09.02.2006 - DJ 15.02.2006.
42. Revista de Estudos Tributários - editada pela marca SÍNTESE, de responsabilidade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 8 de 14.06.1999 - DJ 22.06.1999.
43. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - editada pela Editora Brasília Jurídica Ltda. - Portaria n. 10 de 29.06.1999 - DJ 05.07.1999 - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 23.08.2004 - DJ 26.08.2004.
44. Revista Interesse Público - editada pela Editora Fórum Ltda. - Portaria n. 1 de 14.03.2000 - DJ 21.03.2000.
45. Revista SÍNTESE Direito Civil e Processual Civil - editada pela IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 2 de 14.03.2000 - DJ 21.03.2000 - **Registro retificado** - Portaria n. 9 de 22.11.2006 - DJ 11.12.2006 - **Registro retificado e ratificado** - Portaria n. 8 de 25.10.2010 - DJe 28.10.2010.
46. Revista SÍNTESE Direito de Família - editada pela IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 3 de 29.03.2000 - DJ 03.04.2000 - **Registro retificado** - Portaria n. 2 de 14.09.2009 - DJe 15.09.2009 - **Registro retificado e ratificado** - Portaria n. 8 de 25.10.2010 - DJe 28.10.2010.
47. Revista ADCOAS Previdenciária - editada pela Editora Esplanada Ltda. - ADCOAS - Portaria n. 5 de 21.06.2000 - DJ 27.06.2000 - **Registro cancelado** - Portaria n. 8 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.
48. Revista ADCOAS Trabalhista - editada pela Editora Esplanada Ltda. - ADCOAS - Portaria n. 6 de 21.06.2000 - DJ 27.06.2000 - **Registro cancelado** - Portaria n. 7 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.
49. Revista de Jurisprudência ADCOAS - editada pela Editora Esplanada Ltda. - ADCOAS - Portaria n. 7 de 21.06.2000 - DJ 27.06.2000 - **Registro cancelado** - Portaria n. 9 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.
50. Revista SÍNTESE Direito Penal e Processual Penal - editada pela IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 4 de 06.03.2001 - DJ 09.03.2001 - **Registro retificado** - Portaria n. 9 de 22.11.2006 - DJ 11.12.2006 - **Registro retificado e ratificado** - Portaria n. 8 de 25.10.2010 - DJe 28.10.2010.
51. Revista Tributária e de Finanças Públicas - editada pela Editora Revista dos Tribunais - Portaria n. 6 de 11.06.2001 - DJ 19.06.2001.
52. Revista Nacional de Direito e Jurisprudência - editada pela Nacional de Direito Livraria Editora Ltda. - Portaria n. 1 de 08.04.2002 - DJ 02.05.2002 - Republicada em 19.04.2002 - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 31.07.2009 - DJe 05.08.2009.

53. Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região - editada pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região - Portaria n. 2 de 23.04.2002 - DJ 02.05.2002 - **Registro cancelado** - Portaria n. 5 de 09.04.2010 - DJe 18.04.2010.
54. Revista Dialética de Direito Processual - editada pela Editora Oliveira Rocha Comércio e Serviços Ltda. - Portaria n. 1 de 30.06.2003 - DJ 07.07.2003.
55. Revista Juris Plenum - editada pela Editora Plenum Ltda. - Portaria n. 1 de 23.05.2005 - DJ 30.05.2005 - **Registro alterado** - Portaria n. 5 de 28.11.2013 - DJe 29.11.2013.
56. Revista Bonijuris - versão impressa - co-editada pelo Instituto de Pesquisas Jurídicas Bonijuris, Associação dos Magistrados do Paraná (Amapar), Associação dos Magistrados Catarinense (AMC) e Associação dos Magistrados do Trabalho IX e XII (Amatra) - Portaria n. 2 de 18.10.2005 - DJ 27.10.2005.
57. Revista Juris Plenum Trabalhista e Previdenciária - editada pela Editora Plenum Ltda. - Portaria n. 3 de 16.12.2005 - DJ 08.02.2006 - **Registro cancelado** - Portaria n. 9 de 12.12.2011 - DJe 14.12.2011.
58. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal - editada pela Editora Magister Ltda. - Portaria n. 4 de 02.08.2006 - DJ 09.08.2006.
59. CD-ROM - Jur Magister - editado pela Editora Magister Ltda. - Portaria n. 5 de 09.08.2006 - DJ 15.08.2006 - **Registro cancelado** - Portaria n. 6 de 11.12.2013 - DJe 12.12.2013.
60. DVD - Magister - editado pela Editora Magister Ltda. - Portaria n. 6 de 09.08.2006 - DJ 15.08.2006.
61. Revista Previdenciária e Trabalhista Gazetajuris - editada pela Editora Portal Jurídico Ltda. - Portaria n. 7 de 09.08.2006 - DJ 15.08.2006 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.
62. CD-ROM - Gazetajuris - editado pela Editora Portal Jurídico Ltda. - Portaria n. 8 de 02.10.2006 - DJ 04.10.2006 - **Registro cancelado** - Portaria n. 6 de 12.11.2008 - DJe 17.11.2008.
63. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil - editada pela Editora Magister Ltda. - Portaria n. 1 de 1º.02.2008 - DJ 11.02.2008.
64. Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas - editada pela Editora Magister Ltda. - Portaria n. 2 de 1º.02.2008 - DJ 11.02.2008.
65. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões - editada pela Editora Magister Ltda. - Portaria n. 4 de 10.10.2008 - DJe 15.10.2008 - **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.

67. Portal da Rede Mundial de Computadores “editoramagister.com” - editado pela Editora Magister Ltda. - Portaria n. 7 de 15.12.2008 - DJe 17.12.2008.

68. “Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul” (versão eletrônica) - Portal da Rede Mundial de Computadores - endereço eletrônico: https://www.tjrs.jus.br/site/publicacoes/revista_da_jurisprudencia/ - editada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Grande do Sul - Portaria n. 1 de 19.02.2010 - DJe 24.02.2010 - **Registro retificado e ratificado** - Portaria n. 4 de 19.03.2010 - DJe 22.03.2010.

69. Portal da Rede Mundial de Computadores - “jurisprudência-online” - editada pela Associação dos Advogados de São Paulo - Portaria n. 2 de 19.02.2010 - DJe 24.02.2010.

70. Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (versão eletrônica) - Portal da Rede Mundial de Computadores - endereço eletrônico: https://www.trf5.jus.br/revista_jurisprudencia/ - editado pelo Tribunal Federal Regional da 5ª Região - Portaria n. 5 de 09.04.2010 - DJe 13.04.2010.

71. DVD ROM Datadez - de responsabilidade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. (anteriormente editado pela Notadez Informações Ltda.) - Portaria n. 7 de 10.09.2010 - DJe 14.09.2010 - **Registro cancelado** - Portaria n. 6 de 22.11.2011 - DJe 23.11.2011.

72. Portal da Rede Mundial de Computadores - “Plenum On-line” - endereço “www.plenum.com.br” - editado pela Plenum Editora Ltda. - Portaria n. 1 de 31.01.2011 - DJe 02.02.2011.

73. DVD-ROM - Juris Síntese DVD - editado pela marca “Síntese”, de propriedade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 2 de 31.01.2011 - DJe 02.02.2011.

74. Portal da Rede Mundial de Computadores - “JURIS SÍNTESE ONLINE” - endereço eletrônico: <https://online.sintese.com/> - produto digital da marca Síntese, de propriedade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 3 de 29.04.2011 - DJe 03.05.2011.

75. Portal da Rede Mundial de Computadores - “SINTESENET” - endereço eletrônico: <https://online.sintese.com/> - produto digital da marca Síntese, de propriedade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 4 de 29.04.2011 - DJe 03.05.2011.

76. DVD-ROM Juris Plenum Ouro - de responsabilidade da Editora Plenum Ltda. - Portaria n. 7 de 22.11.2011 - DJe 23.11.2011.

77. CD-ROM “JURID - Biblioteca Jurídica Digital”, versão “Jurid Premium” - de propriedade da JURID Publicações Eletrônicas Ltda. - Portaria n. 1 de 07.05.2012 - DJe 09.05.2012 - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 19.11.2014 - DJe 19.11.2014.

78. Portal da Rede Mundial de Computadores - endereço eletrônico: <https://coad.com.br/juridico> - produto “COAD/ADV/CT - Advocacia Dinâmica e Consultoria

Trabalhista”, de propriedade da Atualização Profissional COAD Ltda. - Portaria n. 1 de 28.02.2013 - DJe 04.03.2013 - **Registro cancelado** - Portaria n. 3 de 03.10.2013 - DJe de 07.10.2013.

79. Revista “Jurisprudência Catarinense” (versão eletrônica) - Portal da Rede Mundial de Computadores - endereço eletrônico: <https://busca.tjsc.jus.br/revistajc/> - editada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina - Portaria n. 1 de 06.04.2015 - DJe 08.04.2015

Projeto gráfico

Coordenadoria de Múltiplos Meios - 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